CÁTEDRA

MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO EN EL ECUADOR

Dr. José Reig Satorres

Dr. Juan I. Larrea Holguín

Universidad Autonoma de Quito

Código: 000-008768

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

4

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Biblioteca Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
PB	03	08

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:



DOCTOR
JOSÉ REIG SATORRES

Doctorados en Derecho por la Universidad de Madrid, con Premio Extraordinario, y en Sagrada Teología por la Universidad Lateranense de Roma.

En la Universidad Católica Santiago de Guayaquil: Profesor de la Cátedra de Historia del Derecho por 30 años; ex Decano de Estudios; ex Director del Area de Teoría Jurídica; Profesor Honorario de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Promotor de los primeros Institutos de Profesiones Medias a nivel Universitario.

Profesor del Instituto de Desarrollo Empresarial (IDE) de Guayaquil.

Miembro Correspondiente de las Academias de Historia de Ecuador, Chile, Paraguay y el Instituto Internacional de Historia del Derecho. Director fundador del "Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano" y autor de 10 volúmenes del Anuario.

Fundador y Director de las Revistas "Universidad" e "Historia del Derecho" de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil y colaborador en otras como "ARCO", de las Areas Culturales Bolivarianas (Ecuador, Colombia y Venezuela).

Miembro de número del Instituto de Historia del Derecho Indiano y participante en los Congresos de Historia del III a XII celebrados en varios países.

Ha recibido varios homenajes, entre Otros: de la Ilustre Municipalidad de Guayaquil, por la publicación del Primer Libro de Actas del Cabildo de Guayaquil, 1634-1639, y del Gobierno Nacional con la condecoración Cruz al Mérito Nacional en el Grado de Caballero.

IBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

ENTA ES PENADA POR LA LEY

340
R3615

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE QUITO
UNAQ
ECUADOR
BIBLIOTECA

INV 2251.

P: PB
E: 03
B: 08

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

340.09
L:333

INVENTARIO

Compra:..... Donación: ✓ Transfer: ☐

Proveedor: UNAG

Factura:..... Fecha: 2013 Precio: $10

N° Inf. Recep.:..... Fecha Inf.:.....

N° Alta:.....

Biblioteca: General

MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO EN EL ECUADOR

Dr. José Reig Satorres
Dr. Juan I. Larrea Holguín

Inv. 17339

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES
(CEP)

MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO EN EL ECUADOR
Dr. José Reig Satorres
Dr. Juan I Larrea Holguín

Revisión
Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación
Departamento de Diagramación - CEP

Impresión
Talleres de la CEP

Derecho de Autor No. 013809: 28-mar-2000
ISBN No. 86-321-4: 28-mar-2000
Depósito Legal 001535: 28-mar-2000
Edición: Primera
Tiraje: 500

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

ID: 14536

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUITO
UNAQ
ECUADOR
BIBLIOTECA

PRIMERA PARTE

C 70903

Dr. José Reig Satorres
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM
SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

I. VISIÓN GENERAL

A. RAZÓN DEL MANUAL

Ha transcurrido más de un cuarto de siglo al frente de la cátedra de Historia del Derecho en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y la experiencia natural, en cualquier docente universitario, lógicamente lleva a reflexionar sobre la mejor manera de hacer asequible a los estudiantes una enseñanza, que necesaria y conveniente para su formación jurídica, sea asequible al ambiente y peculiaridad local y aún nacional.

Si bien en el país, circunstancial y transitoriamente, pueden hallarse referencias a la evolución histórico jurídica de las instituciones, y aun del sistema jurídico ecuatoriano, es prácticamente nula la investigación metódica y sistemática de la Historia del Derecho.

Para nosotros la razón sería obvia: las cátedras de Historia del Derecho en las distintas Facultades de la República, en general, han estado ocupadas por profesores de paso, es decir, encargados de ellas transitoriamente, para pasar tan pronto se pudiera a cátedras de Derecho positivo, por estar en consonancia con la profesión.

Es un hecho evidente que la enseñanza universitaria, hasta hoy, no cuenta con la retribución suficiente para que pueda cubrir las necesidades ineludibles de cualquier profesional y, por consiguiente, la cátedra no es más que un suplemento, aunque se tenga una auténtica vocación por la enseñanza. Además, en el caso particular de la Historia del Derecho, se reclama, necesariamente, larga, paciente y constante investigación de fuentes, lo que hace la materia inasequible para poderse dedicar a ella de lleno.

Añádase a lo brevemente expuesto, que toda disciplina científica exige tener conocimiento preciso de la investigación y progreso continuo de la disciplina, tanto a nivel nacional como general, lo que reclama adquisición de bibliografía o contar con adecuadas bibliotecas, para de este modo estar al día de las corrientes predominantes y poder desarrollar una enseñanza actualizada. Aspectos todos ellos marcados entre nosotros por una aguda insuficiencia.

Por otro lado, y ello es positivo, hay un clamor general que denuncia la urgencia por mejorar el nivel de la enseñanza secundaria, por ser la causa de que lleguen

bachilleres a las aulas universitarias carentes de la indispensable cultura básica. Aspecto este que parece agravarse cada día más ante la avalancha de la Televisión y el prurito en los estudiantes de no querer depender de los padres, logrando recursos como sea, y dando ocasión a que los estudios se limiten a la indispensable asistencia a clases en las primeras y últimas horas de la jornada. Y para los exámenes se ha impuesto una semana, o más, de vacancia escolar previa a cada materia, y así enfrentar los exámenes.

Ante la realidad objetiva de los hechos y circunstancias que motivan tal situación, sin pesimismo, y con afán de salvaguardar lo esencial, se nos ha ocurrido romper, en cierto modo, el esquema habitual de los manuales de Historia del Derecho -precisos y concretos-, para exponer lecciones amplias y generalizadas, pero que al mismo tiempo incluyan lo fundamental de la evolución del Derecho, que desemboca en el actual sistema jurídico ecuatoriano.

El esquema seguido hasta ahora, por lo demás común al sentir de los colegas latinoamericanos, en similares circunstancias de espacio y tiempo, será el siguiente:

Visión panorámica del Derecho Romano, base de todos los Derechos de occidente; influencia del cristianismo al moderar el Derecho Romano, como moderará al Derecho germánico, a través del Derecho canónico que toma cuerpo desde los inicios del siglo IV; aporte destacado del Derecho germánico al derrumbarse el Imperio romano, por la invasión de los pueblos germanos; recepción del Derecho Romano justinianeo al iniciarse las Universidades en el siglo XII; esta recepción, al incorporar los Derechos locales y regionales junto al mayor desarrollo logrado del Derecho canónico, da origen al denominado Derecho común, que predomina en toda Europa o mundo occidental de entonces, y que a través de Castilla nos llega a América; Derecho indígena, en nuestro caso incaico, aunque tengamos muy escasas las fuentes seguras; Derecho indiano, correspondiente al período de dominio español en América, integrado tanto por el originado en la Metrópoli, como el surgido en territorio americano, conocido también por Derecho criollo muy unido al Derecho consuetudinario indígena; y, por último, Derecho ecuatoriano, desde la Independencia.

Precisamente por pertenecer a una Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, y no a una simple escuela para prácticos en Derecho vigente, que no necesitarían de una Facultad universitaria, es la razón por la que seguimos con interés el fundamento y origen del Derecho contemporáneo. "Es necesario -decimos, identificándonos con el sentir del mexicano Cervantes- examinar las épocas anteriores, que explican y dan la razón de ser de multitud de nuestras instituciones actuales, y en otras ocasiones explican el por qué de dificultades y trastornos del orden jurídico y político, debido a una interrupción caprichosa en la

tradición, que las normas han pretendido cortar, siendo así que subsiste en el espíritu, en las costumbres y en el alma misma de la nación".

B. BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía existente para todo el esquema y contenido en la exposición anterior, es decir, desde Roma hasta el Derecho ecuatoriano, es abrumadora. Cualquier estudioso o simplemente interesado en precisar conocimientos, se encuentra con una riqueza de literatura histórico–jurídica realmente admirable, gracias a la seria investigación que desde hace más de un siglo se ha realizado en Occidente, y también por la facilidad de impresión y comunicación del mundo contemporáneo. Basta acudir hoy a cualquiera de las buenas obras de autores especialistas, para disponer inmediatamente de una bibliografía más que abundante.

No obstante, por dirigirnos a los alumnos, y ser relativamente asequible, les facilitamos los siguientes manuales contemporáneos en su mayoría de colegas tratados personalmente:

América

ÁVILA MARTEL, Alamiro
Curso de Historia del Derecho, Tomo I
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1955.

BRAVO LIRA, Bernardino
Formación del Derecho Occidental
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970
Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo
Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

DE CERVANTES, Javier
Historia del Derecho Patrio
Librería Díaz, México, 1970
La Tradición Jurídica de Occidente
Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio
Manual de Historia del Derecho Indiano
Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

ESQUIVEL, OBREGÓN, Toribio
Apuntes para la Historia del Derecho en México. 3 Tomos
México, 1938–1943.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUITO UNAQ ECUADOR BIBLIOTECA

EYZAGUIRRE, Jaime
Historia del Derecho
Editorial Universitaria, Chile, Santiago, 1978.

GONZÁLEZ, María del Refugio
Historia del Derecho Mexicano
Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

LEVENE, Ricardo
Historia del Derecho Argentino, 11 Tomos
Buenos Aires, 1945–1958

LEVAGGI, Abelardo
Manual de Historia del Derecho Argentino. 3 Tomos
Ediciones Depalma, Buenos Aires 1986–1991.

MARGADANT S., Guillermo F.
Introducción a la Historia en Derecho Mexicano
México, 1993.
MENA VILLAMAR, Claudio
Lecciones de Historia del Derecho
Quito, 1983.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis
Una aproximación a la historia del sistema jurídico mexicano
Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, y MÁRTIRE, Eduardo
Historia del Derecho Argentino
Buenos Aires, 1971.

ZEVALLOS REYRE, Francisco
Historia del Derecho
Guayaquil, 1950.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo
Historia del Derecho Argentino, 2 Tomos
Buenos Aires, 1966.

España

GARCÍA–GALLO, Alfonso
Manual de Historia del Derecho Español, 2 Tomos
Madrid, 1959.

MURO OREJÓN, Antonio
Lecciones de Historia del Derecho Hispano–Indiano
Escuela Libre de Derecho, México, 1989.

OTS Y CAPDEQUÍ, José María
Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano
Aguilar, Madrid, 1968.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael; DE LA HERA, Alberto,
y DÍAZ REMENTERÍA, Carlos
Historia del Derecho Indiano
Madrid, 1992.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco
Manual de Historia del Derecho Español
Madrid, 1980

C. FUNDAMENTO BÁSICO DE NUESTRO DERECHO

El substrato sobre el que se fundamenta, no sólo nuestro Derecho en particular, sino todo el Derecho de Occidente, se halla en el genéricamente denominado mundo clásico, es decir: Grecia y Roma.

Aunque cuando precisemos posteriormente la realidad concreta de dicho aporte, analizaremos más instituciones, valga adelantar, de momento, cómo Grecia ha impuesto el pensamiento a Occidente, al haber desarrollado un modo de razonar y de profundizar la verdad y causalidad de las cosas, que no admite parangón en la historia.

Raro es el campo del saber, tanto en el terreno especulativo, como en el de las ciencias experimentales, y por tanto de la Naturaleza, en el que el afán inquisitivo griego no haya dejado la impronta de su búsqueda en una forma de pensar sólidamente racional y, por consiguiente, profundamente humana. La mayor de las veces dieron a su pensamiento un equilibrio y madurez, que no puede menos de sorprender al cabo de veintisiete siglos, cómo en aquellos instantes la razón humana pudo llegar a conclusiones de tanta trascendencia cuando la mayoría de la humanidad se hallaba saliendo de la prehistoria.

Si bien en lo específico y concreto del Derecho, el aporte griego no es comparable a lo que supone su filosofía, se vuelve difícil comprender lo que Roma logra en el campo jurídico, si no hubiera tenido el precedente del pensamiento griego. Es notorio que cuando la expansión romana absorbe el mundo griego, en cuanto al pensar, los griegos dominados, pasan a ser señores. Esto influye de tal manera en la forma de enfocar y resolver los problemas romanos, que desde entonces, dicho influjo, permanece latente en todo el mundo occidental.

Lo que con tanta brillantez ofreció Grecia en cuanto al pensamiento, de modo similar lo va a lograr Roma con su Derecho. Pues sin pretender extralimitarnos, queriendo ver toda la grandeza romana en función del Derecho, es difícil pensar que tanta grandeza, y en especial su larga permanencia, se hubiera logrado prescindiendo de su Derecho.

Si hemos osado opinar que el pensamiento griego continúa vivo y latente hasta nuestros días, el mismo criterio aplicamos a la continuidad del Derecho Romano, tal como cualquier jurista puede rastrear en las instituciones contemporáneas. Fue tal el prestigio del Derecho Romano, hasta bien entrada la Edad Moderna, que se llega a identificar Derecho Romano y Derecho natural.

Así pues, como se desarrollará cuando particularicemos, sirva de adelanto en esta visión general, el presentar los cuatro elementos integrantes y esenciales en la estructura de la llamada *Cultura Occidental o Pensamiento Occidental* y, por

supuesto, *Derecho Occidental*, al que nos pertenecemos: pensamiento griego, Derecho Romano, aporte germánico y moderación cristiana.

Cuando analicemos los dichos cuatro componentes del Derecho Occidental, veremos como nuestro Derecho -el Derecho ecuatoriano- se entronca de lleno con el Derecho europeo. Será Castilla la que nos traiga el *Derecho común*, y con él, la más auténtica tradición jurídica occidental, al que se unirá, por exigencias ambientales americanas, el *Derecho indiano*, para concluir en la Independencia, con el Derecho propiamente ecuatoriano.

D. LA DEFORMADA EDAD MEDIA

Se ha dicho, y sin duda con fundamento, que han sido tres los países latinoamericanos que realmente tuvieron, desde principios del siglo XX, una verdadera ideología liberal: México, Ecuador y Uruguay. Siendo, de hecho, pueblos de honda raigambre cristiana; sin embargo, la política impuso, y en algunos instantes con sectarismo, la ideología liberal.

Esto explica en nuestro caso, que aunque dicha ideología esté superada, pues la concepción liberal de hoy es muy distinta a la de antaño, quedan algunos resabios en el ámbito intelectual. Uno de ellos, bien preciso y definido, ha sido el considerar el pasado de la Edad Media como un período oscurantista de la humanidad, en el que la Iglesia Católica paralizó el desarrollo intelectual y, por supuesto, el progreso científico.

Intelectuales de diferentes países europeos, coronados por el renombre, y pertenecientes a dicha ideología, supieron difundir por América, con habilidad, expresiones como la siguiente, por poner un ejemplo: desde los griegos hasta Descartes -padre del racionalismo moderno-, no ha existido verdadera filosofía, es decir, pensamiento serio.

Fue una manera sagaz, y eficaz a la vez, de suprimir, de un plumazo, todo el rico pensamiento medieval que, por un sentido profundamente cristiano, convenía eliminar, culpando de ello a la prepotencia de la Iglesia del Medioevo. A la vez, se destacaba con brillantez el aporte de la llamada *filosofía moderna del siglo XVIII*, y el no menos deslumbrante pensamiento liberal del siglo XIX, o de las *luces*. Período éste conocido, aun por personas medianamente cultas, por su manifiesto y constante ataque a la Iglesia y a su doctrina.

Nuestros intelectuales, metidos de lleno en la corriente general del pensamiento de la época, y enriquecidos en su propia experiencia ambiental, transmiten con naturalidad en universidades, colegios y escuelas, aquel sentir racionalista, que todavía llega hasta hoy a todos los niveles de la enseñanza, en un concepto más o menos similar al siguiente: la Edad Media es un período oscurantista dominado por la Iglesia. Tanto es así, que no resulta extraño oír decir, o ver escrito,

referido sobre algo oscuro y relacionado con lo religioso: "parece medieval" o "es medieval".

Ciñéndonos al estricto campo jurídico, el único que aquí y ahora interesa para nuestros futuros juristas, luego de tener una noticia genérica del período como se acaba de exponer, deben saber que, al entrarse en la Baja Edad Media y con repercusión en toda Europa, que era el mundo conocido, se produce en el siglo XII la recepción del *Derecho Romano justinianeo*, y con ella la aparición de la Universidad, al transformarse las antiguas escuelas palatinas en *Universalidad de profesores y alumnos*. Irnerio y su escuela de glosadores -como veremos oportunamente- han sido los artífices de suceso tan relevante para el saber y la cultura.

Realizado este afortunado inicio en Bolonia -donde llegan a juntarse hasta diez mil alumnos-, casi de inmediato empiezan a florecer otras Universidades famosas como La Sorbona, Salamanca, Oxford, Lisboa, Colonia, etc.

Notoria en grado sumo va a ser la figura de Santo Tomás de Aquino, Profesor de la Sorbona en París durante el siglo XIII, al incorporar para Occidente la filosofía de Aristóteles. Y, para nuestro particular interés, este pensador máximo de la Escolástica, va a tener aguda repercusión al tratar sobre la justicia y, muy especialmente, cuando expone su pensamiento en materia de Derecho natural, que luego será de tanta trascendencia, cuando en América se plantee la condición jurídica de los naturales.

Del mismo modo, destacándose en el período que nos ocupa, y luego estudiaremos con más detalle, hacemos una simple referencia a la importancia de *Las Partidas* de Alfonso X el Sabio, cuerpo legal de Castilla de amplia difusión en el área de Derecho común, aplicado profusamente en toda la América castellana, y por tanto en el Ecuador, aún después de la Independencia.

Para concluir la información del período medieval, vamos a dejar la palabra a la reconocida especialista francesa Régine Pernaud, autora, entre otras obras de gran difusión, de *¿Qué es la Edad Media?,* para con la brevedad de su primera página -¡y con fina ironía!- nos ambiente buena parte de lo que pretendíamos decir:

Acababa de hacerme cargo del museo de la Historia de Francia, en los Archivos Nacionales, cuando recibí una carta que decía: "¿Podría usted indicarme la fecha exacta del tratado que puso fin oficialmente a la Edad Media?". Y otra pregunta subsidiaria: "¿En qué ciudad se reunieron los plenipotenciarios que prepararon dicho tratado?".

Como no conservo tal misiva, sólo puedo dar la sustancia de la misma, que garantizo exacta; su autor solicitaba una respuesta rápida, porque -decía- necesi-

taba esa información para una conferencia que pensaba pronunciar unos días más tarde.

Para entretenerme, me puse a imaginar el contenido de esa conferencia. Sin dificultad alguna, por supuesto: bastaba con mezclar lo que se lee, lo que se ve y lo que se oye constantemente sobre la Edad Media. Porque cualquier "medievalista" si se empeña en componer una sarta de sandeces sobre el tema, no le falta dónde acudir, ya que no hay día en el que no se tenga ocasión de escuchar reflexiones tales como: "Ya no estamos en la Edad Media", "Eso es volver a la Edad Media" o "No tengas mentalidad medieval". Y eso, en cualquier circunstancia: para hacer valer las reivindicaciones del Movimiento de Liberación Femenina, para deplorar las consecuencias de unas medidas empresariales o para defender ideas más o menos vagas sobre demografía, analfabetismo, educación, etc.

Sirva por último, para concluir con la visión general del período medieval, la referencia a una tergiversación que ha quedado flotando en la cultura posterior: nos referimos al tema de la Inquisición. Pues si bien nadie intelectualmente serio en este o en casos similares, debe dejar de reprobar cuanto pueda haber de malo o negativo en la actuación de un momento determinado, nunca es correcto ni honesto el ignorar las realidades, y dejarse llevar, por ignorancia, de prejuicios.

La Inquisición, tribunal creado por la Iglesia, precisamente por Romanos Pontífices de gran prestigio y buenos juristas, intentó frenar en Francia las herejías albigense, la de los cátaros, etc. El mismo tribunal instaurarán luego en Castilla los Reyes Católicos. Tuvo también, una finalidad precisa y en conjunto de sólida eficacia. El abuso y deformación en ciertos instantes, o la actuación concreta en personas determinadas, nunca será argumento válido para desvirtuar una institución. Muy distinto, y sumamente grave, es cuando inicial y directamente se legisla atentando a principios esenciales del ser humano. Por ejemplo: ¿Cómo se valorará en siglos posteriores, el que hoy países con alto nivel cultural, social y científico legislen a favor del aborto y la eutanasia? Y en estos instantes se calcula en más de diez millones —¿cuánto será la no oficial?— los abortos anuales en el mundo.

Volviendo a nuestro tema, todo profesional del Derecho sabe el peligro que conlleva una acción popular establecida por el legislador. Piénsese en una acción popular que denunciase el contrabando, abuso de precios en productos básicos, etc. Si tal denuncia llevase consigo la prisión inmediata, en breves días se produciría un desbordamiento de todas las cárceles del país y la incapacidad inmediata de solución judicial, pues inevitablemente tendrían que dilatarse los juicios, y ¿qué hacer con las denuncias falsas, envidiosas, etc.? Ya sabemos: las

personas pasarían en la cárcel períodos largos en flagrante atropello de la justicia y de la dignidad personal. Buena parte de esto ocurrió con la Inquisición.

De nuevo dejamos a la especialista Régine Pernaud que precise algunos conceptos:

El respeto a las convicciones religiosas forma parte actualmente de los derechos de la persona humana, al menos en los países occidentales. Se halla reconocido en las diversas declaraciones de los Derechos del Hombre y se trata, sin duda, de uno de los puntos en los que el progreso es evidente respecto a un pasado relativamente reciente; pensemos, por ejemplo, en las persecuciones ordenadas contra los protestantes por Luis XIV, o en las diversas formas de opresión ejercidas en Irlanda por los colonos ingleses sobre los irlandeses católicos, e incluso en Inglaterra contra los ingleses "papistas", sometidos a toda clase de humillaciones como la prohibición de entrar en las Universidades, mantenida hasta 1850...

Si adoptamos la mentalidad de los tiempos feudales (Edad Media), constatamos que la unión entre lo profano y lo sagrado era tan íntima que las desviaciones doctrinales adquirían una gran importancia incluso en la vida diaria...

Se comprende así que, en muchos aspectos, la Inquisición fuera sobre todo la reacción de una sociedad que, con razón o sin ella, consideraba la defensa de la fe tan importante como a nosotros nos parece la protección de la salud física. Tocamos con el dedo aquí lo que marca la diferencia fundamental de una época a otra, es decir, la diferencia de criterios, la escala de valores. *En Historia, es elemental tenerlo en cuenta, pues de lo contrario, el historiador se transforma en Juez...*

Inútil entretenerse aquí hablando de las exageraciones cometidas, a propósito de la Inquisición, por escritores de obras imaginativas *nada respetuosas con las fuentes históricas...*

La guerra contra los herejes y la institución de la Inquisición constituyen, sin embargo, algo muy distinto de esas sanciones eclesiásticas (se refirió antes a excomunión, entredicho, etc.), pues implican un recurso a la fuerza, al poder temporal (al poder civil), al "brazo secular". Es algo nuevo en la Iglesia, un hecho desacostumbrado que los canonistas de los siglos XIV y XV se esforzaran por justificar, y que tendrá graves repercusiones en el siglo XVI. Los papas que implantaron la Inquisición están considerados en los manuales de historia como "los grandes papas de la Edad Media": Inocencio III y Gregorio IX. Tanto el uno como el otro -conviene hacerlo notar- estaban enamorados del Derecho Romano, y es sabido cómo el renacimiento de su estudio -sobre todo en la Universidad de Bolonia- empieza a impregnar el Derecho canónico, no tanto

como impregnará a la sociedad civil luego, a partir del siglo XVII, pero si con bastante intensidad…

Pues bien, a pesar de la absoluta claridad del Evangelio en cuanto a la separación de poderes, tanto Inocencio III como Gregorio IX recurrieron al poder temporal para preservar el espiritual. Dicho de otra forma, optaron por lo más fácil, y nunca, quizá en el transcurso de la Historia, una solución fácil se reveló más claramente como lo que era: no una solución, sino una puerta abierta a nuevos y terribles problemas… Tanto el uno como el otro tenían una fuerte personalidad, y la sinceridad de su celo religioso…

Por otra parte, la creación de la Inquisición tuvo también, de hecho, sus aspectos positivos, ya que sustituyó el procedimiento de mera acusación por el de investigación, de encuesta. Además, en una época en la que el pueblo no estaba dispuesto a andarse con bromas con los herejes, introdujo una justicia regular, ya que antes eran objeto de la arbitrariedad de la justicia laica e incluso de la venganza popular, que infligía a los herejes los peores castigos…

Es indudable que hemos abusado de la cita, pero por varias razones, con fundamento, lo hemos preferido. Particularmente por ser incorporado al *procedimiento* de Occidente el suprimir "la mera acusación, por la investigación, la encuesta", tan importante para el Derecho penal posterior, al salvaguardar la dignidad de la persona, o Derechos humanos que llamaríamos hoy.

E. CONQUISTA E INTEGRACIÓN DE AMÉRICA

El suceso de mayor trascendencia al iniciarse la Edad Moderna, fue, sin duda alguna, el descubrimiento de América, o de las Indias, como llamaron los castellanos. Un nuevo continente se incorporaba al mundo conocido, lleno de aventuras, riquezas y expectativas, características que siguen en pie, sin perder en lo más mínimo las fundadas esperanzas.

Siguiendo la línea del presente capítulo, continuamos esbozando generalidades de presentación, que posteriormente se irán precisando con más detalle.

Lograda la conquista de Granada por los Reyes Católicos, Isabel, reina de Castilla, acepta por fin los planes de Colón, y se firman las famosas *Capitulaciones de Santa Fe*, documento jurídico fundamental que abre la posibilidad al Nuevo Mundo.

Portugal, que con anterioridad había concluido la reconquista de su territorio, se lanzó por las costas occidentales de África en busca de una ruta para llegar a la India, emporio de las especias, en el sentir de la época. Este deseo llevó a Portugal a un desarrollo extraordinario de su marina. Del mismo modo, terminada

también para Castilla la expulsión de los musulmanes, por la conquista de Granada, se hallaba en posición de nuevas expansiones, por lo que reivindicó de Portugal sus derechos sobre las Islas Canarias. Conseguido este objetivo, con más razón se hizo inevitable el choque continuo entre marinos de ambos reinos, al coincidir en la misma ruta.

Los monarcas portugueses y castellanos, con el objeto de evitar los conflictos que continuamente ocasionaban roces y malentendidos, decidieron ponerse de acuerdo y se firmó el *Tratado de Alcáçobas*, según el cual, y como tanto se ha repetido posteriormente, castellanos y portugueses se dividieron el mundo: Los portugueses extenderían sus dominios a lo largo de toda la costa africana, y siempre hacia el este; los castellanos se quedaban con las Islas Canarias y toda *"la mar océana"* hacia el Occidente, que en ese instante equivalía a nada, pues lo único que se sabía del tenebroso mar Atlántico, era la existencia de ciertas islas legendarias, y mucho riesgo de tormentas y monstruos marinos.

Esta es la razón y fundamento por el que los Reyes Católicos se titulen *"Señores de la mar océana"* en la Capitulaciones de Santa Fe. Descubierta América por Colón, el rey de Portugal trató de reivindicar para sí los territorios descubiertos, pero se le demostró que Colón había partido de las Canarias hacia Occidente, por lo cual, de acuerdo con el Tratado de Alcáçobas se había procedido en legítimo Derecho. Portugal comprendió, pero con la firma del nuevo Tratado de Tordesillas, la línea divisoria entre ambos reinos, que en Alcáçobas fue de 100 millas desde Cabo Verde al Occidente, ahora pasan a ser 370, que luego se comprobará concedía el Brasil a Portugal.

En el instante que los Reyes Católicos asumían el gobierno de Castilla y Aragón, la realidad política europea era la de unos reinos indefinidos, por la lucha de los monarcas con los señores nobles o feudales. Tendrán que transcurrir unas cuantas décadas, hasta que el predominio de los reyes, y las corrientes doctrinales renacentistas, permitan hablar con precisión de nacionalidad.

Aparte de los referidos señores territoriales dentro de los reinos, desde finales de la Alta Edad Media había tomado fuerza la autonomía o poder de las ciudades, como representación popular de los hombres libres.

Y, no menos importante, era otro brazo de poder: el que representaba la Iglesia, por el profundo sentido cristiano de los pueblos, todos ellos convertidos a la fe verdadera durante la Alta y la Baja Edad Media.

He ahí, pues, que los historiadores generales hablen de los tres poderes que se enfrentaron seriamente hasta el final de la Edad Media: Nobles, ciudades y clero.

Lo interesante a observar, para lo que de inmediato será España, es que un cuarto de siglo antes de que finalice el siglo XV, y con él prácticamente la Edad Media, por la personalidad y firmeza de gobierno de los Reyes Católicos, logran controlar las tradicionales fuerzas desestabilizadoras del Estado, y consiguen una cohesión y unidad que con fundamento se pueda hablar de verdadera nacionalidad, con una ventaja de casi medio siglo respecto al resto de Europa. El hecho mismo de encargar al destacado jurista Montalvo, la redacción de un cuerpo legal general para toda Castilla, es una prueba más de lo que acabamos de decir. Ya, que el Ordenamiento de Montalvo no lograra técnicamente lo pretendido, es otro aspecto del problema.

Si a todo lo dicho añadimos, que desde la invasión musulmana el 711 se había iniciado la Reconquista, que, como se sabe, fue rescatar palmo a palmo todo el territorio, para culminar precisamente en 1492, nos hallamos ante un pueblo curtido en la pelea, y, quiérase o no, un pueblo guerrero. Todo lo cual nos permite opinar, que por su unidad política, religiosa y en buena parte jurídica, era el pueblo europeo en mejores condiciones para enfrentar el desafío de *colonizar* un Continente.

Otra consideración general, que luego precisaremos, y merece tenerse en cuenta, es la valoración del *infiel* en el instante del Descubrimiento americano, de importancia por su aplicación al *indio o natural* del Nuevo Mundo.

Era opinión general en Europa, hasta fines de la segunda década del siglo XVI, especialmente entre los juristas, teólogos y moralistas de las mejores Universidades, que marcaban la pauta en el pensamiento, afirmar que el *infiel*, el no cristiano, carecía de derechos personales y territoriales, por lo cual cualquier príncipe cristiano podía ocupar su territorio y desposeerle. Principio éste que recogía el Derecho común. Como conclusión lógica: era lícito hacerles la guerra si es que ponían resistencia, por ser el medio más adecuado, una vez sometidos, de hacerles *aprender* la vida cristiana.

Una visión superficial, y por tanto sin vigor intelectual, calificará dichos enfoques como desequilibrados, por no situarse en la realidad histórica de aquel instante. Esto ha ocurrido siempre. Hoy mismo, muchos de nuestros estudiantes han podido conocer cómo el marxismo invadía todo el pensamiento intelectual, y, en estos instantes, los mismos intelectuales consideran al marxismo como una de las ideologías que menos han aportado al hombre y a la humanidad. Entre las razones más esenciales: por su intento de aniquilar la libertad individual, su destrucción de la familia y pretender convertir al Estado en monstruo de todos los absolutismos.

Pero volvamos al caso *del infiel*, y para nosotros al del *indio* americano.

A partir del inicio de la segunda década del siglo XVI, los mismos españoles -algo que no suele ocurrir con los ciudadanos de otros países- comenzaron a cuestionar el trato dado a los indígenas, y desde este instante, en el campo del Derecho, comienza una pugna de fuerza entre el *Derecho común* vigente en toda Europa, y el *Derecho natural* que la Escolástica del siglo XIII había formulado con precisión. Primero Montesinos en La Española, al que seguirá Las Casas, y culminará Vitoria, acabarán por desplazar al *Derecho común*, imponiendo las soluciones del Derecho natural, que desembocarán con Vitoria en el *Derecho de gentes* o inicio del *Derecho internacional*.

La Corona, que desde el primer instante desea y busca el buen gobierno de las Indias, así como el buen trato de los naturales, favorecerá dichos enfrentamientos, para de ese modo lograr precisar lo mejor posible su posición. La mejor muestra de esta actitud, hoy evidente a todo investigador honesto de las fuentes, es la sostenida posición del legislador que llega hasta la Independencia, por hacer aplicar un Derecho en favor de los indígenas que en aquellos instantes rompía el criterio general jurídico, y tomaba la peculiaridad de privilegio. La dificultad, que sigue existiendo, es el saber calibrar en un instante, lo conveniente en ese momento. Basta pensar, por ejemplo, en un jurista de calidad y valor reconocidos, como lo fue el Dr. Juan López de Palacios Rubios, autor del famoso *Requerimiento*, tan ridiculizado por guiarse según el Derecho común, y no por el Derecho natural, ante unos indígenas que nada sabían de Derecho romano.

No es menos evidente, y así lo expondremos más adelante, la realidad *de hecho*, que llevó en la práctica a abusos y malos tratos del indígena, dando fundamento a que se haya podido desvirtuar lo esencial de una auténtica *colonización* de la mayor parte del continente americano.

F. FUNDAMENTO DE UNA DESVIRTUACIÓN

A nuestra generación le ha correspondido coincidir con la celebración del V Centenario del Descubrimiento de América. Se ha oído y escrito de todo. Pero quizá lo más curioso ha sido -eso mismo podría mostrar el desenfoque vivido-, que Naciones Unidas eliminara, de su programa de conmemoraciones, el Descubrimiento de América, programado para 1992, por lo que el venezolano Uslar Petri, con aguda ironía, comentara que en 1492 *no había sucedido nada.*

Siguiendo la línea del capítulo, con la intención de dar inicialmente una visión panorámica, abordamos el presente apartado. Primero, por objetividad, y, luego por parecernos que el no hacer ciertas aclaraciones, es mantener cierto complejo de inferioridad americano, que nos parece sin fundamento, pues los sucesores de aquellos pioneros primerizos, son los que han confirmado y siguen en el

empeño de integrar lo mejor que se puede al Continente, que aún hoy después de 500 años, y ya de 200 de Independencia, continúa con problemas similares.

Cuando Portugal empieza a recorrer las costas africanas en su empeño de ir a la India, cuida el adquirir el dominio de los territorios que va descubriendo, y a nadie le sorprende, ni molesta, que aplique las consecuencias del dominio: posesión plena del territorio y, de acuerdo con el *Derecho común* dominante en la época, legitimidad para desposeer a los nativos, por *infieles*, y aún el de *esclavizarles*. Se aplica aquí el tradicional concepto de *infiel* (musulmanes, judíos), aunque en realidad no es lo mismo, puesto que en este caso, como sucederá de inmediato en América, estos infieles no han ocupado territorio cristiano alguno, ni han perseguido a los cristianos.

Más todavía, los portugueses desde mediados del siglo XV, para mayor garantía de sus derechos frente a terceros, van a cuidar incluso de ser ratificados en su dominio por la autoridad del Papa, universalmente reconocido como autoridad competente para conceder territorios no cristianos a príncipes cristianos. *Esta era la situación de hecho y de derecho* en el instante del Descubrimiento de América.

Cuando Colón, en nombre de los monarcas castellanos descubre y se posesiona del territorio descubierto, con toda naturalidad aplica la doctrina dominante, es decir el *Derecho común*. Los Reyes Católicos, por una parte, que según Derecho son ya señores del nuevo territorio infiel descubierto, al igual que los portugueses hicieron en África, para prevenir cualquier acción de otro príncipe cristiano, recurren al Papa para que les ratifique su dominio. No estamos, pues, ante ningún hecho excepcional.

Pasadas dos décadas del establecimiento de los castellanos en el Nuevo Mundo, los primeros religiosos empiezan a reprochar la conducta práctica en el trato con los indígenas, y ahí se inicia el choque de Derechos al que se hizo referencia, entre el *Derecho común* y el *Derecho natural*, y que en su momento desarrollamos con mayor amplitud.

La sensibilidad e inquietud personal de Isabel, hace que se ahonde el estudio y peculiaridad de la donación pontificia, para precisar el trato que debe darse a los naturales, pues ya hemos visto que según el Derecho los infieles carecen de la más elemental garantía. Consultados los consejeros del Reino, y luego de un año de deliberaciones, la Junta respectiva concluirá que los territorios han sido concedidos para ser evangelizados y, por consiguiente, los naturales deben ser libres y no ser esclavizados. Es lo que Isabel hace de inmediato, declarando a los indios *vasallos* de la Corona, en un régimen de Derecho apropiado como ocurre en el Derecho castellano, según las distintas clases de personas; y desde ese instante se tomaron las medidas gubernamentales y legales pertinentes para

que así se realice, en la continuidad de tres siglos. La práctica, ayudada por la distancia inmensa de la sede del Gobierno, la volubilidad de ciertos funcionarios, y la permanente ambición humana, se encargarán de crear serias dificultades.

Con todos los precedentes indicados, Castilla, y con Carlos V ya España, emprende la organización administrativa de un imperio, que como se ha dicho con su hijo Felipe II, ante lo descomunal del territorio, *"no se pone el sol"*. La empresa, dígase lo que se diga, adquiere carácter épico, al tratar de incorporar un Continente, de una civilización primitiva, al Renacimiento europeo del siglo XVI. Esto nos lleva a una observación como la siguiente, salvando la relatividad en la misma comparación: Los imperios romano e indiano han sido los de más larga duración en la historia. El esfuerzo gubernativo y la calidad de la estructura administrativa, en ambos casos, permitió una duración de siglos que no pudieron destruir la incompetencia de no pocos funcionarios. Esta es una realidad evidente que cautelosamente han sabido silenciar siempre los demás países europeos.

Cuestionada desde la misma España la cuestión indígena, y en particular por los generosos y abnegados misioneros, y todo exagerado con abundante literatura, que con Las Casas se vuelve abrumadora, llega a toda Europa el desprestigio del proceder en las Indias. Pero lo asombroso es que cuando juristas, teólogos y moralistas de toda Europa eran los creadores y mantenedores del Derecho común, en el que la *personalidad del infiel* era anulada junto a la de su territorio y posesiones, ahora resulta que desde Francia, Holanda, Inglaterra, etc. se califica a los castellanos de monstruos depredadores de la nueva tierra. Es el primer ataque serio al empeño de colonizar un Continente.

¿Qué ha sucedido realmente? Muy sencillo: en Europa se ha despertado la envidia en las nuevas nacionalidades, y los diferentes países, en especial los de mayor capacidad expansiva y desarrollo, no soportan el ser excluidos de América y de sus fabulosas riquezas.

Otro aspecto incisivo, que no podemos dejar de reseñar en nuestra visión panorámica, es la trascendencia que se le dio a la evangelización desde el primer instante del Descubrimiento de América. Punto este vulnerable desde el siglo XVIII en todas las ideologías positivo-racionalistas y sectarias frente al catolicismo.

Por las Bulas de concesión de los territorios descubiertos, se encarga a los Reyes Católicos, como era habitual en semejantes documentos, la obligación de evangelizar las tierras concedidas. Marcada la pauta inicial, que no decrecerá en los tres siglos de dominio castellano, la Corona asume como *fin primero* del Estado indiano -lo cual como es lógico no excluye los otros fines- la evangelización y conversión a la fe verdadera de los naturales. Esto supuso un esfuerzo

tan grande y, a la vez, eficaz, que el historiador chileno Bravo Lira ha llegado a calificarlo de mayor envergadura -y ya es decir-, que la conversión de los germanos luego de la caída de Roma, y por supuesto superior al esfuerzo misional de la Iglesia realizado en los siglos XIX y XX.

El resultado de tamaño esfuerzo es lo que muestra la evidencia: millones de fieles en toda América alcanzaron la verdadera fe por el empeño heroico de miles de misioneros enviados por la Corona. Templos monumentales llenan la geografía americana. El arte decorativo y la belleza de objetos de culto de calidad exquisita. Nada que envidiar a lo mejor de Europa. Todo muestra de empeño fecundo que caló en el alma americana.

Ante esta realidad palpable no es de extrañar que la carga racionalista, positivista y liberal del siglo XIX trataran de desvirtuar un esfuerzo tan colosal. La actualización contemporánea de aquella actitud, reforzada por los últimos estertores marxistas fue tratar de desvirtuar el V Centenario de un hecho esencial para un Nuevo Continente. Lo más curioso de todo este acontecimiento, es que ni se hizo referencia a lo sucedido en la parte Norte de América, en que no sólo se exterminó a los bisontes sino también a los indios. La diferencia con el resto de América, es que está en marcha una nueva raza, que acabará por cuajar definitivamente.

G. NUESTRA MATERIA

Este apartado con fría metodología debió ir inicialmente. Sin embargo, la larga experiencia académica en el ambiente, me dice ser más conveniente colocarlo ahora, luego de todo lo dicho.

Una valoración superficial de la Historia del Derecho supondría considerarla como un recuerdo de los precedentes del Derecho actual. Esto supondría convertir la materia en algo similar a la arqueología. Dedicarse a este estudio, como podría ser cualquier otro trabajo intelectual, sería valioso como simple quehacer de la inteligencia. Pero no más. Tampoco se trata de una materia que trate de dar un cierto barniz cultural jurídico a los estudiosos del Derecho.

Si las buenas Facultades de Derecho, desde hace más de siglo y medio, han incorporado a su *pénsum* la Historia del Derecho, es porque una Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales hace juristas, y no prácticos del Derecho. Para esto sería suficiente una carrera media que estudiase los códigos o Derecho positivo vigentes, y basta. Esto más o menos ya lo dijo Savigny y un grupo de brillantes profesores creadores de la Escuela Histórica de Derecho.

Lo que la materia pretende, es dar al estudio del Derecho en el tiempo -de ahí nuestra auxiliar la Historia- la evolución que las instituciones jurídicas y siste-

mas jurídicos concretos, han tenido en el curso de los años, hasta llegar a cuajar en la normatividad vigente, la cual como es lógico no puede producirse por generación espontánea. El hecho mismo de que cada país tenga su propio sistema jurídico, es el resultado de una evolución del Derecho que, por peculiar y característico de una región o territorio, ha ido conformándose a través del tiempo, con todas las peculiaridades y circunstancias ambientales que, en otro lugar, podrían ser hasta contraproducentes.

La evolución política, económica y social peculiar de cada país, tiene las variantes propias que le hacen distinguir de los otros países. El Derecho con sus normas *-ubi societas ibi ius*, donde hay una sociedad allí hay un Derecho- van encauzando esas peculiaridades, y en una línea de continuidad y tradición acaba formándose lo que llamamos sistema jurídico propio.

Por otro lado, el Derecho, como cualquier otra rama del saber, tiene su naturaleza y metodología, con los mecanismos adecuados para perfeccionarse y proceder con la máxima eficacia. Un médico, un ingeniero o un farmacéutico podrán conocer, como es su deber, lo propio de sus profesiones; pero cuando se trate de legislar sobre medicina, construcciones, salud, etc. tendrá que ser el jurista quien lo haga, por ser el que domina la técnica y dogmática adecuada para que las normas sean estables y convenientes.

Lo peor, y causa de no poco desprestigio, es cuando creyéndose sabedores del Derecho, y ya por deficiencia de estudio o por ignorancia, se pretende legislar. Este es uno de los casos en que la legislación se multiplica y deforma, por las continuas rectificaciones que vuelven al sistema confuso e incoherente.

Vamos a servirnos de un ejemplo práctico, que hace más comprensivo lo dicho, y tantas veces lo hemos usado en clase.

Hasta hace unos años existió en la Sierra ecuatoriana una institución llamada *huasipungo*, inmortalizada incluso en la literatura nacional.

Las haciendas tenían una parte repartida entre los indios que la cultivaban, a los que se dio en *posesión* permanente una parcela que les servía para sus necesidades ordinarias: sembraban su maíz, hortalizas… y tenían sus animales tradicionales: vaca, chanchos, gallinas… La parcela se transmitía de generación en generación. Su obligación consistía en trabajar para la hacienda. Por consiguiente el indígena tenía trabajo asegurado y salario, a lo que unía su casita, terrenito, animales…

A mi modo de ver se dio aquí una superación de lo que el hacendado castellano tenía con los *siervos de la gleba*, pues se unía, para tener asegurada la mano de obra en algunas zonas muy ingratas, el antiguo *ayllu* incaico, o parcela que tenía

cada familia indígena. Por esto en la transmisión de las haciendas se transmitían con sus indios. Algo que en nuestros tiempos hería los oídos.

El legislador moderno consideró que esos *huasipungos* y *huasipungueros* había que eliminarlos, pues ya era hora de que fueran propietarios de sus parcelas y se les concediera la plena propiedad. Es decir, el legislador estaba presidido por una voluntad clara de favorecer al indio, al quererle conceder la propiedad de lo que había sido una *posesión inmemorial.*

El hacendado, que de hecho tenía perdida esa parte de la hacienda, encantado, concedió a cada lote su propiedad, se encontró desligado de la obligación de ocupar a sus *huasipungueros,* y con maquinaria moderna lograba mejores resultados.

¿Qué ocurrió con los indios? Pues nuestros indígenas, por continuar con poca capacidad para resolver sus situaciones personales, sea por exceso de bebida, sea por haber otros más sagaces y avispados, a la primera de cambio vendieron mal su parcela huasipungo, y se encontraron sin casita, sin terreno, ni animales, y sin trabajo.

Es evidente que el legislador estuvo presidido por una buena intención social, pero desconocedor de la realidad tradicional jurídica y agraria de la Sierra, acabó creando un grave problema de desocupación y de mayor miseria para el indio.

De modo similar podrían ponerse ejemplos en muchas áreas distintas a la agraria, pues en todas es lo mismo. Luego hay que legislar, y en general, manejar el Derecho teniendo siempre en cuenta las características de la tradición jurídica del propio sistema.

Por último, sin pretender ser exhaustivos, todo jurista salido de una Facultad, ya se dedique a una u otra área del Derecho, es conveniente que entre las materias que le formaron precisamente su *mentalidad de jurista*, tenga un buen conocimiento de la evolución del Derecho en el tiempo, para que le disponga siempre a compaginar la tradición con la realidad concreta del momento.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB-UCE
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUITO UNAQ ECUADOR BIBLIOTECA

II. PENSAMIENTO Y DERECHO CLÁSICOS

A. DERECHO OCCIDENTAL

Precisando ya los conceptos, dijimos anteriormente que, para llegar a comprender al Derecho ecuatoriano, lo mismo que al de cualquier otro país latinoamericano, es necesario seguir, desde el inicio, la gestación que ha tenido cada uno de esos Derechos en el tiempo.

Integrados dentro de Occidente, término que incluye geográficamente los territorios que incorporan la influencia original europea, y que se enriqueció de modo extraordinario con el Continente Americano y Australia, constituyen un modo de ser y vivir notoriamente distinto del que caracteriza la mentalidad asiática o africana. Y, como es obvio, dicha concepción no sólo se manifiesta en la distinta manera de concebir la vida y el pensamiento, sino que, para nuestro caso afecta a la diferente concepción jurídica. Estamos en la realidad llamada *Cultura Occidental*, o *concepción de Occidente*, que en la expresión frecuente encarna el *mundo Occidental*.

Se ha dicho, y con fundamento, en lo que respecta al Derecho, que dentro de este mundo occidental, por encima de las diferenciaciones y contrastes lógicos, se da un denominador común en los elementos fundamentales que lo integran, como son junto al rico aporte del pensamiento griego, el derecho romano, el derecho germánico y el derecho canónico o en general el cristianismo, suavizando y moderando los dos derechos anteriores. Se forma así un patrimonio común y decisivo que, como ha destacado Bravo Lira, va -sin exclusivismo-: desde el matrimonio, monogámico e indisoluble, y el régimen familiar o sucesorio, hasta las formas de asociación y el sistema de negocios jurídicos; desde la concepción de la persona y sus derechos innatos, y el instituto jurídico del proceso, hasta las formas de propiedad: exclusiva, común, estatal; y la misma organización estatal e internacional.

Este patrimonio común que hallamos en nuestros derechos americanos, no es un añadido accidental, sino esencial en la formación del derecho de cada país. Es algo muy diferente de una influencia, ahí si accidental, como pueda decirse en un país asiático o africano que está *occidentalizado*. En nuestros casos, el aporte romano, germánico y cristiano, es tan consustancial que con razón y fundamento nos integramos de lleno en Occidente.

La vía o canal, a través del cual nos llega el sentir y proceder Occidental, evidentemente es el Derecho castellano. Razones específicas, que analizaremos en su momento, nos permiten observar cómo dicho Derecho se nos presenta con madurez, habiendo integrado al *Derecho común* europeo, con la ventaja muy estimable de hallarle codificado. Así puede explicarse, que hasta bien entrada la Independencia de los países americanos las Partidas sigan en total aplicación.

Esta visión clara, y de pleno convencimiento, es la que nos ha llevado a que en la cátedra hayamos soslayado la expresión Derecho español, prefiriendo la de Derecho castellano.

En cuanto al origen o principio de la mentalidad occidental, que suele unirse al nacimiento de Europa, es cuestión debatida por los historiadores generales. Entre nuestros historiadores, algunos como Koschaker, opinan que la realidad de Europa se inicia el día de Navidad del año 800, con la coronación de Carlomagno por el Papa León III como Emperador de Occidente. Sea la opinión que fuere, el espíritu de Occidente viene de antaño, si bien puede que se precise mejor a partir de ese instante.

En nuestra opinión, no es mala la anterior hipótesis, puesto que simbólicamente van a unirse con los nuevos emperadores de estirpe germánica, el aprovechamiento máximo de la *recepción* del Derecho Romano justinianeo, y la concepción cristiana que domina plenamente. Por esta razón nos parece muy certera la definición de Europa dada por Pirenne: Un fenómeno cultural, una mezcla de elementos culturales clásicos y germanos con preponderancia del factor romano, y en la que no es posible prescindir del elemento cristiano. Elementos que integrados y desarrollados han venido a constituir, más que una unidad geográfica, el fundamento del mundo Occidental, y que Dawson considera una creación de la Historia.

Nosotros, en opinión de Bravo Lira, somos los espectadores privilegiados desde el siglo XX, que podemos contemplar lo que el más clarividente de los profetas no había podido intuir: que unos núcleos urbanos de Asia Menor nos legasen el modo de pensar Occidental, junto a su arte exquisito, clásico por excelencia; que una aldea etrusca, fundada en el Palatino, se transformase en la Roma, capaz de convertir al Mediterráneo en un lago interno; que la brillantez y expansión del mundo urbano clásico, sería arrollado por migraciones de pueblos germánicos; y, por último, que el Mesías, descendiente de David, en una aldea de Galilea, daría cohesión a todo ese espléndido conglomerado, proyectándolo cara a los siglos para el mundo entero.

Todo ello llega a América, a través de Castilla, y en su caso, de Portugal.

B. GRECIA

Se han dado múltiples opiniones a través del tiempo, para tratar de explicar el fenómeno indiscutiblemente excepcional ocurrido en Grecia, en el sentido de querer encontrar explicaciones a la riqueza intelectual que se desarrolla en la Hélade. Pues no sólo es fuera de lo común para su época en relación con los demás pueblos de la antigüedad, sino que puede decirse, sin exageración, que es fenómeno único en la Historia. Desde Homero, siglo VII a.C., hasta la dominación romana, es una verdadera pléyade de talentos excepcionales que irrumpen en los más variados campos del saber humano.

En opinión de Javier de Cervantes, por servirnos de unos de los tantos criterios, habrían dos razones circunstanciales que ayudarían a comprender parte de aquel fenómeno. Por una parte, Grecia se halla en la confluencia de Europa, Asia y África. Teóricamente cabría decir: se sirvió de la quinta esencia de estos continentes. Pera la pregunta que nos hacemos sería: ¿cuál esencia? ¿la conocía? Se nos ocurre un ejemplo para justificar la duda: si Sócrates, Platón y Aristóteles, por escoger lo más selecto de los pensadores griegos, hubieran conocido el relato del Éxodo -Segundo de los libros hebreos- en la escena que Moisés pregunta a Dios que le habla desde la Zarza, quién es Él, y se le contesta: YO SOY EL QUE SOY, cabría opinar que dichos filósofos quizá no hubieran tenido que esforzarse tanto para llegar al punto cumbre de la metafísica. Y es notorio que el relato no lo conocían. Si bien, también es cierto, que el haber llegado a lo mismo, por vía netamente racional, merece una gratitud enorme.

En segundo lugar, dice De Cervantes, y ya nos convence más dentro de lo circunstancial, que su situación geográfica meridional en Europa le proporciona un clima benigno, sin cambios bruscos, con una temperatura agradable, y una armoniosa mezcla de estaciones, lo cual permitía la vida al aire libre, las charlas y discusiones interminables en el ágora, las reuniones públicas y los juegos y representaciones teatrales, etc. Es indudable que todo ello debió influir en la personalidad de tanta gente, pero no podemos menos de pensar, también, que ese clima sigue allí, y en otros lugares, desde hace siglos, y no se ha producido un aluvión de genialidad semejante.

Ciñéndonos un poco más a lo nuestro, aunque eran convenientes unas breves consideraciones generales, nos interesa ver cómo repercutió la forma de ser griega de los siglos VII a III a.C. en las instituciones. Y para ello, todavía una observación previa: no olvidemos que en Grecia existieron varias Ciudades–Estado que sobresalieron, y algunas de ellas con rasgos bien propios y precisos, pero tuvieron de común, al menos en sus inicios, el ser regidas por monarquías, con la diferencia respecto a otras monarquías occidentales u orientales, de que sus ciudadanos no suelen ser sometidos, es decir, los monarcas tenían asesora-

miento de asambleas, y se movían más bien en la línea del patriarcado o paternalismo.

Ante la imposibilidad de referirnos a cada Ciudad–Estado de Grecia, vamos a quedarnos con Atenas, por ser arquetipo, dada su prestancia, y porque gracias a Aristóteles conservamos su tratado sobre la Constitución de Atenas, primicia de la Historia del Derecho, por la que podemos conocer la realidad social, política y económica de sus instituciones, y por consiguiente la estructura jurídica de la Ciudad–Estado más relevante de la Grecia clásica, y de la antigüedad.

Según Aristóteles, y otras referencias de autores griegos, ya Dracón en la lucha democrática entre eupátridas o nobles y plebeyos inició los primeros pasos positivos de la convivencia, pero fue Solón quien logra realmente el mayor equilibrio, en el que seguirán Pisístrato, Clístenes y figuras tan relevantes como Pericles, etc. Lo importante es que se creó el Consejo de los 500 y la Asamblea del pueblo, y aumentan otras asambleas menores y tribunales por lo que Aristóteles dice que «es la ciudad de los jueces y de los procesos». Están los *Arcontes*, que gobiernan la ciudad; el Tribunal de los *heliastas*, el más importante de todos; y se nombran todos los cargos y funciones, por sorteo, en las asambleas. Se destaca, además el profundo sentido cívico de todos los ciudadanos. Y algo muy importante para la democracia ateniense: todo el proceder en las distintas funciones es colegial, y aún los magistrados concretos debían someterse, antes y después de sus períodos, a ser examinados y rendir cuentas al concluir. Otro elemento, no despreciable en aquel proceder democrático, era el de los *oradores*, por su capacidad de influir en las asambleas que resolvían tanto los problemas internos, como los internacionales. Recuérdese en este sentido la figura de Demóstenes.

Como en materia financiera no eran partidarios de los impuestos directos, el Estado cuidaba de tener su propio patrimonio, ya que sólo se gravaba a los extranjeros y a los esclavos, que pagaban sus dueños, lógicamente.

El ejército y la marina merecían gran cuidado, por ello los *estrategas* no eran elegidos por sorteo, sino por su capacidad.

Naturalmente, las alabanzas y las críticas a la Constitución han llegado también hasta nosotros. Los demócratas estimaban tener la mejor de las estructuras que pueblo alguno tuvo. Los patricios y con ellos los filósofos, más exigentes, no eran nada partidarios de que gentes sin mayor preparación y competencia resolviesen los problemas más arduos, y el gobierno en realidad. Para Platón, por ejemplo, el gobierno y orientación del Estado sólo podía estar en los más inteligentes y capaces, y no en el pueblo ignorante. Para él la conformación del gobierno y del Estado no podía lograrse a base de gente que pensaba lo que le

parecía, ya que no se puede valorar a los hombres todos como iguales. Aristóteles es más moderado en ese sentido, por ser más realista.

No se puede negar que todo lo dicho -por necesidad brevemente-, influyó sin duda en Roma, quizá más agudamente en el período republicano, pero lo que es indudable que influyó fue el buen criterio, el sentido cívico y de servicio de los griegos y, fundamentalmente su pensamiento, su filosofía.

Y es que ahí está la genialidad griega, al haber iniciado para la Historia la filosofía, viniendo a ser modelo y pauta de toda la filosofía posterior, por su amplia visión racionalizadora y de reflexión sobre la causalidad; por ello ciencia y filosofía tenían tenue delimitación, dándose más bien una gran coherencia de pensamiento entre lo que hoy distinguiríamos entre filósofos y científicos.

Toda la reflexión se realiza dentro de los límites de la Naturaleza, captada por los sentidos. De la vida diaria se eleva a la intelección de la realidad, para llegar a los conceptos metafísicos, y penetrar en la esencia de todo, siempre sobre la base del sentido común perenne en el hombre. Se aborda la múltiple variedad de temas que constituyen, y constituirán, la problemática del hombre occidental, y del hombre universal, al penetrar en la intimidad y análisis de la razón. Es casi una pasión por apartar el mito y buscar en todo sus causas y sus fines. El hombre, por lo demás, es esencialmente social, "zoon politicón", animal social y político, en frase de Aristóteles, que en el aspecto estrictamente político, escrutará -dice Mena- con brillantez el fundamento mismo del poder y la soberanía.

Ideas y conceptos que, sin duda, influyeron inicialmente sobre los romanos, y en todo Occidente hasta nuestros días. No digamos, aunque a nosotros no nos afecte directamente, el valor inmenso y calidad de su arte.

C. ROMA

1. Introducción

Grecia tuvo el mérito, indiscutible, de iniciar a la futura humanidad en el modo adecuado de la reflexión filosófica y, a la vez, en la belleza de las formas a través de su arte. A Roma, sin embargo, nos dice De Cervantes, le correspondió la misión de la guerra, y la vocación por el Derecho, al llevar su ciencia militar a un alto grado de perfeccionamiento, y al imponer sus principios, que reglamentan las relaciones de los individuos entre sí o con la colectividad de que dependen, lo que en términos generales entendemos por Derecho.

Una voluntad poderosa, en opinión de Zevallos, lleva a Roma a ensanchar sus dominios mediante conquistas sistemáticas, y es por la fuerza de las armas que

transporta su Derecho a los más apartados confines; pero que gracias a la sabiduría de sus instituciones le permite conservar los territorios. Con un matiz, quizá interesante, mientras los griegos al someter sus pueblos ven bárbaros a civilizar, Roma ve enemigos que dominar, para convertirlos más tarde en amigos y aliados mediante el imperio de las leyes.

En este sentido nos parece convincente el pensamiento que Bravo Lira desarrolla con insistencia: la razón de Roma, es la necesidad de su defensa, que logra por el pacto o relación de paz. Primero al imponerse en el Lacio, luego en la península Ibérica, frente a los cartagineses, y así, sucesivamente, hasta la inmensidad de su Imperio. Unas veces persigue conjugar una amenaza, otras repelerla, pero siempre se plantea respecto a un peligro exterior. Por una parte, al Derecho le compete consolidar la situación conquistada por las armas; no es la fuerza, sino el Derecho el que sustenta o impone el fundamento del mundo romano. Este logro lo consigue por un doble camino: o sometiendo un territorio, o entendiéndose con él. Se utiliza la alianza con unos, para imponerse a los otros, y así Roma deja de ser una ciudad latina más, para convertirse en la cabeza, primero del Lacio, luego de Italia y, finalmente, del mundo mediterráneo.

Pero veamos brevemente algo de la estructura de la primitiva Roma local. Como en todas las ciudades de la antigüedad, y ya lo pudimos observar en Grecia, distinguimos la pugna de una minoría aristocrática, en este caso los *patricios*, y la casta inferior aunque mayoritaria de la *plebe*, y por consiguiente de los plebeyos; y como era común en todas partes, estaban los *esclavos* que no contaban para nada. Por lo demás, común también a toda la antigüedad, con una mezcolanza de lo religioso, que en Roma tendrá continuidad hasta su fin.

Superada la monarquía legendaria de Roma, nos hallamos en la República. Los patricios, en forma prácticamente absorbente, dominan el gobierno y la estructura institucional, y de ahí la pugna a desarrollarse.

El Senado estaba integrado por las cabezas de la casta patricia, por lo que también se les denomina *patres*, y son quienes prácticamente deciden todo lo esencial cara al interior y al exterior. En los *comicios por curias* se elige a los senadores y funcionarios o magistrados; en los *comicios por centurias*, que lo integra la aristocracia del dinero, que trata por todos los medios de competir con la anterior, logra poco a poco ir penetrando; por último, en los concilia de la plebe, y sus resoluciones llamados *plebiscitos*, acabarán por neutralizar la prepotencia de los dos grupos anteriores.

Hasta que este último grupo alcance sus logros, a la vez que se realiza la expansión de Roma, ha ido formándose el *ius civile*, rígido, exigente y exclusivista, muy formulario, razón por la que surge paralelamente el *ius honorarium*, que impuso la necesidad de un Derecho más ágil y menos formulario, conformado

por las resoluciones de los distintos magistrados; por otro lado, la expansión de Roma, y con ella la multiplicidad de pueblos integrados, exigía aquella agilidad que no podía dar el viejo y clásico Derecho civil.

El equilibrio entre ambos enfoques, y la calidad excepcional de los juristas, alcanzará en el Imperio la prestancia universal que inmortaliza el Derecho Romano.

2. República (509 a.C.)

Se calcula hacia finales del siglo V a.C. el paso de la Monarquía a la República, pasando la ejecución del gobierno a manos de dos Cónsules y al Senado, siendo este último quien de hecho y de Derecho acaba por dar su visto bueno en todo lo interno y externo de importancia. Por supuesto, tanto los Cónsules como el Senado están en manos de los patricios. De ahí que el Derecho de la primera época se manifieste, principalmente, en los *senado-consultos,* normas que bien nacen del mismo Senado o les da su aprobación.

La pugna entre patricios y plebeyos, va a ser tenaz pero lenta, hasta que éstos lograran participar en la conducción del Estado. El primer paso importante de dicha pugna se da, cuando retirados los plebeyos en el monte Aventino, deciden no ceder en nada hasta que se les concedan las garantías necesarias para poder defender sus derechos. De ahí surgen los *Tribunos de la plebe*, a los que se concede la *intercessio* o capacidad de vetar cualquier decisión de los Cónsules, de otros magistrados y aun del Senado. Tribunos que de dos pasarán a cinco y llegan a diez, elegidos en los comicios por tribus.

La mayor dificultad para la plebe eran las características del *ius civile*, eminentemente quiritario, de ahí el esfuerzo en lograr que dicho Derecho quedara por escrito, para saber con precisión, por una parte a qué estaban sometidos y, por otra, lograr luego los cambios convenientes. Este es el origen de las famosas *XII Tablas*. En ellas se regula la estructura e incidencias de los juicios; el régimen familiar y las consecuencias necesarias, la tutela y la curatela; el régimen de la propiedad, la posesión y las obligaciones derivadas; lo referente a los delitos; el Derecho público y sagrado tan relevante en la estructura de los pueblos antiguos; así como las cuatro acciones clásicas del Derecho Romano: *actio sacramenti, iudicis postulatio, manus iniectio y pignoris capio*. Es el conjunto esencial del Derecho clásico o ius civile, contenido en diez tablas, a las que se unieron dos más -por eso XII Tablas- en que fundamentalmente se regulaba la prohibición del matrimonio entre patricios y plebeyos, rechazadas desde el primer instante, y a las que Cicerón calificó de inicuas.

Un paso decisivo en la pugna patricios-plebeyos, es el dado por los Cónsules Valerio y Horacio, al legitimar las asambleas o concilios de la plebe a través de

las *leyes valerias*, que además garantizan a los ciudadanos la libertad, el que no se atente a su vida y al que no se nombren magistrados sin aprobación del pueblo. Ante esta presión los patricios crean la censura y luego el *Pretor Urbanus*, con el intento de que unidos a los Cónsules se mantenga todavía su predominio. Los plebeyos, por su parte, logran por el Tribuno Canuleyo que se abroguen las tablas XI y XII, que prohibían el matrimonio entre patricios y plebeyos, quedando así eliminado el gran obstáculo de separación, y agilitando para el futuro la verdadera fusión romana. Idéntica importancia tiene, para la evolución del Derecho que se va produciendo, las leyes agrarias logradas por los Gracos, y el romper la exclusividad del nombramiento de los magistrados por el Senado.

En este instante, como esencial en el Derecho civil tenemos: el *ius connubii*, el *ius commertii* y la *factio testamenti*, es decir, la capacidad de matrimonio, de comercio y de testar, que los romanos van a manejar combinándolos con verdadera maestría en los distintos pueblos que se integran en el Imperio. Al mismo tiempo va tomando cuerpo el *Derecho honorario* de los pretores, fundamentalmente, a través de los *edictos*; y la plebe ha logrado de lleno el Derecho de sufragio.

Manejando con maestría, decíamos, los romanos hacen llegar su Derecho, por partes o totalmente según convenga, en primer lugar a los ciudadanos, y luego en el Lacio, así como en las nuevas provincias, según se romanicen más o menos. Esta será la gran tarea de Procónsules y Propretores al aplicarlo en colonias, ciudades o personas: colonos romanos, colonos latinos, aliados a los que se aplica el Derecho itálico, y la genial forma de conceder la ciudadanía cuando se participa en las funciones edilicias de los municipios.

Nos hemos referido continuamente -es lógico, pues es nuestra materia- al Derecho, y en concreto a las fuentes: leyes, senado-consultos y plebiscitos. La pregunta que nos podríamos hacer, sería: ¿De dónde surge tanto Derecho y de tanta calidad? Y más cuando la grandeza de Roma se asocia a su Derecho. La respuesta es sencilla: desde los enfrentamientos patricios-plebeyos dirigieron y asesoraron unos expertos, que vamos a ver proliferar ya sin interrupción, y cada vez más capaces y competentes, como lo eran los *jurisconsultos* o también llamados *iurisprudentes*. Lo importante es, que no sólo en el actuar formal concreto de los juicios exponen sus criterios, sino que va surgiendo una literatura que ellos van elaborando, y penetra como indispensable en toda la administración del Estado. Si el Cónsul, Pretor, Procónsul, Tribuno, etc., tienen que enfrentar su gestión y sus litigios, naturalmente necesitan peritos que les asesoren, y de esta manera nace y se perfecciona la figura del jurisconsulto o jurisperito, en cuyo sentido literal de la palabra se expresa ya todo el contenido.

3. Imperio: Principado (27 a.C.)

Cualquier persona, desde la medianamente culta, que al contacto con la Historia ha conocido de Roma, se ha dado cuenta, de inmediato, que la grandeza de Roma proyectada a través de los siglos, no es producto de una elaboración de intelectuales o de entusiastas especialistas, sino que impresiona comprobar la entidad de una ciudad, que se transforma en un imperio admirable, por la calidad de sus ciudadanos, la prudencia de sus instituciones de gobierno, y la firmeza o magnanimidad en saber valorar las circunstancias de cada instante, en la variable multitud de pueblos que integran.

Coincidimos con Bravo Lira, cuando nos dice que es la búsqueda de la seguridad la que inicia el ciclo que arrastra a Roma a la expansión, muchas veces, incluso, a pesar suyo. Cuando, por ejemplo, la suerte le permite vencer a Aníbal, que tuvo a Roma en sus manos, no le queda más remedio, si es que quiere subsistir, que aniquilar a Cartago; y para ello deberá conquistar la península ibérica. Algo similar le ocurrirá al tener que defender a Grecia de los poderosos reinos orientales vecinos. El esfuerzo para garantizar la paz va a ser ocasión de grandeza, y a la vez de limitación. La habilidad de Roma estuvo en saber equilibrar la antigua barrera entre vencedores y vencidos, al enfrentar cada caso con prudencia y habilidad, que le llevó a un escalonamiento de situaciones que podrían ir desde el sojuzgamiento total, hasta la alianza en plan de igualdad, con la variable de casos intermedios. Esto permitió, que el enemigo de ayer, pudiera convertirse en el aliado de mañana, pues sabían ofrecer a los vencidos o aliados expectativas de mejora, que muchas veces, incluso, les deslumbraban.

Es evidente que en el alcance de semejantes logros de inmensa grandeza, poder e influencia, fue el Derecho la genialidad romana, que le permite conservar y desarrollar un imperio milenario. Hay que recorrer, aun hoy, el territorio que fue de dominio romano, y nos encontramos en la aldea o pueblo más recóndito - pues en las ciudades la presencia puede ser grandiosa todavía- un acueducto, calzada, termas o imitaciones romanas, como orgullo de aquellos lugares por identificarse con Roma. Jamás una ciudad ha logrado la genialidad de Roma: que todos los pueblos y ciudades de un inmenso Imperio, querían ser como Roma, y ahí radicó una más de las razones que explican la estabilidad milenaria de su Imperio.

Sería interminable el ir destacando matices de esa asombrosa realización que fue Roma, pero nuestra materia nos exige ceñirnos más al campo propio.

Situarnos en el período del Imperio es casi empezar a retroceder en la evolución institucional que vimos anteriormente. Opinaríamos que ha sido una exigencia de la expansión. Las instituciones republicanas han cumplido magníficamente su papel, pero ante un Estado enorme no cabía la dispersión, ni la traba de fun-

ciones, se imponía la unidad de ejecución, y Roma llega a ello como ha llegado a todo: sin prisa y naturalmente, por la imposición de las circunstancias. Sólo se necesita el momento adecuado.

Superada la pugna patricios y plebeyos, un nuevo elemento surge espontáneo y lógico de la vida pública: la lucha por el poder. Primero el enfrentamiento de Mario y Sila. Luego el *primer Triunvirato*: César-Pompeyo-Craso. La victoria y predominio de César, figura realmente señera, que al ser asesinado muestra que todavía la unidad de poder no estaba madura. Sigue un *segundo Triunvirato*: Octavio-Lépido–Marco Antonio. El triunfo de Octavio, hijo adoptivo de César y su heredero, constituye ya el instante inicial de la grandeza, y, de hecho la instauración del Imperio: comienza el Principado.

Octavio, controlando admirablemente su carácter, se muestra desde el primer instante magnánimo con los vencidos y con todos. Muestra unas cualidades de gobierno sorprendentes, que motivan la total concentración de poder, dado espontáneamente: *Imperator a perpetuidad, Padre de la Patria, Augusto, Princeps,* igualmente a perpetuidad se le entrega el *poder tribunicio, la potestad consular y el proconsulado*, para rematarse con el de *Pontifex Maximus*. Y nadie quiere que se vaya, por haber elevado la dignidad de Roma a la "cumbre del Olimpo", diríamos con su tiempo.

Augusto, que con este nombre va a quedar inmortalizado, no abusa de tanto poder y, teóricamente, todas las instituciones y magistrados continúan. Decimos teóricamente, porque si bien él no los elimina de hecho, sí va a ocurrir poco a poco en los emperadores que le sucederán. Simplificando nos referimos: al poder judicial, al poder electoral, al poder legislativo, etc. Se crearon varias Prefecturas: *Prefecto de la Urbe* al frente de toda la ciudad, con todas las atribuciones de los ediles y demás; el *Prefecto del Pretorio*, cuyo prestigio fue grande por haberlo ocupado varios juristas connotados; el *Prefecto de aprovisionamiento*; el *Prefecto de vigilancia*, etc.

La legislación acabará por simplificarse en las *Constituciones* de los emperadores, aunque Augusto, como dijimos, dejó coexistentes las facultades del Senado, Tribunos, Pretores, etc.

Desde nuestro punto de vista, conviene destacar cómo durante todo el período conocido como *Principado*, iniciado por Augusto hasta ese otro período, y final, conocido como *Dominado* que empieza con Diocleciano, se da en Roma un florecimiento lleno de calidad, y a la vez prolongado, que como ha destacado Zevallos -largos años Profesor de la Universidad de Guayaquil-, significa un desarrollo admirable de la jurisprudencia, gracias a los aportes magníficos de juristas notables que se dedicaron de manera preferente al cultivo de la Ciencia

del Derecho, actividad que antes no había existido en forma sistemática y con proyecciones tan grandiosas como ocurre en esta época de la Historia de Roma.

Se hace realidad constante el asesorar, resolver e interpretar jurídicamente los hechos, que los prudentes o jurisconsultos realizaron con eficacia durante la República, y que con Augusto toma carácter de privilegio cuando se establece el *ius respondendi*, por el cual los juristas, por la autoridad del Príncipe que las sellaba, daban las respuestas convenientes a las consultas o dificultades que se iban presentando. Con la característica, dice Ávila Martel, de que si había unanimidad de pareceres entre los jurisconsultos, cuyos escritos gozaban del privilegio, el juez debía acomodar su sentencia a ellos, y si en aquéllos había discrepancia, podía elegir la opinión que creyera más acertada.

No es menos decisivo en tiempo de Adriano, el establecerse de manera permanente el *consistorium*, consejo privado del Emperador para todos los asuntos de gobierno; y el *auditorium*, igualmente, para todos los asuntos jurídicos y contenciosos. En este mismo período, el destacado jurista Silvio Juliano realiza la recopilación de todo el Derecho honorario hasta ese instante con el *Edicto perpetuo*. Ahí merece destacarse su opinión respecto a la costumbre, de tal valor que ha llegado hasta las codificaciones modernas, cuando razona que no sólo tiene pleno valor ante la ausencia de la ley, o cuando está concorde con ella, sino aun en contra de ella. He aquí su texto recogido en el Digesto, ley 32, título III, del libro I: "En aquellas causas que no usamos, de leyes escritas, conviene se guarde aquello que está introducido por uso y costumbre; y si éste faltase en algún caso, se ha de guardar lo que es más próximo a la costumbre; y si aún esto no hubiese, conviene observar el Derecho que se usa en Roma. La costumbre inmemorial con razón se guarda como ley, y este es el Derecho que se dice introducido por costumbre; porque como las mismas leyes por ninguna otra cosa nos obligan sino porque fueron recibidas por el consentimiento del pueblo; también obligará con razón a todo aquello que sin constar por escrito aprobó el pueblo: porque ¿qué más tiene que conste por escrito la voluntad del pueblo, declarada por votos, que la declarada en hechos y costumbres? . Por lo cual también está legítimamente recibido que se deroguen las leyes, no sólo por la voluntad del legislador, sino también por el no uso, por tácito consentimiento de todos".

La serie de grandes juristas que fundamenta la grandeza del Derecho Romano, continúa con figuras tan relevantes como Scævola y Gayo en tiempo de Marco Aurelio. De Gayo son las famosas *Institutas* que sirvieron luego de modelo a los de Justiniano, y un ejemplo de cómo en las escuelas creadas en Roma se aprendía el Derecho Romano. El máximo jurista, reconocido por todos, fue Papiniano del tiempo de Septimio Severo. Durante el gobierno del emperador Caracalla se concede la ciudadanía a todo el Imperio, y dará lugar a la vulgari-

zación del Derecho Romano; en este período destacan otros dos grandes juristas: Ulpiano y Paulo.

En conjunto puede decirse, que durante el *Principado Roma* ha logrado una madurez admirable de su Derecho, capaz de ser proyectado durante siglos a la humanidad entera. De Cervantes, en un esquema sencillo, nos presenta el siguiente cuadro que unifica el viejo y clásico Derecho civil, rígido y formulario, con el Derecho más ágil como es el honorario y con él el Derecho de Gentes: El Derecho civil es mitigado por la *equitas*; el parentesco civil, o *agnatio*, junto al parentesco natural, o *cognatio*; el matrimonio civil, junto al matrimonio natural; la rígida propiedad romana, se mitiga con la propiedad natural; el testamento y contratos del derecho estricto, junto a los contratos de buena fe, etc. y algo similar puede decirse en relación con las acciones procesales.

4. Imperio: Dominado (284 a.C.)

Ha sido opinión general considerar que, a partir de Diocleciano, se inicia un nuevo período en la Historia de Roma: El *Dominado*, también para algunos el *Bajo Imperio*.

La expansión imponente del Imperio, el apremio continuo por conservarlo, el desgaste inevitable de las instituciones, y la no despreciable corrupción de costumbres en una heterogeneidad de pueblos, religiones, etc., fue acusando poco a poco un deterioro inevitable. Cuando Caracalla en el 212 -Constitución Antoniniana- concede la ciudadanía universal a todos los habitantes libres del Imperio, puso sin duda la primera piedra de la decadencia, pues ya el orgullo del ciudadano romano perdió su calidad. Por ejemplo, ya el ser miembro del municipio en cualquier parte del Imperio, que luego concedía la ciudadanía, dejó de ser apetecido y desde Diocleciano en adelante se vuelve ingrato, al ser responsables de las recaudaciones fiscales.

Es manifiesto que desde mediados del siglo III, la crisis económica del Imperio se vuelve cada vez más aguda. Se impuso la necesidad de una intensa burocracia, para mantener la unidad y vigor del Imperio, esto frente a la espontaneidad y orgullo anterior de ser romano, fue síntoma manifiesto de decadencia. Por estas, y muchas más razones, nos parece una deformación y falta de objetividad histórica -sino sectaria-, la de quienes han querido identificar decadencia con cristianismo, siendo así que cuando éste logra aparecer liberado por Constantino (313 d.C.), luego de tanta persecución, el Imperio tenía ya síntomas claros de decadencia, que era natural se agudizasen hasta su fin. Pidiendo prestada la terminología a la moderna metalurgia, sería "fatiga del metal".

En cuanto a la evolución del Derecho, sigue su curso, y aunque las constituciones imperiales han asumido la prelación -son las *leyes*-, sigue en vigor todo el

Derecho anterior, que ha quedado recogido en las obras y estudios de los jurisconsultos -en el *ius*-. A estas fuentes se añaden las recopilaciones realizadas, dos de ellas privadas: *Código Gregoriano* y *Código Hermogeniano*, y otra recopilación oficial: *Código Teodosiano,* realizado por Valentiniano III y Teodosio II en Oriente y Occidente en el 426. Es el *codex*, para los efectos de fuentes. Precisamente, también, en este tiempo de dichos emperadores se dio la *ley de citas*, por la cual se establecía que entre los cinco juristas más calificados en el Derecho Romano: Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, había que seguir sus opiniones por los jueces, y en caso de duda entre ellos, prevalecía el criterio de Papiniano. Esto es calificado por la literatura posterior como un empobrecimiento de la ciencia jurídica, ya que naturalmente circunscribía en ellos, por muy valiosos que fuesen, el desarrollo del Derecho que muy bien podían aportar otros autores.

Por fortuna para la posteridad, y lógicamente para nosotros, está la magnífica obra recopiladora de Justiniano, ya caído el Imperio de Occidente, al conservarnos en el *Código* las anteriores Constituciones de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, que completó y aclaró; el *Digesto* o *Pandectas* con toda la doctrina de los juristas romanos; los *Institutas* como obra para los estudiantes, imitando a Gayo; y las *Novelas* que completan las constituciones imperiales. Fue una gran tarea del ilustre jurista Triboniano, fundamentalmente.

El hecho de mayor trascendencia producido en este período del *Dominado*, asequible hoy en toda su perspectiva histórica, y en ese instante difícil de captar en toda su dimensión, fue la aparición del cristianismo, Por su relevancia, lo veremos oportunamente, ahora sirva indicar que cuando Constantino no sólo da la libertad al cristianismo, sino que le favorece, y siente la responsabilidad de reparar, concede el *Edicto de Milán* -aunque no hay acuerdo si es un edicto realmente, o conjunto de disposiciones así conocidas-, por el cual se da dicha libertad de actuar a los cristianos o a la Iglesia, y se concede competencia judicial a los Obispos en igualdad de condiciones que a los demás jueces, y, a la vez, tengan capacidad de manumitir esclavos.

5. Romanización de la Península Ibérica

La amenaza cartaginesa, que por supuesto pretendía destruir la hegemonía de Roma en el Mediterráneo, revirtió contra Cartago. Con esa finalidad de enfrentamiento decidido, el 218 a.C. llega a la Península Cneo Escipión, se apodera de la provincia tarraconense, y poco a poco, rematando el propio Augusto, la Península queda bajo el dominio absoluto de los romanos. Y como señala Bravo Lira, la conquista de la Península Ibérica iniciaba, sin saberlo, el principio de lo que iba a ser su Imperio, se daba el primer paso hacia la formación del mundo romano.

Paso definitivo de dicha romanización fue la concesión por Vespasiano, alrededor del año 74 d.C., de la latinidad (ius latii) a todos los habitantes de la Península, con lo cual cuantos participasen en las funciones edilicias o municipales, a su término, se les concedería la ciudadanía. Era una demostración del grado de identificación con Roma que había logrado el territorio, por lo que no sorprende, por decir lo máximo, los varios emperadores de origen ibérico.

Se completó esta identificación, si bien ya no era sólo para Iberia, sino para todo el mundo romano, con la Constitución Antoniniana dada por Caracalla el 212, concediendo la ciudadanía a todos los hombres libres del Imperio. Ello significó, nos dice Eyzaguirre, la derogación oficial de los Derechos indígenas e hizo desaparecer la antigua distinción entre ciudades indígenas y ciudades romanas. Pero esto supuso, sin duda, mayor complejidad jurídica, ya que los vacíos de la ley romana en las ciudades indígenas hizo mantener sus costumbres, con lo cual el Derecho Romano fue provincializándose y adaptándose a las necesidades locales, originando así un sistema nuevo denominado *Derecho Romano vulgar*, que, de hecho, iba dejando de lado los escritos de los grandes juristas de la época.

APÉNDICE

Sería un tanto inaudito -y mucho más en una digna Facultad de Jurisprudencia-, pensar que el estudio del Derecho Romano sería equivalente para nosotros como estudiar arqueología, pues no sólo por su calidad y profundo sentido jurídico sería para estudiarlo, sino porque no puede concebirse a un buen profesional, profesor o investigador de nuestra carrera, que no tenga un buen conocimiento del Derecho Romano; primero, por la base jurídica que ello supone, y luego, porque ahondando en todas nuestras instituciones, se ve por todos lados un fundamento romano. Así que por formación intelectual, y por engarzarse con las grandes escuelas jurídicas que a través del tiempo han aparecido, siempre el Derecho Romano seguirá siendo el Derecho por excelencia.

En nuestro caso particular, en que tenemos la materia de Historia del Derecho al principio de la carrera es imposible entender la terminología, el método y la sistemática, si el estudiante no se familiariza antes con el Derecho Romano, ya que no capta los términos y los conceptos cuando se le va presentando la evolución del Derecho en el tiempo. Pues el Derecho Romano le adelanta lo que las distintas materias doctrinales y positivas le irán ofreciendo en el *pénsum*. La formación romana familiariza, desde el primer instante de la carrera, con lo que sea: *cosa, persona, obligación, contrato, sucesión, proceso*, etc., y se entra al estudio de las demás materias con una visión general terminológica y conceptual precisa, que es indispensable para un estudio serio.

Por anecdótico, recuerdo hace unos años cuando un Rector -¡catedrático de Derecho!- de una Universidad, suprimió el Derecho Romano de su Facultad "por ser una materia que utilizaba el latín que ya no valía para nada". Por suerte para esa Universidad le sucedió en el Rectorado un Profesor ilustre, buen tratadista de Derecho, y la primera medida que tomó fue restituir la enseñanza del Derecho Romano y bien enseñado. Estaba avergonzado de lo sucedido.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
OMNIUM
FUNDADA EN 1826
QUITO
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

III. GERMANOS

A. VISIÓN GENERAL

Fieles a la línea de evolución señalada, unimos ahora al pensamiento griego, y al excepcional sentido jurídico de los romanos, el aporte germánico, como otro elemento esencial para comprender la gestación de nuestro Derecho Occidental en el que nos hallamos integrados.

Es muy posible que, aun al menos avezado en estos quehaceres jurídicos y culturales, le parezca natural hayamos hablado de griegos y romanos, pues por elemental que pudiera ser su formación, es indudable que ya sea por la literatura o por la filosofía, en unos casos, y, en otros, por la tenacidad con que las gentes de leyes hemos sostenido, por siglos, la excelencia de los romanos y su Derecho, se acepte sin reservas sin liderazgo en el *ser occidental*. Sin embargo, que en igualdad de condiciones, más o menos, se incorpore a los germanos -para algunos sinónimo de alemanes, aunque no lo sea-, es muy posible que resulte extraño, y necesite de amplia explicación, si bien el hecho de que los germanos acabaran con el coloso romano, ya es algo para llamar la atención.

Distinto debe ser ya para el estudioso del Derecho. Al margen de la cultura general, en que sin duda deslumbran Grecia y Roma, a nosotros nos interesa seguir la evolución de las instituciones, así como todos los factores de aquí o de allá, que hayan repercutido seriamente en ese hilo de continuidad del Derecho que llega hasta la realidad de nuestro sistema jurídico.

Dejando la palabra al historiador del Derecho alemán, Heinrich Brunner, nos informa que el pueblo de los germanos no aparece en su pasado prehistórico como una gran federación de Estados nacionales, sino fraccionado en un número considerable de pequeños núcleos de población, cada uno de los cuales lleva una existencia política independiente, pero no obstante esa desmembración, existe una conciencia de homogeneidad, según se exterioriza en una tradición que nos han hecho llegar los escritores romanos. Es así como se nos habla de germanos del oeste y del este, más allá del *Limes* o frontera en que los mantuvo el Imperio. Así los visigodos, ostrogodos, francos, alamanos, turingios, frisones, bávaros, vándalos, borgoñones, anglosajones, etc., quienes como dice el mismo Brunner, en las luchas continuas y encarnizadas mantenidas con motivo de la conquista y conservación de los territorios colonizados en Europa, forma

en los germanos una raza vigorosa, que amolda su religión, su Derecho y su organización a un espíritu esencialmente bélico.

Toda esta realidad muestra cómo a diferencia del mundo clásico -pues a fin de cuentas son, al igual que griegos y romanos, indoeuropeos- los germanos no se agrupan en Ciudades-Estado, sino que constituyen pueblos enteros (Volk) -bandas suele decirse- que han resultado, en no pocos casos, por grupos que se han unido a otros grupos y en ocasiones por alianzas, hasta integrar los distintos pueblos que históricamente conocemos, y cuya cohesión se la daba la conciencia de grupo, las costumbres o líneas generales en la forma de entender la vida.

Veamos, en concreto, cómo se produce la penetración germánica en el territorio del Imperio. En una etapa inicial, a la que no cabe aplicar el término invasión por carecer de violencia en absoluto, corresponde a ese período que va desde el siglo I al siglo III, en que los germanos situados detrás del *limes* o frontera, igual que hoy no pocos latinoamericanos respecto a USA, veían un nivel de vida superior, vías de comunicación bien enlosadas, ciudades con edificios o monumentos deslumbrantes por su belleza clásica, etc., y, sobre todo, ante su elementalidad, se volvía muy atrayente la perspectiva de una civilización de futuro halagüeño, que no podían ni vislumbrar en sus territorios de origen.

Con un criterio que en buena parte se inicia con los humanistas del Renacimiento, surgió la teoría según la cual el derrumbamiento del Imperio Romano vino a ser algo así, como de colapso instantáneo. No hubo tal. La lenta penetración germánica indicada, así como el principio manifiesto de decadencia del Imperio desde finales del siglo III, fue la verdadera causa del posterior colapso, entre otros síntomas estuvo la crisis fiscal, y por consiguiente la económica, a la que se unió la crisis política y moral; áreas estas vitales, cuyas fallas conllevan siempre las crisis totales de los Estados mejor estructurados.

Cada vez se iba haciendo más difícil sostener la antigua y milenaria brillantez romana. Por otro lado, la pacífica penetración germana, dispersa y reducida al principio, aunque constante, se ve estimulada, y más aún, presionada, por las hordas asiáticas que les empujan hacia Occidente, y ya el Imperio se siente incapaz de sostener la presión de sus fronteras. Es entonces cuando la penetración germánica pasa a ser violenta, pues ya no son personas o pequeños grupos que gotean sobre el Imperio, sino pueblos enteros compactos y organizados, que en los siglos IV y V irrumpen sobre las fronteras, y las desbordan.

El año 378 los visigodos, cruzando el Danubio, derrotan al emperador Valente, quien incluso muere en la batalla de Adrianópolis. Es el inicio del colapso, aunque se hacen esfuerzos por mantener la antigua grandeza que ya no se sostiene. El 406 la frontera del Rhin no soporta ya la presión, y es por donde penetran los suevos, alanos y vándalos.

En el esfuerzo por mantener el equilibrio, el genio político de Roma logra hacer pactos y acuerdos, y se recibe a los pueblos invasores como asilados (*hospitii*), para que sirvan al ejército y cultiven tierras; o bien son federados (*federati*), para defender el territorio de otras invasiones. En realidad era síntoma evidente de impotencia, que no dejaron de captar los pueblos invasores. Así es como los visigodos, insatisfechos de su asentamiento, llegan a Roma, de la que se apoderan el 410. Todavía en un esfuerzo desesperado se los aleja, y se les asienta de nuevo en el Sur de Francia, en la Aquitania. Los suevos y vándalos pasan los Pirineos, los francos dominan la mayor parte de las Galias, los ostrogodos se instalan en la península italiana, y los anglosajones en Britania, etc. A las puertas del fin imperial, el 451, cargan desde el Asia los hunos y entonces, romanos y germanos tienen que unirse frente a Atila, a quien se derrota, gracias al genio militar de uno de los últimos grandes romanos: el patricio Aecio.

Rómulo Augústulo, último de los emperadores, no puede ya sostener el embate de los hérulos que, con Odoacro a la cabeza, el 476 pone fin a la más que milenaria Roma y su Imperio, genialidad política de la Antigüedad.

B. ASPECTOS JURÍDICO–SOCIALES

1. Sippe

De nuevo nos servimos de Brunner, quien indica que entre los germanos primitivos la condición jurídica y social de las personas libres enraíza en la *sippe*. Institución esta familiar que rompe ya el concepto clásico de familia, y por consiguiente de la prevalencia que el *pater familias*, tenía, particularmente, entre los romanos.

Los historiadores del Derecho alemanes distinguen un doble sentido del término *sippe*. Por un lado designa el círculo total de los parientes de la sangre de determinada persona, tanto masculinos como femeninos, señalándose líneas ascendentes paternas y maternas. Por otro lado, se conoce por *sippe,* también, a la asociación resultante por razón de sexo, genealogía, de tipo agnaticio, por consiguiente sobre base jurídico paterna, y no materna recalca Brunner frente a otras opiniones, y comprende a los descendientes por línea masculina del tronco paterno común.

Lo importante a destacar en el concepto primitivo de la *sippe*, es que ésta descansa en la igualdad de derechos de sus miembros, y es un concepto radicalmente distinto de familia respecto a toda la antigüedad clásica y, en particular, del *pater familias* romano o similares. La *sippe,* a su vez, incluía un hondo sentido religioso, orientaba la vida económica, militar y del Derecho.

Otro elemento relevante de la sippe era el constituir la más antigua asociación de paz, por la que se excluía toda hostilidad o enemistad entre los miembros, y se aseguraba la protección y venganza cuando era necesario.

Este real y eficaz vínculo de la sangre, que estrecha a los miembros de la *sippe*, se manifiesta y prolonga en el Derecho de la Alta Edad Media. En concreto lo vemos, por ejemplo, en los *conjuratores* de la sociedad castellano leonesa, que con juramento respaldan al demandado o demandante. Otro aspecto muy específico de la *sippe,* normalmente conocido como *venganza de la sangre, wergeld o manngeld* (= precio o dinero del hombre), por la cual el miembro muerto u objeto de un delito tiene de inmediato la solidaridad absoluta de la *sippe*, la cual ante la *sippe* del ofensor o llega a un acuerdo (*wergeld*), o logra que esa *sippe* le desligue de su vínculo, y cualquiera puede ya perseguir al delincuente pues éste rompió la paz.

La *sippe*, además, presta ayuda o tutela a la mujer o menores, desvalidos, etc., así como protege o subsidia cualquier indigencia de uno de los miembros y, por supuesto, podía excluir por razones que lo justificaran a cualquier miembro, pues no debe olvidarse algo consustancial del germano primitivo -que ayudó a sanear mucho de la sociedad romana decadente-: el profundo sentido del honor y su inclinación a lo heroico.

Por último, algo notorio, y por ello transmitido con admiración por los romanos, era el reconocimiento de la mujer por los germanos: su fidelidad al hogar, el respaldo a sus maridos, aún en la guerra, ayudando, sirviendo y estimulándoles en la pelea, todo era parte de su generosa naturaleza.

2. Peculiaridades jurídicas

Respecto a la condición de las personas, recurrimos, lo mismo que en otros aspectos de esta época, a la fuente más segura, y que para los autores alemanes es la *Germania* de Tácito. Allí se habla de hombres *libres, lites y siervos*. Similarmente a los pueblos de la antigüedad, entre los hombres libres se encuentran los ciudadanos corrientes, que constituyen la mayoría del pueblo, junto a los nobles, entre los que se destacan los reyes, príncipes y eclesiásticos. Según Tácito, a diferencia de otros pueblos no suelen darse mayores privilegios, fuera de los propios de su función en cada caso. El *lite*, intermedio entre el libre y el siervo, es sujeto de Derecho, pero carece de libertad de domicilio y suele estar sujeto a prestar servicios a su señor; su condición, en realidad, es de semilibre, generalmente originada en la sumisión voluntaria al vencedor. Y, por último, el *siervo*, quien carece de derechos, es más o menos similar al esclavo romano, es decir equivalente a cosa, y nada más; sin embargo, como en los romanos, puede ser manumitido y lograr la libertad. Entre los germanos la diferencia entre unos

y otros era clara: el *siervo* carece de *wergeld*, y el *lite* se valora en la mitad del libre.

El Derecho, en general, suele entenderse como el *ordenamiento para la paz*, a diferencia de los romanos para quienes era el *arte de lo justo*. No es un Derecho escrito, sino netamente consuetudinario, fundido con la religión y usos sociales; es muy rico en formas y símbolos, y, similarmente a lo que se aprecia en otros pueblos antiguos y primitivos, se contiene en refranes o versificado; de esta manera, memorizado, se mantenía vivo en la conciencia del pueblo.

Tanto en lo que respecta al Derecho penal, como al procesal, la concepción jurídica germánica es de inhibición de los poderes del Estado. En principio no se procede de oficio, es decir, el quebrantamiento del orden jurídico se estima como un negocio privado, que afecta a los particulares, y, por consiguiente, que ellos deben resolver. De ahí el pago de la *wergeld* por el acuerdo de las *sippes* afectadas. En el caso de tratarse de lo que podríamos llamar delitos especiales, por afectar a todo el pueblo: ofensa a los dioses, traición, deserción, etc., es suficiente con declararse la pérdida de la paz general, y esa persona o personas quedan a merced de la vulnerabilidad también general, al excluírseles de la comunidad. Consecuencia de dicho criterio jurídico, de privacidad del delito, es que el procedimiento quede reducido a una lucha entre partes litigantes, que preside o arbitra el juez, quedando en dichas partes la carga de la prueba, y, en su caso, de la misma ejecución de la sentencia, que más bien viene a ser el resultado que ha quedado evidente en el juicio. Este es público y oral, y por tanto sumario, con un formalismo sencillo y riguroso, eminentemente acusatorio, así que su inicio y término, de hecho, queda entre las partes, que pueden, por lo demás, hacer los pactos que estimen convenientes. Ahí encaja el ejemplo puesto de la Edad Media castellana con los *cojuratores*, que no probaban nada de las causas en sí, sino que garantizaban la honradez del juramentado.

Por los escritores romanos sabemos, que el antiguo Estado germánico se constituye como una corporación para la guerra y para el Derecho de los miembros libres. Sin darle exactamente el sentido que hoy pueda tener la palabra democracia, sí puede decirse que la sociedad germánica se asentaba sobre bases democráticas, recayendo la plenitud del Derecho en los hombres aptos para la guerra.

Se nos informa, también, de las reuniones en Asamblea de los hombres libres, que los romanos llamaban *concilium civitatis*, donde se resolvía todo lo trascendental, y ante la que acudían armados. Servía como revista militar, decidían sobre la guerra y la paz, y todos los asuntos importantes de la *civitas* o pueblo. En su momento elegían al rey, o a los príncipes, y al duque que dirigía la guerra.

C. VISIGODOS O GODOS

1. Generalidades

Los visigodos son, los que entre los pueblos germánicos, interesa destacar por un doble sentido: primero, porque junto a los demás grupos invasores influyen en la futura concepción y cultura de Occidente, tal como indicábamos y es notorio para la Historia; y, segundo, porque por la invasión y asentamiento definitivo en la Península Ibérica, sus usos y costumbres van a influir en el Derecho Castellano, base del indiano y llegará, incluso, a su aplicación directa en no pocos instantes de las Audiencias americanas, y aun en los inicios republicanos.

Asentados inicialmente en el sur de las Galias (512) y en parte del norte de Hispania luego de haberse tomado Roma, tienen su capital en Tolosa. Como ha resaltado Bravo Lira, es la suya una historia fallida, contrariamente a lo que habría podido esperarse por el brillante pasado de los godos: por ser punto de partida para la difusión de diferentes corrientes culturales en el mundo germánico, y los primeros en convertirse al cristianismo, aunque lamentablemente en una forma herética, como fue el arrianismo; por el hecho de instalarse en territorio romano con propia organización; y, finalmente, por haber ocupado regiones de las más prósperas y más romanizadas del Imperio, como eran la Galia Meridional y la Hispania.

Pero tuvieron dos grandes errores, que frustraron el inicial papel rector que tuvieron entre los demás pueblos germánicos: su retraso en convertirse al catolicismo, lo cual aprovecharon muy bien los francos para desalojarlos de su territorio, las Galias y, el segundo error, políticamente gravísimo, que les llevó a la catástrofe ante los musulmanes el 711, y que se debió al no haber sabido pasar de la monarquía electiva -con todos los enfrentamientos que esto suponía-, a la monarquía hereditaria, con lo cual el reino se veía ensangrentado por la frecuencia de asesinatos, y convertir el poder público en patrimonio de banderías o grupos minoritarios parcializados.

2. Asentamiento en Hispania

Vencidos los visigodos por los francos (507), son expulsados del sur de las Galias, y como pueblo se asientan definitivamente en la Península Ibérica, que con Leovigildo acabarán por ocupar, al vencer a los suevos de Galicia, y a los bizantinos de la Bética. El resultado es el reino hispano-visigodo cuya duración de dos siglos terminará con la invasión musulmana (711).

Tenemos, por consiguiente, dos períodos bien definidos: *Tolosano* (412-507) y *Toledano* (507-711). Y el período *Toledano* suele dividirse en época arriana

(507-589), y época católica (589-711) debido a la conversión al catolicismo de Recaredo, hijo de Leovigildo, realizada en el III Concilio de Toledo.

Cabe preguntarnos ¿y no hubo resistencia de los galo-romanos, primero y luego de los hispano-romanos?. Pues realmente no. La razón se debe a que al final del Imperio, ya en plena decadencia, Roma llegó a ser tan gravosa con los impuestos y demás cargas, que prácticamente llevó a recibir a los germanos como libertadores. Estos tuvieron el tacto -era su manera de ser- de respetar las formas y modo de vida de los territorios ocupados, y por ello se explica que un número tan inferior -se calculan 200.000 godos en una población hispana de ocho o nueve millones-, no tuvieran dificultad alguna. Cuando Recaredo se convierte al catolicismo, y con él -propio de la época- la mayoría de la nobleza y los eclesiásticos, la compenetración es total y absoluta.

El hecho es tan real, que lleva al extremo de identificarse todos como godos, como se pondrá de manifiesto cuando invadido el país por los musulmanes, se inicia la recuperación del territorio peninsular, la llamada Reconquista, con un sentimiento de solidaridad y conciencia de patria, que realmente se forjó en el último período de la monarquía goda.

Elemento de gran trascendencia en dicha transformación fue el papel asumido por la Iglesia a través de los Concilios de Toledo, y, particularmente, por figuras tan relevantes como San Leandro y San Isidoro, en un principio, y luego por San Braulio de Zaragoza, por destacar a los más relevantes. Tal fue el prestigio de dichas asambleas que los monarcas presentaban el famoso *tomo regio*, o cuerpo de leyes, que proyectaban dictar, para que en cada Concilio las revisasen e incluyesen las observaciones pertinentes. Algo similar ocurrió en las Galias, con los francos.

De ahí, que conceptos y preceptos de orden social, sorprendentes para aquella época tratados en los diferentes Concilios de Toledo, se integren como doctrina política y de garantía general de derechos para todos los ciudadanos, y que, por fundamentales, van a permanecer durante la Edad Media en los reinos cristianos. Sirvan de ejemplo: "No eres rey, si no obras rectamente"; "nadie puede ser privado injustamente y contra su voluntad del dominio de las cosas", "nadie, noble y hombre libre, sea castigado o privado de sus cosas sin previo juicio público", etc., conceptos de inspiración isidoriana, contenido en las famosas *Etimologías*, y a la vez adelanto medieval de lo que posteriormente llamaremos Derechos humanos.

3. Legislación

Elemento considerable de aquel prestigio inicial que atribuíamos al pueblo visigodo, lo constituyó su pronta capacidad legislativa.

Del período *Tolosano* tenemos constancia de leyes dadas por Teodorico I y Teodorico II, que más bien debieron ser disposiciones aisladas, y transitorias, pero que ya era prueba de haber asimilado la técnica romana, y eran afirmación para su pueblo.

Pero es Eurico (466–484) quien ofrece el primer código que lleva su nombre, similar más bien a los edictos de los pretores romanos, pues no actuó Eurico con conciencia de desplazar la legislación imperial romana. Obra de juristas romanos de su territorio, y a la vez código con marcado acento germánico.

Su hijo Alarico II, ya caído definitivamente el Imperio, promulga el *Breviario de Alarico*, o también llamado *Lex romana visigothorum* (506), posiblemente, ante el derrumbe del Imperio, con la finalidad de ganarse la voluntad de galos e hispanos, teniendo por fuentes manifiestas los códigos romanos: *Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano*, así como las *Institutas* de Gayo y las *Respuestas* de Papiniano. Su importancia fue relevante, y sirvió de modelo a otros pueblos germanos, a la vez que hasta la aparición y uso del *Corpus iuris civilis* de Justiniano, es el cuerpo de Derecho Romano más utilizado en Occidente.

Otro código, éste no conservado, fue el de Leovigildo, ya a las puertas de la conversión visigoda al catolicismo, como sucede con su hijo Recaredo. Tenemos referencias de su importancia por lo que posteriormente incluirá el *Liber iudiciorum*, siendo de sumo interés el haber eliminado la prohibición de matrimonios entre godos e hispano-romanos. Más germanizado y afín con el *Código de Eurico*, pues de ambos se recogen como *leyes antiguas* en los preceptos del *Líber*.

Por *último,* está el extraordinario cuerpo legal conocido por *Liber iudiciorum* publicado bajo Recesvinto (654). Su importancia radica en recoger hasta esa fecha toda la legislación posterior a Leovigildo, y ya desde Recaredo con la marcada influencia de los Concilios de Toledo, es decir, impregnado de sentido cristiano de las leyes. Las sucesivas ediciones irán incorporando las leyes dadas hasta ese instante. Este cuerpo legal viene a ser definitivo para los *mozárabes* o cristianos sometidos a los musulmanes, así que hasta ser reconquistado el territorio por los nuevos reinos cristianos, es el Derecho utilizado. Traducido al castellano con el nombre de *Fuero Juzgo* por el rey castellano Fernando III, no logra imponerlo como ley territorial o general, así que lo concederá a importantes ciudades, reconquistadas y fundadas, como Derecho local, en su intento de fomentar la unificación del Derecho. Nuestra referencia anterior a que el *Líber* llegó a territorio americano, fue precisamente por la traducción castellana, o *Fuero Juzgo*.

4. Consecuencias

Hemos llegado al momento de concluir, con fundamento, del porqué de la importancia para Occidente de la presencia germánica en el Orbe romano.

La migración de pueblos enteros, la carencia de tensiones internas en los territorios, por la aceptación de la población nativa en la que se asentaron, y la conversión al cristianismo, evitándose con ello las reservas religiosas que inicialmente aislaban a los invasores, se produce una verdadera compenetración de pueblos, que siembran el germen de las futuras nacionalidades en las distintas y precisas demarcaciones geográficas, como fueron: Galo–romanos, hispano–romanos, lusitano–romanos, ítalo-romanos, etc.

La concepción local, municipal, integradora del Imperio romano, es sustituida por un sentido nacional, con criterio de unidad que, evolucionando en la Alta Edad Media, desembocará en la Baja Edad Media, para usufructuarlo el Renacimiento, con un concepto claro de nacionalidad.

Entre los elementos indiscutiblemente de peso y de influencia, estuvieron los aportes germánicos a la libertad y corresponsabilidad de los hombres libres en la participación del Estado. Colocándonos en el tiempo, y sin extralimitar la idea, es indudable que el sentido democrático del germano, se asentó positivamente en los nuevos territorios por ellos integrados.

Resumido, pero conteniendo lo esencial, llegamos a la conclusión de que las migraciones germánicas, con pueblos de mucho menor nivel y calidad cultural, no sólo desbordaron al Imperio Romano, que por decadente fue incapaz de superar la acometida, sino que le sustituyen, creando pueblos autónomos y definidos -que no permitía el Imperio- capaces de proyectar una nueva concepción político cultural, que forma parte del sustrato básico del posteriormente llamado Mundo Occidental.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1920
QUITO

IV. CRISTIANISMO

La primera parte del presente capítulo, tal vez podría considerarse que tiene poco sentido, pues es casi seguro que nadie entre nosotros deja de tener el suficiente conocimiento del cristianismo, puesto que la mayoría del País es católica y el resto debe ser cristiana.

Sin embargo, por una razón netamente metodológica, y por circunstancias particularmente ambientales, hemos considerado conveniente dedicar un apartado con ciertas precisiones, para de este modo hacer comprender mejor la influencia cristiana, y su repercusión en la evolución del Derecho de los dos capítulos anteriores: Roma y Germanos.

Somos conscientes de la opinión de otros autores, al considerar más oportuno tratar sobre la cristianización del Derecho Romano una vez reconocida la condición jurídica del cristianismo, así como de la misma cristianización del Derecho germánico una vez caído el Imperio.

Como en cuestión de opiniones, todas pueden ser tenidas en cuenta, nos ha parecido más completo el dar una visión global, aunque esquemática, del cristianismo al aparecer como realidad conflictiva en el período del *Principado* romano, así como su reconocimiento, superado el primer instante del *Dominado*.

He aquí, pues, nuestra justificación.

A. ¿QUÉ ES EL CRISTIANISMO?

1. Realidad histórica: aparición, expansión

La aparición del cristianismo no es una entelequia de estudiosos, si no que, bien precisa en la historia, se dice por el evangelista Lucas, capítulo II, versículo 1: "En aquellos días se promulgó un edicto de César Augusto, para que se empadronase todo el mundo. Este primer empadronamiento fue hecho cuando Quirino era Gobernador de Siria". El *edicto* de Augusto era una de sus continuas medidas generales de gobierno, para organizar la vida del Imperio. Estas medidas se extendían también a los reinos asociados a Roma, como lo era en este caso el de Herodes, medida a la que hace referencia el historiador judío contemporáneo Flavio Josefo, en sus Antigüedades, XVIII, 1. "José, sigue dicien-

do Lucas, como era de la casa y familia de David, subió desde Nazaret, Ciudad de Galilea, a la ciudad de David llamada Belén, en Judea, para empadronarse con María, su esposa, que estaba encinta. Y sucedió que, estando allí, le llegó la hora del parto, y dio a luz a su hijo primogénito, lo envolvió en pañales y le recostó en un pesebre, porque no había lugar para ellos en la posada".

El hecho de haber desaparecido la historiografía romana del siglo I, imposibilita conocer la valoración que se hubiera hecho del inicio de la era cristiana en los cronistas del Imperio. Sin embargo, las descripciones de Plinio el Viejo, que formó parte del Estado Mayor de Tito cuando la guerra contra los judíos del año 70, en que se destruyó la ciudad de Jerusalén, tal como había previsto Jesús, fue el material aprovechado por Tácito en sus *Anales,* y si bien califica al cristianismo de "superstición detestable", reconoce ya a principios del siglo II su gran difusión, y nos certifica que su fundador, Cristo, fue condenado a muerte por el Procurador Poncio Pilato en tiempo de Tiberio. Por todas estas razones, para tener abundantes datos de la realidad histórica, tenemos que encontrarlos en los evangelistas contemporáneos en sus cuatro *Evangelios*, que se complementan con el resto de escritos del Nuevo Testamento.

En opinión de Eyzaguirre, la aparición del cristianismo es el hecho espiritual de mayor trascendencia ocurrido en el mundo romano. Su fundador Jesús de Nazaret, rompe con su predicación la barrera de los cultos nacionales; abre camino a la creencia en la común paternidad divina de todos los hombres; hace de la caridad o amor, el vínculo de salvación; y echa las bases de una comunidad o Iglesia llamada a difundir y tutelar su doctrina.

Respecto a su expansión, la estructura misma del Imperio romano, con su unidad política y de idioma, facilitaron la expansión del cristianismo, y aunque la integración de todos los pueblos fuera mayor o menor, es indudable que la identidad de fin lograda administrativamente, fue medio de gran ayuda.

2. ¿Qué es, y qué no es el cristianismo?

Si hemos manifestado, y es opinión común, que el cristianismo está entre los cuatro elementos fundamentales que estructuran el ser Occidental, en el cual estamos inmersos el continente americano, es natural y evidente que la concepción del Derecho occidental, capítulo no despreciable de Occidente, tiene mucho que ver con el cristianismo, como lo tiene el pensamiento griego, el Derecho romano y el Derecho germánico, tal como ya expusimos.

Ahora bien, si estamos tratando del cristianismo y su repercusión, es lógico, o al menos así nos lo parece, que debemos precisar en qué consiste dicho cristianismo, no desde el punto de vista netamente religioso, pues eso compete a las materias específicas, sino en aquello que afecte a la persona, a las instituciones, a

la sociedad y al Estado. Y todo brevísimamente, para no salirnos de nuestra finalidad.

En cuanto a la persona, el cristianismo originario, y continuado hasta hoy en el ser católico, ha sostenido y sostiene que el ser cristiano es un *don gratuito* de Dios, que se concede por el Bautismo, uno de sus siete sacramentos, y no es *adquisición personal*, de acuerdo con lo expresado por su Fundador y aplicado por la Iglesia, igualmente creada por su Fundador para realizar su doctrina. Cualquier otra opinión, por respetable que sea, no encaja en la voluntad fundacional.

Las instituciones, como tales, surgen de la necesidad y conveniencia del existir humano; por ejemplo: la familia, municipio, sociedades mercantiles o civiles, hospitales, universidades, etc. De acuerdo con el Derecho vigente, y siempre acorde a la recta razón y justicia, se irán desenvolviendo cada una. Son los hombres quienes realizarán, de acuerdo con el fin específico, lo propio de la institución.

La sociedad como tal, debe estar dirigida a la realización del bien común de los ciudadanos en todos los aspectos, y en ella: personas, instituciones, Iglesia y Estado, aportarán las máximas capacidades para la felicidad terrena que todo hombre tiene Derecho a desear y lograr en el convivir humano. Las gentes de Derecho podemos decir a todo el mundo que cuando las leyes se dictan de acuerdo con la ley natural, que es siempre recta razón, y aplican la virtud de la justicia, eliminando todo subjetivismo parcializado, la sociedad es gratamente vivible.

Respecto al Estado, milenarias experiencias han demostrado que, su finalidad de dirigir y encauzar la sociedad, se ha logrado o malogrado, según respete o no, encauce y garantice la dignidad de la persona; realice el bien común; legisle de acuerdo a las tres divisiones de la justicia: legal, distributiva y conmutativa; no haga acepción de personas; garantice siempre la libertad, en todos sus aspectos: personal, familiar, profesional, de asociación, etc.; y, por supuesto, dé la plena seguridad a todos los ciudadanos.

Con estos breves y concretos conceptos, pero esenciales en cada caso, conviene precisar para el cristianismo:

- Que no es una doctrina filosófica;
- No es un movimiento de redención social;
- Tampoco es un partido político;

- Ni una ideología;
- Menos, todavía, una organización universal para el progreso material;
- Ni conceptos similares, por nobles y humanos que sean o parezcan.

Sin embargo, siempre afirmó y se presentó como una *revelación divina*, iniciada desde la creación del hombre, y por *Jesucristo declarada*, en forma esencial y definitiva, ser medio de salvación universal y eterno para todos los hombres, adelantando en esta tierra la paz y felicidad verdaderas.

A su vez, con toda claridad y precisión el cristianismo se presenta como un cambio de mente en el interior de todo hombre, que es el transformado; por consiguiente, *es el hombre el que por su concepción personal* influirá en la sociedad, las instituciones y el Estado, al proyectar su manera de ser y pensar en el plano exterior y social. No es de su espíritu chocar o enfrentarse con las estructuras temporales, pues su base humana se apoya en un principio moral de sublime concepción: amar a los hombres, como se ama uno a sí mismo, que incluye hasta el extremo de amar a los enemigos.

Si la práctica de semejante doctrina, que ha tenido y seguirá teniendo siempre realizaciones concretas, se desvirtúa en ocasiones, y quizá con frecuencia, no es por la deficiencia de la doctrina, que permanece siempre inalterable, sino por la debilidad humana, que hace confundir, continuamente, la doctrina con las personas, algo que no afecta a lo esencial.

La conclusión para nosotros, estudiosos de la evolución del Derecho, que canaliza a la sociedad y estructura al Estado, se vuele evidente: la *persona* creyente, por su convicción *íntima*, se convirtió en instrumento eficaz para transformar el Derecho Romano, el Derecho germánico, y seguirá posteriormente, hasta nuestros días, influyendo en el ser y sentir del Derecho occidental a través de todas las instituciones públicas y privadas.

3. Impacto en la Historia

En opinión de Cervantes, un acontecimiento, el de mayor importancia a través de toda la Historia, es el que sucede en el reinado de Augusto, el año 753 de la fundación de Roma, 14 años antes de su muerte, al nacer en Belén de Judea el Redentor del mundo. Este acontecimiento cambió la faz del Imperio Romano y, más tarde, la de todo el universo, y fue el punto de partida de la nueva era en la que vivimos, y ha de continuarse hasta el fin de los tiempos.

Inicialmente quizá favoreció a la difusión del cristianismo el éxito aparente de religiones de misterio y múltiples cultos orientales, como formas espontáneas y

poéticas de religiosidad, y se incluyese al cristianismo como una más de esas múltiples realidades, pues una religión más no tenía porqué inquietar al Panteón romano; sin embargo, al negar los cristianos valor a las demás divinidades y aun al culto de los emperadores, hizo cambiar la política religiosa romana y perseguir a los cristianos por "ateos".

Pero, la influencia del cristianismo -seguimos de nuevo a nuestro colega mexicano- sobre la humanidad, y para el caso que nos ocupa, sobre el Derecho, no es un fenómeno aislado propio de una época exclusivamente -romana o germánica-, sino constante, perenne. Se inició a poco de haber nacido el cristianismo, dominó en el transcurso de la Edad Media y, en trascendental acción, nunca ha dejado de hacerse sentir con mayor o menor intensidad en los tiempos posteriores, ni dejará jamás de hacerse sentir, so pena de que la humanidad entera se sepulte en la barbarie. Es una fuerza viva, siempre en acción.

Entre los principios básicos de la nueva religión, que de inmediato impactarían en el ambiente propio de la antigüedad, estaba el nuevo concepto de persona, ya que para el cristianismo, sin acepción de raza o color, se era por naturaleza hijo de Dios, ser trascendente, nacido para la eternidad, y que jurídicamente lo vuelve sujeto de Derecho, y no objeto de él. Esto suponía un verdadero enfrentamiento.

Desde tiempo inmemorial se había enraizado, prácticamente en todos los pueblos, un verdadero politeísmo, y frente a ello el cristiano, continuador del judaísmo, sostiene el monoteísmo.

El Estado, como toda estructura social y temporal, era un fin para el hombre; pues el cristianismo lo considera instrumental y transitorio para el fin trascendente del hombre.

La virtud, para tantos, por no decir la mayoría, concepto diletante de filósofos, se convierte en medio e instrumento fundamental para el fin del individuo y del convivir social.

La felicidad, palpablemente transitoria en su dimensión terrena, adquiere de pronto perspectiva trascendente, y, si cabe felicidad terrena, es en cuanto se adelanta a la plenitud eterna.

Si con la imaginación, y los datos históricos que poseemos, nos colocamos en aquel instante de aparición del cristianismo, tan sólo con los ejemplos que acabamos de poner, que son escueta muestra, comprenderemos la perplejidad y desconcierto que la presencia cristiana causó en el mundo pagano romano. Pero todavía podemos completar ese contraste, si comparamos las cosmogonías precristianas y la cristiana en puntos esenciales como los siguientes:

La idea de Dios, separada del mundo o del universo con el que ordinariamente lo identifica la antigüedad, tiene tal resistencia que no puede concebir la concepción judeo–cristiana de un Dios personal, trascendente, creador y juez de los hombres; y todavía se vuelve más inalcanzable hacer comprender un Dios que tomando la naturaleza humana, es ajusticiado como el más vil de los esclavos, para asumir los pecados de los hombres. Para colmo, es hermano y padre a la vez.

El hombre, para la nueva fe, es criatura predilecta de Dios en el conjunto de la creación, es plenamente libre de aceptar o rechazar el diálogo íntimo en su alma con el Creador, pues llamado para la eternidad, este es su fin fundamental en la tierra.

La revelación divina inicial al hombre, sin pretensiones científicas ni cronológicas, que en aquel instante cultural sería absurdo exigirlas, deja muy claro: que Dios es el Señor de todas las cosas, y que todo lo que es real, cielo y tierra, luz y estrellas, agua y tierra, es creado por Dios; por consiguiente: no son divinidades independientes como solían presentar las cosmogonías orientales, sino criaturas de Dios Todopoderoso, y a Él sólo han de reconocer como Señor y, por tanto, dueño de ellas. Existe, pues, una diferencia radical entre Dios y todo lo creado, incluido, naturalmente, el hombre, criatura hecha a su imagen y semejanza, en tanto en cuanto es poseedor de inteligencia y voluntad.

Si nos consideramos capaces de colocarnos en aquel instante, pensemos en la soberbia, poderío y grandeza de los romanos; y ante sus brillantes pensadores, poetas y guerreros que dominaban el mundo conocido, etc.; los cristianos, tal como lo calificaron, eran: "extravagantes", "perniciosos"…

B. IMPERIO ROMANO FRENTE AL CRISTIANISMO

Nacido el cristianismo en tiempo de Augusto, e Israel sometido al Imperio como reino asociado en tiempo de Herodes el Grande, muy pronto se expande por todo el territorio del Imperio, y nos consta de su presencia en la misma Roma capital, gobernando Nerón, y por consiguiente antes del famoso incendio de Roma del año 64. Esto significa que durante cuatro siglos el cristianismo convive con el Imperio. Vamos a recorrer, lo más brevemente posible, cuál es la situación jurídica que se crea en tan largo período.

Por parte del cristianismo, teórica y prácticamente, no hay razón para enfrentamiento alguno entre el poder temporal y su Iglesia, pues el mismo Jesús, en una declaración definitiva para siempre, y base del Derecho público eclesiástico, afirmó: *que se diera al César lo que era del César, y a Dios lo que era de Dios*. Principio que en realidad sí alteraba, y mucho, la clásica e inmemorial concepción del Estado, involucrado en un profundo sentido religioso. Dicho principio

es luego ratificado por Pedro y Pablo, al indicar a los cristianos la sumisión al poder legítimamente constituido.

En un primer instante no se plantea ningún problema, pues, como ya se ha indicado, Roma es amplia y liberal en la aceptación de religiones y dioses, y al cristianismo se le vio, seguramente, como un grupo disidente de los judíos, quienes por lo demás tenían un estatuto legal reconocido.

¿Por qué vendrá el enfrentamiento que se produjo? Pregunta que unimos a otras dos del historiador del Derecho Orlandis: ¿Cómo explicar las difíciles condiciones en que la Iglesia hubo de existir durante los tres primeros siglos? ¿Cuál fue la causa de que el cristianismo estuviera proscrito por la ley romana y los cristianos viviesen tanto tiempo expuestos a la persecución y al martirio?

El principio de la alteración se produce cuando al año 64 el emperador Nerón es acusado, con fundamento, como autor moral del incendio de Roma, y ante la urgencia de encontrar unos responsables del monstruoso siniestro, se culpa a los cristianos, iniciándose una feroz persecución que el crédulo vulgo, con tanta razón indignado, secundó por la habilidad de las calumnias recaídas sobre los supuestos culpables.

No tenemos constancia cierta de ningún edicto lanzado por Nerón contra los cristianos, lo más probable fue, como sucederá en adelante, que se aplicasen las viejas leyes exigidas a todos los súbditos del Imperio de vivir la religión tradicional de Roma. Ante estas leyes, el cristianismo aparecía como "superstición detestable", según dirá Tácito en el siglo II, o Plinio el Viejo que la calificó de "perversa y extravagante", al no aceptar los cristianos la adoración de otros dioses y, menos, la adoración del emperador. Por otro lado, mientras las múltiples religiones que conviven con los dioses romanos, no ofrecían resistencia alguna al culto tradicional, el cristiano lo rechazará categóricamente y externamente, que es lo que se veía, no tomando parte en las ceremonias públicas, siendo así que lo religioso era entonces parte del orden político, y manifestación de civismo. Visto así el cristiano se convierte en ciudadano sospechoso -subversivo diríamos hoy- ante el Estado y, por tanto, para el Imperio.

Con alternativas de mayor o menor persecución, mezclándose períodos de calma, llegamos al *rescripto* del emperador Trajano del año 111, al contestar a Plinio el Joven, gobernador de Bitinia, que pide orientación sobre su comportamiento con los cristianos, pues por lo visto había muchos en su territorio. Trajano expresa la línea general que tiene la autoridad romana en ese siglo: no debía proceder *de oficio* contra los cristianos; no debe admitir denuncias anónimas contra ellos; si la denuncia era concreta legalmente, debía actuar contra los acusados; si en el proceso se retractaban y adoraban a los dioses, debían ser perdonados, de lo contrario se les ejecutaba.

Sucesor de Trajano fue Adriano, quien gobernó el Imperio entre 117 y 138. Benévolo con los cristianos, interpretó benignamente el rescripto de Trajano, y ante una consulta del Procónsul de Asia, Minucio Fundano, le da otro *rescripto*: debe rechazar las denuncias anónimas; debe castigar severamente dichas denuncias así como no aceptar peticiones tumultuosas; se castigará a los cristianos solamente si se prueba que han atentado a las leyes romanas, y la sanción será proporcionada a esa infracción.

Marco Aurelio, el emperador filósofo, volvió a la interpretación dada por Trajano, es decir, el ser cristiano es un crimen, por consiguiente, sin necesidad de otra prueba, se la aplicará la pena de muerte.

La primera mitad del siglo III, en que domina la dinastía de los Severo, es de relativa paz, si excluimos al creador de la dinastía, Septimio Severo, que el año 202 altera, en realidad, el estatuto jurídico anterior, ya que por un *edicto* prohíbe la conversión al judaísmo o al cristianismo, lo cual significa que el Estado tomaba una actitud de vigilancia policíaca.

El continuador de los Severo, Felipe el Árabe (244–249), fue tan favorable a los cristianos, que pareció se llegaba a una solución acorde y definitiva entre la Iglesia y el Estado.

Vino a continuación un período conocido en la historia de Roma por el de la "anarquía militar", en que los emperadores eran puestos y depuestos por las legiones, y que, naturalmente, produjo una crisis de las instituciones políticas y sociales del Imperio, por lo que se creó el clima de una necesaria revitalización. La crisis, como era de esperar, afectó a dos puntos neurálgicos: a lo económico, y a lo que se volvía más peligroso: la seguridad de las fronteras, por la mayor presión y amenaza de los pueblos bárbaros. Entre todos los elementos a revisar, se incluyó el no menos vital de lo religioso, pues para no pocos Gobernadores una causa manifiesta de desorientación era el cristianismo, por su gran expansión y rechazo del culto oficial romano.

Consciente de la realidad, y para contar con la bendición de los dioses, el emperador Decio publicó un *edicto*, según el cual todos los habitantes del Imperio tenían que participar en un sacrificio general a los dioses, participación que debía acreditarse por un certificado o *libelo* que personalmente debía poseerse. Era una manera de provocar la apostasía cristiana.

En esa misma línea y criterio, el emperador Valerio (253–260) expidió un *edicto* el año 257, por el cual se pretendía desestabilizar la estructura cristiana, esta vez dirigiéndose de frente al clero: se prohibió bajo pena de muerte cualquier acto de culto cristiano; se exigió a los Obispos, Presbíteros y Diáconos sacrificar a los dioses. Al año siguiente, 258, un nuevo *edicto* ordena la muerte del

dicho clero, si es que no sacrificaba; por primera vez enfrenta, también, a los seglares prominentes de la sociedad, ya fueran senadores, caballeros -équites- o simples cristianos, a quienes se les confiscarían sus bienes y serían degradados; los funcionarios públicos debían perder sus cargos; y, unos y otros, de perseverar en su fe, debían ser condenados a muerte; a la vez que a sus mujeres se les sancionaba con el destierro.

Por suerte la persecución acabaría con la muerte de Valerio el año 259, y le sucedió su hijo Galieno, quién no sólo suspendió las medidas, sino que ordenó restituir los lugares de culto expropiados por su padre. Durante cuarenta años volvió la paz a la Iglesia.

Por último, llegamos a la bien planificada persecución de un gran emperador Romano: Diocleciano (285–305). Con él se inicia el período conocido por *Dominado*, que sucede al anterior llamado *Principado*. De ambos hablamos anteriormente. En una visión de gran alcance gubernativo, Diocleciano se propuso reestructurar de nuevo el Imperio Romano, creando una sólida administración que mantuviese la unidad y asegurase la estabilidad de las fronteras, las cuales últimamente se había vuelto difícil garantizar. La novedad de gobierno consistió en asociar con su misma categoría -con idéntico título de Augusto- a Maximiano, quién se encargaría del Occidente del Imperio, quedándose él con el Oriente, y ambos asociarían, para sucederles, un César. Es lo que en la Historia conocemos por *Tetrarquía*. El César de Diocleciano fue Galerio, y Constancio Cloro el de Maximiano. Galerio, por lo visto, era enemigo de los cristianos, y fue a quien se culpó de la política de persecución religiosa realizada.

Diocleciano logra lo pretendido desde el punto de vista político, y por casi dos décadas nada procedió contra los cristianos. Pero se le hace ver que debía completar su acertada reestructuración del Imperio y, enfrentar de una vez, de manera bien planificada, la destrucción del cristianismo, por ir contra el sentir religioso tradicional del Imperio. Es entonces cuando, perfectamente organizada, se inicia la persecución legalmente asegurada con *cuatro edictos* sucesivos en poco más de un año. En febrero del año 303 se publica el primero de los edictos, que dispone: la destrucción de los lugares de culto; destrucción, igualmente, de los libros de la Sagrada Escritura; y la privación de los derechos civiles a los cristianos. El segundo *edicto* ordena la prisión de todo el clero. El tercer *edicto* ordena que el clero encarcelado sacrifique a los dioses; si acceden son liberados, de lo contrario ejecutados. El cuarto *edicto,* en Marzo del año 304, exigía, igualmente, la obligación de sacrificar a los dioses a todos los cristianos.

Si el César Galerio, luego sucesor de Diocleciano en Oriente, fue el instigador de la persecución, fue, también él, el primero en reconocer el fracaso de su política religiosa, y ya enfermo de gravedad en Sárdica, hace publicar el año 311 un *edicto* en el que se expresa: "existan de nuevo los cristianos, y celebren sus

asambleas y cultos, con tal que no hagan nada contra el orden público". Jurídicamente es de sumo valor el paso dado por Galerio, pues por primera vez los cristianos tienen la garantía legal de su existencia.

Este primer paso legal es ampliado por Constantino, cuando vencedor de Magencio el año 312 -luego de aquel sueño en vísperas de la batalla del Puente Milvio, en que vio el anagrama de Cristo, e hizo poner en sus estandartes, algo que siempre consideró una revelación personal- se acordó en Milán, 313, junto a Licinio, el principio de la plena libertad religiosa en el Imperio, que superaba la tolerancia decretada por Galerio.

C. CRISTIANIZACIÓN Y DERECHO ROMANO

Sería un error si afirmáramos que el cristianismo originó, de inmediato, una influencia notable en el Derecho. Es natural que la influencia se fuera realizando poco a poco. Como afirmábamos anteriormente, no debe olvidarse que el cristianismo, como tal, no iba directamente a cambiar las instituciones existentes, sino que cambiando al individuo en su concepción de la vida, era éste quién debía cambiar el ambiente en todos los campos de la sociedad, y por consiguiente del Derecho.

Tampoco conviene olvidar, que si dicha influencia fue extendiéndose y acabó penetrando en todos los estratos institucionales y sociales, un campo donde la influencia se volvió más lenta, fue con los juristas, quienes asentados sólidamente en la Cancillería romana, motor de toda la legislación imperial, permanecieron por más tiempo en su concepción pagana.

La lenta, pero eficaz penetración, se empezó a notar en la pérdida de rigurosidad en las formas y palabras sacramentales, propias de la concepción clásica del Derecho Romano, hasta llegar el momento en que el emperador Constancio abolió definitivamente las fórmulas que ya se consideraban insidioso juego de palabras.

Vamos, pues, a destacar algunos aspectos fundamentales, en los cuales la influencia del pensamiento cristiano se hizo cada vez más notorio.

En cuanto a la noción o concepto mismo del Derecho, la tradición había dado un sentido prácticamente absoluto, es decir, se tiene y ejerce el Derecho prescindiendo de su daño o beneficio a terceros, pues es ilimitado, tanto en la vida privada como en el Derecho público. La influencia cristiana limitará dicho criterio, al hacer entrar en juego al Derecho natural, por un lado, dejando claro que no es una cuestión de arbitrio humano y, por otro, sometiendo al príncipe o Estado a las leyes, que por lo demás deben legislar de acuerdo con la ley natural u orden divino. Una manifestación ya clara de este principio es la expresada

por Teodosio II y Valentiniano III, cuando afirman que "es propio de la dignidad del que gobierna declararse sujeto a las leyes. Nuestro poder no es otro que el poder de las leyes, y hay algo más grande que mandar: que es someter el poder a las leyes". Si estas leyes están acordes, como deben estarlo, con el Derecho divino en aquellos puntos que con precisión lo muestra la revelación, o la ley natural lo manifiesta evidente, ese Derecho obliga, además, en conciencia.

Ante un Estado o poder ilimitado, propio del Derecho público clásico, se produjo la distinción entre poder temporal, propio del Estado, y poder espiritual, propio de la Iglesia. Aspecto este difícil de concebir para la antigüedad, cuando normalmente el culto oficial, es decir, lo religioso, era conducido por el poder público. Si los Apóstoles someten al fiel al poder del príncipe legítimo, y además con obligación de conciencia, es porque para el cristianismo es categórico el origen divino del poder.

Fue natural que, dada la abundancia de indicaciones que para el cristiano se hacían en los Evangelios respecto al uso y beneficio de bienes terrenos, una práctica decidida y constante influyese de inmediato en este campo del Derecho privado, y que acabase por minar el concepto tradicional agudamente subjetivo de este Derecho. Los bienes, para el cristiano, son medio para su fin trascendente, ante los cuales debe sentirse como simple administrador de los que tendrá que rendir cuenta. Dado el sentido heroico que las circunstancias iniciales exigieron a los cristianos, no sólo hizo mirar con reserva la abundancia y uso de bienes, como obstáculo a la perfección, sino que se fomentó el desprendimiento total. El Derecho iría recogiendo todo este sentir, y así nacen las primeras limitaciones al sentido tradicional de la propiedad, que el mismo legislador recogerá para fomentar y enriquecer la beneficencia y servicio social que la antigüedad desconocía en la práctica.

Dada la alergia con que hoy nos referimos al tema de la esclavitud, es necesario tratemos de enfocarlo con la visión de aquel tiempo. Ya quedó dicho que el cristianismo no era una doctrina de redención social, sino moral. Por consiguiente no se trató de ir frontalmente contra la esclavitud, pero sí empezó a minarla desde el inicio al no admitir entre los hombres distinción alguna, por ser todos hijos de Dios. Hizo hincapié en el buen trato y respeto a la dignidad humana. Y tan pronto pudo influir, fomentó la manumisión, y a los prelados que se les concedió ese Derecho, lo ejercieron con generosidad. De este modo, si no se suprimió la institución en sí, se la fue minando de manera efectiva. Se necesitaría mucho tiempo para su abolición. No olvidemos que, entre nosotros, no se llega a la supresión definitiva hasta el tiempo del Presidente Urvina, pasadas más de tres décadas de la Independencia.

En cuanto a la familia, se trató de desarraigar el divorcio, al ser principio desestabilizador del hogar. Y respecto al antiguo particular dominio absoluto del

pater familias sobre los hijos, se le limita por completo, así como se afina la tutela y curatela. Se garantiza la estabilidad y por tanto la indisolubilidad del vínculo, que el cristianismo eleva a la categoría de Sacramento.

Y así, una tras otra, se fueron impregnando de sentido cristiano todas las instituciones, tanto públicas como privadas, lográndose en el período siguiente, y durante toda la Edad Media, vivificar con sentido trascendente el proceder de las personas y del mismo Estado.

D. CRISTIANIZACIÓN Y DERECHO GERMÁNICO

Desde Constantino, a principios del siglo IV, hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, transcurre más de siglo y medio, en que la cristianización si bien lenta, pero segura, por la resistencia de los juristas de la Cancillería, acabó por impregnar la mayor parte de las instituciones, tanto privadas como públicas. Con este aire que suavizó la rigidez de formas y procedimientos del Derecho clásico romano, llegamos a otro cambio no menos sustancial: el ser y proceder germánico.

En cuanto al Derecho privado, salvo la mitigación necesaria a la forma elemental de ser el Derecho germánico, por primitivo, y manifestado en usos y costumbres, en principio será el Derecho Romano vulgar el que acabará predominando por lógica natural: los germanos respetan la manera de ser de las poblaciones que han invadido, y al ser estas mayoritarias y tener un Derecho más elaborado y conciso, termina por predominar en lo esencial, aunque usos y formas sencillas germánicas pervivirán junto al Derecho Romano. Realidad esta evidente manifestada en la primeriza legislación germánica, por contar con juristas de formación romana y técnica superior.

El verdadero aporte germánico, como ya vimos anteriormente, estará en el Derecho público, fundamentalmente. Y esto no tanto por una doctrina, sino por la realidad de la vida práctica. Agrupados en *naciones* invasoras de viejos territorios bien demarcados: Hispania, Galias, Britania, etc., pero sin autonomía por la anterior centralización del Imperio en Roma, ahora son: hispano-romanos, para acabar en reino godo; galo-romanos, para acabar en reino franco; etc. La dispersión de las ciudades al final del Imperio y el aislamiento en el campo de los poderosos *-potentes-*, no encontrará resistencia en los invasores germanos, que más bien participan en ello; es así como se pone la semilla de lo que en la Edad Media conocemos por feudalismo, o régimen señorial.

Sin duda, el hecho de mayor trascendencia para todos los pueblos germanos, va a ser su conversión al catolicismo. La razón es obvia: la Iglesia, superadas las persecuciones positivamente, y con siglo y medio de paz y expansión, tuvo tiempo para su perfecta organización; la sublimidad de la doctrina junto a su

orgánica estructura, la convierte en depositaria de la tradición clásica, a la que supervive, y los bárbaros no pueden menos de admirar y pedir su ayuda. La realidad misma de su conversión ya raya lo épico, y muestra la solidez de esa Iglesia. De ahí que los monarcas germánicos, llámense Clodoveo entre los francos, o Recaredo entre los visigodos, acudan a los concilios regionales que se venían celebrando, y ya por el prestigio de estas asambleas, o de sus prelados, o porque intuían que sin los creyentes no lograrían la unidad de sus reinos, lo cierto es que solicitan su ayuda. Y bien por propuestas concretas de estudio, o para que se le ponga el visto bueno a su legislación -es el caso de los Concilios de Toledo con el *tomo regio* que presenta el monarca-, lo indudable es que la influencia de la Iglesia en los nuevos reinos, es decisiva, no como ligeramente o sectariamente se suele decir, sino porque aquellas asambleas de sabios y santos prelados querían el bien y paz de los reinos, y era una forma de moderar las ambiciones de los nobles y evitar los despotismos.

Mientras en las distintas ramas del Derecho no se producen mayores enfrentamientos, sí hubo que afinar de manera semejante a lo sucedido con la ley romana, ante el Derecho de familia. Entre los germanos era habitual la compra o acuerdo definitivo entre los padres para el matrimonio. Hubo que empeñarse en suprimir semejante atentado a la libertad personal de elección, así como eliminar el divorcio.

Más complejo fue en el Derecho público el limitar las desproporcionadas pretensiones del gobernante. De ahí la importancia, en el caso de los visigodos, de los Concilios de Toledo, y el prestigio de San Isidoro de Sevilla con sus escritos, y particularmente con su obra cumbre, compuesta de veinte libros, llamada *Etimologías;* verdadera enciclopedia del saber clásico que se transmite como indispensable durante toda la Edad Media.

Naturalmente, también la doctrina cristiana redujo a cauces humanos más racionales al primitivo Derecho penal germano.

E. DERECHO CANÓNICO

Una rama del Derecho, que como todas nos interesa en una evolución histórica general, fue, y es, el Derecho canónico, llamado a tener una influencia muy grande a través de los siglos, y que aún hoy, en que ha quedado reducido para el servicio interno de la Iglesia católica, no puede dejarlo de lado un buen jurista si es auténtico estudioso.

Con un esquema inicial sencillo, el Derecho de la Iglesia contenía las normas de orientación o sentir jurídico del Antiguo y Nuevo Testamento. Muy pronto se añaden los cánones -reglas en el término griego- que dan nombre a ese Derecho especial, que van regulándose en Concilios, ya fueran regionales, nacionales o

universales -ecuménicos-; interpretaciones de los Santos Padres; decisiones papales; y no poco del Derecho Romano aplicado a las instituciones específicas del nuevo Derecho. Y de la misma manera que se hacen recopilaciones de Derecho civil, igualmente, en forma paralela el Derecho canónico reunirá colecciones y verdaderas recopilaciones.

Si bien en un primer instante, para darle estructura jurídica precisa y técnica, el Derecho Romano será mentor indiscutido, el tiempo y sus estudiosos sabrán hacer verdaderos aportes, que el mismo Derecho civil irá incorporando a través del tiempo.

Del período que nos ocupa contaron para el uso, compilaciones como las *Constituciones apostólicas* y los *Cánones de los Apóstoles*, así como la llamada *Colección Adriana.* De particular relieve y uso durante la Alta Edad Media fue la llamada *Colección Hispana*, de inspiración isidoriana, en que no solamente se recogían doctrinas de San Isidoro, sino abundantes cánones de Concilios africanos, de los francos y los no menos destacados de los Concilios de Toledo realizados hasta el siglo VII, en que se publica dicha colección.

Cuando avancemos en el tiempo, volveremos al Derecho canónico.

V. DERECHO CASTELLANO

Al iniciar el estudio del Derecho castellano, estamos ya presentando el más inmediato precedente del Derecho que, posteriormente, llegará al continente americano a través de las instituciones y legislación castellana durante tres siglos. No es, por tanto, un afán de recargar a nuestros estudiantes, sino la necesidad de conocer, aunque sea someramente, cómo junto con Grecia, Roma y Germanos, debemos añadir a los castellanos, conductores precisos del *Derecho común* dominante en la época, y base inicial de lo que llamamos *Derecho indiano*. Por *Derecho indiano* -de las Indias- se conoce generalmente, al conjunto del régimen jurídico implantado en el Nuevo Continente por Castilla y Portugal, cuyo contenido lo integran: la legislación castellana llegada desde la metrópoli, la legislación surgida en territorio americano -*Derecho criollo* están llamando algunos autores-, y Derecho indígena.

SIB-UCE

A. ALTA EDAD MEDIA

1. Consideraciones generales

El elevado grado de descomposición interior del último período visigótico en la Península Ibérica, producido como consecuencia del carácter electivo que conservó la monarquía visigoda, trajo como consecuencia que el Rey Don Rodrigo, para lograr sostenerse, pidió ayuda a los musulmanes del norte de Africa. Llegados éstos a la Península, observaron tal grado de debilidad en el reino que decidieron mejor apoderarse de él, que ayudarle.

No olvidemos que el imperio árabe estaba en el instante de gran expansión. Destronado el monarca visigodo el año 711, se inicia el dominio musulmán que, en menos de una década, se apodera prácticamente de todo el territorio peninsular. Por fortuna, su intento de proseguir la invasión al otro lado de los Pirineos, en el reino franco, fue paralizado por Carlos Martel en la batalla de Poitiers (732). Con estos sucesos suele considerarse, para la historiografía española, el inicio de la Alta Edad Media, que suele estimarse hasta el año 1212 en que, descalabrado el poderío musulmán, se gana la batalla de las Navas de Tolosa.

Mientras la mayoría de la población quedó bajo el dominio musulmán, incluso convirtiéndose algunos a su religión (muladíes), y otros, conservando la religión y costumbres (mozárabes), un pequeño grupo, protegido por las montañas de Asturias, logra la primera victoria de la Reconquista en Covadonga (722), dán-

dose inicio a la recuperación del territorio peninsular perdido. Don Pelayo, el noble godo que acaudillaba esa minoría, fue proclamado rey del minúsculo reino de Asturias, que al ampliarse por tierras de León se convierte en el reino asturleonés, y luego en el reino de León.

El nuevo reino -y los que sucesivamente irán apareciendo-, estimulado por sus continuas victorias, era natural estuviese presidido por el afán de la guerra; con dificultad, pues, podía cuidarse de otros aspectos fundamentales de un Estado. En lo que aquí particularmente atañe, nos referimos al Derecho, a la justicia y a la seguridad ciudadana.

Propio de territorios -al menos al principio- escaso tiempo ocupados por el dominio musulmán, de inmediato vieron renacer su antiguo Derecho, que fundamentalmente era el del *Liber iudiciorum* visigodo, buena fusión, como sabemos, de Derecho Romano y Derecho germánico.

Más complejo se volvió el garantizar la oportuna aplicación de la justicia, y se mantuviese la seguridad ciudadana envuelta en la lucha bélica continua. Es la causa por la que creció el bandolerismo sobre ciudades y el campo. En tales circunstancias se hizo natural el que renacieran las viejas costumbres germánicas: la *pérdida de la paz y la venganza de la sangre.*

La relativa capacidad del poder civil, y el gran esfuerzo de la Iglesia, lograron, en parte, mitigar la tendencia a los desmanes que se mantendrán tanto en la Alta Edad Media, como en la Baja.

Las consecuencias de lo dicho afectó, en su mayor parte, a las poblaciones o vida urbana, ya fuera por la misma guerra, o por los éxodos inevitables y frecuentes. Resultado: empobrecimiento del campo, del comercio, de las artesanías, de la vida cultural, etc., por rudimentarias que pudieron ser dichas actividades. La mejora vendría poco a poco, al ir estabilizándose los reinos y alejarse, cada vez más, las fronteras combatientes.

Políticamente, el hecho de haber tenido éxito la reacción asturleonesa, ocasionó la emulación de otros territorios, como Cataluña, al principio dependiente de los francos, y ya autónoma dando origen al reino de Aragón, como luego aparecerían Navarra y Portugal. Un condado surgido en el reino de León denominado Castilla, acaba con el tiempo transformándose en reino y absorbiendo a los mismos leoneses.

Se puso de manifiesto que si bien podía hallarse un denominador común -desterrar a los musulmanes-, las variantes políticas, económicas, culturales y jurídicas no dejaban de ser notorias. Pero estos aspectos, si bien por motivos

diferentes, en nada esencial se diferenciaban de lo que ocurría en el resto de los territorios europeos.

La debilidad política de los nuevos reinos peninsulares, por tener como primordial el aspecto bélico, así como la dispersión normativa existente de hecho, tienen como fundamento, en primer lugar, la urgencia expansiva de los reinos, pues había que liberarse de los musulmanes; y, en segundo lugar, el robustecimiento de la nobleza o señores territoriales que, por necesidad tuvieron que fomentar los mismos monarcas, al ser apremiante garantizar la estabilidad de los territorios conquistados.

Estas realidades obligaron a los reyes -todavía muy débiles por sus reinos recientes- a conceder autonomías de régimen y gobierno a los señores territoriales, lo cual aprovechado por éstos les llevó a un evidente dominio de sus demarcaciones que, en no pocas ocasiones, sirvió para soslayar su dependencia, y aun enfrentar el poder real.

Otra consecuencia de todas estas circunstancias, fue el que, inicialmente, proliferasen derechos y privilegios locales y regionales, que atomizaron la antigua unidad jurídica peninsular lograda bajo el reino visigótico. De todos modos se fue reconstruyendo, poco a poco, la vida urbana y se tonifica la mejor seguridad y convivencia, gracias a las *Cartas pueblas* -privilegios concedidos a un lugar determinado-, y los *Fueros municipales* conocidos como *breves*. Frente a esta realidad creada o aprobada por los mismos monarcas, habrá que esperar hasta bien entrado el siglo XII, para que el poder real vaya intentando recuperar de nuevo su prestigio y poder político, así como a dar pasos más seguros en materia jurídica.

Por encuadrarnos en el conjunto Occidental, recordamos en general que, si bien en la Península la sólida motivación de la *Reconquista* originó cuanto llevamos dicho, no fue más afortunada la situación en el resto de Europa, por los enfrentamientos todavía más agudos entre el poder real y los señores feudales, ocasionándose en bastantes territorios, guerras y levantamientos que angustiaron terriblemente la vida social. En el territorio hispano, sin embargo, no logró tomar cuerpo el feudalismo, si se le excluye a Cataluña inicialmente. El problema hispano en este período, estará más bien en la firmeza con que las ciudades defenderán sus *Fueros* -sus derechos- frente al poder real, y aun ante los señores.

2. Feudalismo

El paso del mundo antiguo a la Edad Media trajo como consecuencia el inevitable cambio de estructuras socio políticas que afectaron, naturalmente, a todas las instituciones. Asentados los pueblos germánicos, y arraigados en los respec-

tivos territorios, ya vimos cómo el Derecho Romano y el Derecho germánico no entraron en pugna, sino por el contrario se compenetraron al no ofrecer resistencia el mayoritario substrato racial, sujeto por cerca de un milenio al más poderoso y brillante imperio de la historia.

Sin meternos en el complejo tema de ese período de cambio, pues esto es competencia de los especialistas de la historia, a título de información para nuestros estudiantes, sí vamos a referirnos, aunque sea lo más brevemente posible, a la realidad del *feudalismo*, por su honda repercusión en la vida social y política de la Alta y Baja Edad media europea. Nuestra breve referencia la hacemos por dos razones: la primera, para que cuando los actuales y poderosos medios de información rocen el tema, se tenga al menos una idea; y, segundo, para aclarar, que siquiera en los comienzos, se dio feudalismo en América. Tanto los monarcas castellanos como portugueses, buenos conocedores del riesgo, si habían logrado soslayar el peligro en sus dominios, no iban a permitirlo más tarde en tierras americanas. Confundir a los poderosos encomenderos o grandes terratenientes con feudalismo, es desconocer la estructura jurídica del *feudo*, como veremos de inmediato.

El feudalismo se dio principalmente en Francia, Alemania, Lombardía y, con matices propios también en Inglaterra. Si en Cataluña se dio en un principio, antes de ser independiente, se debió a los francos.

Como hecho histórico–social se caracteriza por crear una relación bilateral entre señores y vasallos, y por tanto entre hombres libres, unas veces de tipo personal con dependencia militar, y otras veces de tipo territorial, en la que por la protección de las tierras se correspondía con la prestación de determinados servicios. Es, por consiguiente, una relación contractual, jurídica. Solía formalizarse el feudo con el *homenaje,* declaración de vasallo y *se juramentaba la fidelidad* con una *investidura.*

La institución es de origen germánico. El monarca, que conserva su preeminencia, se rodea de colaboradores a quienes cede, por la relación de vasallaje, ciertas funciones de gobierno, jurisdicción y aun fiscales, para que colaboren en la estructuración del Estado. A su vez, estos colaboradores: duques, marqueses, condes, etc., establecen su relación feudal de vasallaje con los cultivadores de tierras, a quienes protegen en una dependencia de señorío.

En el orden político supone, de hecho, un fraccionamiento del poder real, pero obligado el monarca por la escasez de numerario, es la forma con la que se retribuyen servicios prestados.

En España, como ya indicamos, se dio el feudalismo en Cataluña por la influencia francesa, pero lograda su autonomía e integrándose en el reino de Aragón,

se acabará diluyendo la primitiva forma feudal. En el resto de la Península, si bien se dan relaciones de señorío, la invasión musulmana y la posterior abundancia de propietarios de las tierras al ir reconquistándose el territorio, evita caerse en el régimen verdaderamente feudal.

Más bien lo que sucede, es que aumenten las *cartas pueblas* en las que se registra la ocupación y cultivo de tierras yermas, en principio por contratos colectivos agrarios del señor con los colonos, en que ambas partes se sujetaban en sus derechos y obligaciones. Luego eran los municipios, de acuerdo con las costumbres propias, los que redactan sus *Fueros*, por los que las ciudades gozarán de defensa ante el poder central, y aun ante los señores regionales.

La batalla del poder central, o del monarca, como se verá, va a consistir en lograr debilitar las autonomías forales, o ver la mejor manera, ellos mismos, de conceder *fueros* con un criterio de unificación jurídica, y así conseguir el gobierno territorial pleno superando parcelaciones. Aquí ya nos encontraríamos con los *Fueros extensos*.

3. Fuentes del Derecho

Sabemos que en los territorios ocupados por los musulmanes, los *mozárabes* - población nativa- aplicaron el anterior Derecho visigodo, es decir el *Liber Iudiciorum*, pero al ir reconquistándose la Península por los reinos cristianos, junto a ese Derecho se empezaron a conceder privilegios, son las ya vistas *Cartas pueblas*, y, como es natural, surgen costumbres locales como consecuencia de carecer muchas veces de textos legales asequibles, fundamentalmente motivado por las nuevas circunstancias, originadas por la reestructuración de pueblos, villas y lugares, luego de la guerra continua.

No han faltado autores que han destacado como muy peculiar de este período hispánico, el haber desarrollado un Derecho espontáneo, como un medio eficacísimo de crear Derecho, y que luego los Fueros y la legislación real incorporarán en sus leyes, y enriquecerá la tradición jurídica peninsular con multitud de usos y costumbres bien arraigados, que los fueros llevarán a la práctica.

Tanto las Cartas pueblas, como los primeros F*ueros,* ya sean de origen local o concedidos por los monarcas, tienen sus inicios a partir del siglo VIII, aumentan en el siglo IX, para lograr su máximo desarrollo en los siglos XII a XIV.

El *Fuero Viejo de Castilla* concedido por Pedro I pasada la mitad del siglo XIV, aunque sus antecedentes sean más remotos, es una muestra de como usos, costumbres y normas reales se compenetran en un cuerpo legal. En sus cinco libros se contienen normas de Derecho público, penal, procesal, obligaciones y contratos, así como de régimen matrimonial.

Otra fuente de esta época, nada despreciable, y en la práctica judicial muy aprovechada, fueron las *Fazañas*, o sentencias, unas veces dispersas, y otras coleccionadas, que los jueces supieron aprovechar analógicamente en cuantas ocasiones lo estimaban conveniente.

Todas estas fuentes de la Alta Edad Media, de manera que se entre en la Baja Edad Media y se avance en ella, irán siendo absorbidas o desplazadas por el Derecho real, hasta llegar a la Edad Moderna en que, prácticamente, dominará la unidad territorial, y con ella el empeño por la unidad jurídica, tenazmente buscada por los monarcas.

4. Derecho penal y procesal

Pensar que en el primer período de la Reconquista pudiera darse alguna doctrina o criterios especiales en materia penal, sería desubicarnos de la realidad del momento. Lo lógico, y así sucedió, fue que continuaran las mismas valoraciones que venían por vía tradicional, es decir, lo realizado por romanos y germanos. Por otro lado, tampoco ayudaba en nada la praxis que pudo observarse entre los musulmanes.

Ya los romanos, y así continuó, sin alterar mayormente en esta rama del Derecho el sentir de la antigüedad, distinguieron entre delitos públicos y delitos privados. Es evidente que los mismos términos ya nos dan idea real de su contenido: si se atentaba a la estructura del Estado, a su seguridad, así como contra los funcionarios públicos, etc., naturalmente se procedía de oficio por el órgano judicial competente. De recaer el delito en la esfera privada más bien seguía la antigua tendencia a que la mayor parte del proceso quedase en manos de los particulares, dando ocasión en muchas oportunidades a las venganzas y abusos. Esta es la razón por la cual los jueces se vieron obligados a intervenir cada vez más, para tratar de aclarar si realmente existía o no una intención delictiva en los hechos *externamente* dolosos o criminales.

La variante germánica, respecto al idéntico esquema público o privado, es que en el terreno privado empieza por considerarse delito aquel que ha sido *realizado,* pues no se toma en cuenta la intencionalidad. Es decir, priva fundamentalmente la idea de *daño producido*. Por otro lado, se comprueba el arraigo logrado por la primitiva estructura familiar germánica, la *sippe*, con los rasgos esenciales ya vistos de la *pérdida de la paz* y *la venganza de la sangre*, así como la diferente valoración, en caso de muerte y también de heridas, de los hombres según su condición social. En este sentido, por ejemplo, vemos en los primeros fueros de esta época, que se señalan 500 sueldos por la muerte de un noble, y 300 por un hombre libre.

Por tanto, puede afirmarse con toda seguridad, cómo en la Alta Edad Media castellana prácticamente se da una línea de influencia y continuidad germánica. Realidad esta que de modo similar se comprueba en toda la Europa ocupada por los pueblos germánicos.

Se llega a tal recrudecimiento del espíritu de venganza, no sólo ya a nivel personal o familiar, sino local y regional, que la Iglesia, y por tanto el Derecho canónico, tuvieron que luchar denodadamente para encauzar o frenar los continuos enfrentamientos, y en especial las frecuentes *ordalías* o juicios de Dios. Muestra de esta realidad son las numerosas referencias a las medidas tomadas en concilios, tanto regionales como universales (ecuménicos), con sanciones canónicas graves, como: excomuniones, entredichos, privaciones de sepultura en sagrado, suspensiones a clérigos, etc. Así mismo se multiplicó el uso del asilo eclesiástico; se prohibió proceder contra alguien en determinados días o tiempos litúrgicos como adviento, cuaresma, etc. El máximo logro en estos sentidos fue establecer, que desde el miércoles tarde hasta el lunes al amanecer, no se pudiese hacer guerra alguna, realizar venganzas, persecuciones, etc.

En general podría concluirse de la Alta Edad Media, que en lo que se refiere al Derecho penal, no sólo no hubo ningún avance o mejora, sino que más bien se retrocedió.

En cuanto al procedimiento judicial, es indudable que en el período que nos ocupa prevalece la costumbre y tradición germánica. La *pérdida de la paz* causada por el delito o infracción daba lugar a la *enemistad*, solucionada, como se vio, en posibles multas o indemnizaciones. Poco a poco, sin embargo, de modo que se recupera la vida municipal, el procedimiento se va canalizando en los juicios de corte romano (escritos y aun sumarios), ya fueran en el tribunal del rey o en las asambleas municipales o comarcales.

Anteriormente a que se afianzara este último criterio, el litigio lo iniciaban las partes, quienes debían cargar con la prueba o su desvirtuación, en lo que jugaban papel importante los *conjuradores*. Se tiende a la reconciliación, y de no lograrse se termina con la sentencia, que aplicaban las partes. Si la sentencia no se acata, o el culpable no ha concurrido, se le suele desterrar y la parte ofendida podía iniciar la persecución. Esto explica la revivencia del privilegio real concedido a lugares -generalmente iglesias o monasterios- para que sirvieran de asilo.

Una muestra del avance en este sentido, aunque lento, es comprobar que allí donde la autoridad real es capaz de afianzarse, se van introduciendo los jueces reales, aunque en este sentido tendrán también que luchar con los jueces señoriales y forales, hasta lograr imponerse.

5. Derecho privado

Una continua tradición doctrinal, que desde los romanos hasta nuestros días se ha visto mantenida, ha sido el distinguir entre Derecho público y Derecho privado, si bien hoy como ayer no admite criterios absolutos. Por menos de nada vemos cómo se cruzaron y cruzan interferencias entre ambos enfoques del Derecho.

La razón nos parece obvia si tenemos en cuenta que el sujeto, la persona, en ambos casos es la misma. No es fácil en ocasiones, aun a nivel individual, separar en un sujeto lo que es público y lo que es privado. Y si lo referimos a la ley misma, su noción, su contenido y aplicación, nos parece observar en ocasiones, que aquella distinción queda poco transparente. Sirva, por ejemplo, lo que suele ocurrir con nuestros cuerpos legales contemporáneos: bastantes *Constituciones* con facilidad incluyen en sus *Introducciones* aspectos privados de las personas; y viceversa, los *Códigos Civiles* en sus preámbulos incursionan en áreas más bien propias del Derecho público. Si todo esto admite ser campo de opiniones y discrepancias, con cuanta más razón podrán verse confusiones en un Derecho de la remota Alta Edad Media. No olvidemos que en este período castellano: normas legales, costumbres y usos, podían hallarse medio desarticulados, cuando lo verdaderamente apremiante era lograr hacer renacer y estructurar territorios, pueblos y personas, para volver a la estabilidad que había destruido el dominio musulmán.

De todos modos, volviendo al hilo de nuestro tema, podemos comprobar, también, que a pesar de lo indicado hasta aquí, ha sido tradicional considerar en los ordenamientos y sistemas jurídicos de todos los tiempos, regulaciones que de modo permanente han sido incluidas como muy propias del Derecho privado. Veamos las fundamentales:

a) Persona y capacidad jurídica

Los prejuicios y fanatismos de la antigüedad, no pocas veces alimentados por la poesía y la literatura en general, motivaron se llegara a pensar en la posibilidad de que naciera un monstruo, descartando por consiguiente la posibilidad de ser persona. Dejando de lado tamaña aberración, siempre se consideró que el nacimiento daba origen a la persona humana. Así lo recogió la ley romana que perdura hasta nuestros días. Más todavía, el *nasciturus*, el que va a nacer o concebido, se le tenía por nacido para todos los efectos del Derecho que le fueran favorables. De ahí también, que la *lex romana visigothorum o Breviario de Alarico* sancionase gravemente a la mujer que impedía el nacimiento. Hoy, sin embargo, en un retroceso notorio del Derecho, se está permitiendo el aborto.

Por influencia del cristianismo, es bastante común que los legisladores locales o territoriales añadan al nacimiento la necesidad del bautismo, si bien esto era ya en relación a la futura capacidad jurídica.

En cuanto a la edad, requisito previo para la capacidad jurídica, en el período que nos ocupa decía el *Liber iudiciorum*, por ejemplo, que los huérfanos conseguían su mayoría al cumplir los 15 años. El *Fuero viejo* concedía esa mayoría a los 16 años, mientras las *Leyes de Estilo* suben a 25 años.

Las limitaciones a la capacidad en este período, puede decirse que continúan más o menos las romanas, con ligeras variantes que introduce la necesidad y realidad castellana, y en detalles se hace notoria la influencia cristiana. Por ejemplo, la mujer viuda puede tener la tutela de sus hijos; tanto el padre como la madre tienen iguales derechos en la educación de los hijos; se permite que los extranjeros resuelvan sus conflictos con sus propios jueces, y, por tanto con sus leyes propias; a los judíos, moros, herejes, etc. en parte se les limita la capacidad, y si atentan contra los cristianos se les aumenta la pena, sin embargo, en sus pleitos se les deja recurrir a sus leyes y jueces y apelar al rey.

Quizá como restos de la prepotencia del *pater familias* romano, se limita la capacidad de los hijos hasta que se casan. El esclavo, siguiendo la vieja tradición, carece de libertad y, por tanto, de derechos. Pero ya en este período la esclavitud propiamente ha desaparecido, y se inicia esa dependencia de la tierra, que en la Baja Edad Media perfilará los *siervos de la gleba.*

b) Familia

Se constituye, como es sabido, por la institución matrimonio. Al entrar en la Alta Edad Media, la acción de la Iglesia ha superado las reminiscencias paganas del final del período romano, la cual se completó con la conversión de los visigodos.

En los distintos reinos cristianos se observa, en general, que por la legislación, fueros y costumbres, el matrimonio sigue plenamente la regulación del Derecho canónico, con el que se identifica el Derecho civil, así que el matrimonio es un sacramento. Dentro de este concepto, los fines son precisos: mutua ayuda de los cónyuges, generación y educación de la prole, y remedio de la concupiscencia. Con las propiedades esenciales de unidad e indisolubilidad.

El divorcio quedó radicalmente eliminado. Ha tenido que llegar la Edad Contemporánea para que la legislación regule de nuevo el divorcio.

Como toda institución, en su aspecto jurídico, surgen las reglamentaciones colaterales. Por ejemplo, en cuanto a la edad, por características de la naturaleza

humana, suele ser tradicional el que se haya alcanzado la pubertad, por lo que el Derecho canónico reguló 12 y 14 años, para la mujer y el hombre.

Por tradición germánica permanece la *dote*, que con ligeras variantes queda arraigada, llegando en algunos casos a que el marido aporte para el matrimonio hasta con el cincuenta por ciento de sus bienes.

En cuanto a los *bienes gananciales* habidos durante el matrimonio pertenecen por igual a ambos cónyuges, a no ser que estén en proporción a los bienes propios que cada uno poseyera. En algunos fueros se establecen restricciones al uso de dichos bienes gananciales. La administración corresponde al marido.

Respecto a la *patria potestad*, en general ejercida por igual por ambos cónyuges, no ofrece mayores variantes de un lugar a otro. Es una de las tantas muestras de la moderación ejercida por el Derecho canónico respecto a los anteriores derechos tradicionales.

Sobre la *tutela* más o menos se sigue al Derecho Romano, aplicándose normalmente a los impúberes. En cuanto a la curatela suele aplicarse a los menores de veinticinco años y mayores de catorce. Por supuesto no se aplicó el criterio romano de la *tutela perpetua* de la mujer, si bien en algunos casos se regula la tutela de la madre, cuando no está el padre.

Muy propio del Derecho Romano, que continúa con amplia aplicación en la Península, por la doctrina y normativa canónica, fueron los *esponsales* o promesa suspensiva de matrimonio. Fue habitual, como modo de asegurar la promesa, el que se dieran las *arras* o señal, que de no realizarse el matrimonio por parte del varón perdía tales arras, y si la culpa de la disolución de la promesa había sido de parte de la mujer debía dar el equivalente de dichas arras.

Por último, como es propio de la evolución del Derecho en este período, y en este caso del Derecho canónico -que en relación al matrimonio ya dijimos que el Derecho civil lo hace suyo de plano-, se introdujeron los *impedimentos*, llamados *impedientes* si hacían el matrimonio ilícito, y *dirimentes* si anulaban el vínculo matrimonial. El actual Código de Derecho canónico acaba de suprimir esta doctrina centenaria, respecto a los impedimentos dirimentes.

c) Derechos reales

La técnica y ciencia jurídica romanas, en una continuidad que llega hasta nuestros días, como una muestra más de su precisión, nos han transmitido en el Derecho privado los llamados *Derechos reales*, cuyo objeto son las *cosas*. Y es que las cosas pueden proporcionar al hombre, sujeto de derechos, el uso y apro-

vechamiento de aquello exterior a él, que le reporta utilidad y hasta beneficio económico, como diríamos hoy.

Lo importante y esencial desde el punto de vista jurídico, es la relación de Derecho que se crea entre el hombre y la cosa, aun al margen de la naturaleza en sí de la misma cosa. Tan importante es la *corporeidad* o materialidad de la cosa que, como sabemos, no se consideran objeto de este Derecho las realidades no visibles o palpables, u objetos inmateriales, como prestaciones, servicios, etc. La relación jurídica creada, que ya los romanos calificaban de *Derecho a la cosa*, a su uso o aprovechamiento, originaba el Derecho de propiedad o dominio en sus varias manifestaciones.

Tradicionalmente se han continuado estimando como válidas las siguientes divisiones o clasificaciones de las cosas: fungibles y no fungibles, muebles e inmuebles, sagradas y comunes; aprehensibles y no aprehensibles; corporales e incorporales; divisibles e indivisibles; etc., que el Derecho castellano del período incorpora.

En realidad los Derechos reales y toda su doctrina viene a ser la sistematización del Derecho natural de toda persona a tener, poseer y disponer de sus propias cosas, que la influencia del cristianismo enfatizó como elemento esencial de la propia libertad humana. Al mismo tiempo, esa influencia cristiana mitigó el concepto de propiedad o dominio absoluto sobre las cosas que formularon los romanos, y que se expresaba con los términos*: ius utendi et abutendi,* es decir, de uso y aun de abuso, porque el ideal cristiano, por el principio fundamental de la caridad, enfoca la propiedad con sentido social.

Esta misma influencia permitió en la Alta Edad Media castellana, que al ir incorporándose por la conquista extensos territorios, fueron distribuidos, y evitar así el peligro de quedar abandonados o yermos. Un buen ejemplo de lo dicho es la figura de la *presura,* que era el Derecho a ocupar y roturar tierras, y aun poblarlas como estimularon las *Cartas pueblas*, y no quedasen zonas abandonadas. Del mismo modo, alrededor de los poblados recuperados o creados de nuevo existen las *tierras comunales*, en las que todo el que sembrase, cultivase o pastorease, se obligaba a un cierto canon o aporte determinado a la comunidad, y hacía suyos los frutos.

La distinción entre *propiedad* y *posesión,* que para los romanos era clara, para los germanos no existía, y en algunas de las fuentes, aunque escasamente, se comprueba esta realidad, pues para el Derecho germánico que siempre se queda en lo externo, el poseedor era propietario, por supuesto. Sin embargo, los castellanos, en esto fieles seguidores del Derecho Romano, mantienen la tradicional distinción. Y la ley protegía en cada caso las distintas formas de posesión que se daban por cultivo, siembra o pastos, etc. Si la concesión u origen de la posesión

era de *buena fe* se contaba con toda la garantía y protección del Derecho. Consecuencia natural de esta realidad fue la frecuencia con que se hace uso de la *usucapión* o prescripción, que luego de años: uno, cinco, diez, veinte y hasta treinta, según el criterio de los distintos Derechos forales, se acababa por adquirir la *plena* propiedad o se cesaba en la posesión. Siempre se distinguía bien entre bienes muebles -con prescripción más breve- y bienes inmuebles. También estuvo clara la distinta forma de adquisición de la propiedad o dominio pleno: por ocupación, por prescripción, por cesión de derechos, por accesión, adjudicación, etc.

Ya notorio en este período, que luego se acentuará en la Baja Edad Media, observamos *limitaciones* a la propiedad o a los Derechos reales, en unos casos de origen romano, y en otros, la mayoría, por el Derecho consuetudinario, como siempre influido por el sentido cristiano de la vida en el afán de humanizar el Derecho. Los fueros municipales nos dan ejemplos variados al respecto. Entre las formas más frecuentes tenemos: las servidumbres de agua, de pasto, que ya el *Fuero viejo* regula con precisión.

Muy típico castellano será el *Derecho de tanteo*, por el cual si se vendía una casa, hacienda, etc., los familiares más próximos tenían preferencia respecto a extraños a adquirir aquel bien por el mismo precio que se vendiera. De modo similar tenemos el *Derecho de retracto*, en que algo ya vendido, aquellos familiares o vecinos -dicen algunos fueros- tenían unos días para poder recurrir con preferencia, pagando, por supuesto, el mismo precio por el que se vendió.

Con una clara intervención del Derecho público, cada vez se acrecientan más los casos de expropiación de terrenos, ya en beneficio de una comunidad o por conveniencia pública, naturalmente compensando adecuadamente el precio o daño causado privadamente. Es una limitación más al viejo concepto de propiedad absoluta.

Por último, en este breve recorrido por los Derechos reales, las fuentes nos hablan de la *prenda,* que en el viejo Derecho castellano se le llama *peño*. Lo normal fue que el incumplimiento del compromiso así garantizado llevase a la pérdida de la prenda.

Muy grave fue la amenaza que en este tiempo ofrecía la usura adulterando el mutuo y comodato, o yendo directamente al préstamo. En una sociedad empobrecida y envuelta en aquellos cambios bruscos de vida: visigodos ya corrompiéndose, musulmanes considerando a los cristianos con todas las consecuencias de la guerra, una economía elementalmente agraria, etc., no dejaba de ser caldo propicio para las usuras, precisamente por la escasez de recursos. No es extraño, por tanto, que la Iglesia y su Derecho canónico fueran tenaces y rigurosos en prohibir toda clase de usuras, que llevaban al empobrecimiento y deses-

peración de las gentes. Piénsese, por ejemplo, en una mala cosecha, si para la siembra se gravó la propia tierra, la casa, vivienda, etc. Por esto la Iglesia prohibió toda clase de intereses producidos por el dinero, calificándolos de usura, pues generalmente los préstamos eran de *consumo*, y no de *producción*, que es algo propio de tiempos modernos.

En cuanto a las minas poco se regula en este período. Priva el viejo criterio romano según el cual el dueño del suelo lo es por arriba y hacia abajo. Sin embargo, sí se estableció un impuesto -que luego lo veremos en América-, por el que se tenía que dar al fisco el *quinto* sobre metales extraídos.

d) Obligaciones y contratos

Es común y unánime al valorar la doctrina del período que nos ocupa, que se observe la continuidad de vigencia del Derecho Romano en materia de obligaciones y contratos, con las variantes parciales de influencia germánica en algunos casos, más bien en la práctica que en la legislación. La continuidad romana será todavía más dominante en la Baja Edad Media, como consecuencia de la *Recepción* del Derecho Romano justinianeo.

El concepto clásico de obligación era esencialmente práctico y directo, pues habrá que llegar a las doctrinas de los *humanistas* del siglo XVII y a los racionalistas del siglo XIX, para que las obligaciones se apoyen en relaciones abstractas. En nuestro período la obligación es vínculo jurídico entre personas, el acreedor y el deudor, y sobre una cosa determinada que hay que pagarla. Así es de concreta la obligación. Por esto mismo el deudor podía ser forzado al pago como acción personal, distinta de la cosa en sí como Derecho real. Con el tiempo se amplía la obligación de la persona y afecta a todo su patrimonio, hasta llegar modernamente a los Derechos proporcionales que se darán con el *concurso de acreedores*.

Cuando en Roma se fue desarrollando el *Derecho honorario*, que aplicaba la equidad, los juristas romanos elaboraron la clasificación cuatripartita de las obligaciones nacidas de los: contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos; clasificación afortunada, como lo muestra el haber llegado hasta los códigos modernos.

La extinción de las obligaciones podía realizarse por el pago, remisión total o parcial de la deuda; por novación; o por cualquier otra forma aceptada por el acreedor y la compensase satisfactoriamente.

Por influencia germánica se dio la posibilidad de un *fiador*, que si bien en la práctica era lo mismo respecto al fin, supuso una gran ventaja para el acreedor, puesto que lo mismo podía acudir al propio deudor que al fiador.

Otro matiz peculiar del período, es la entrega de *arras* o señal, que se perdían de no realizarse el contrato por culpa del comprador o deudor, y se duplicaba su valor en el caso de ser el vendedor el que se retiraba.

La fuente natural de las obligaciones fueron los contratos. La *stipulatio* o acuerdo de las voluntades desplazaba los bienes de unas personas a otras, dando ocasión a los contratos que quedaron como lo permanente. Aparecerán formas múltiples de contratos, en principio de modo consuetudinario, que luego la ley ubicará adecuadamente.

En este período de la Alta Edad Media que analizamos, se observa revivida la influencia germánica por la riqueza de fórmulas y simbolismos que acompañan a los contratos, y que poco a poco, al afianzarse la legislación, se irán desvirtuando.

Vamos a referirnos, en concreto, a los contratos más comunes y familiares hoy mismo para nosotros.

La *compraventa*, que ya desde el Derecho Romano supone siempre la *entrega de la cosa*, desde el Bajo Imperio se hace más frecuente la peculiaridad de ser contrato consensual, al ponerse de acuerdo las partes sobre cosa y precio, aunque la cosa no se entregara en ese instante. La evidencia de la influencia germánica se manifiesta en la riqueza de formas y simbolismos, por ejemplo: entrega de una rama en la compra de árboles, abrir una puerta de la casa a adquirir, estrechar la mano en público ante el Concejo al salir de la Misa Mayor el Domingo, etc. Estas y otras muy variadas manifestaciones germánicas, son muy propias de este período, anterior a la *recepción* justinianea. Los cuatro contratos consensuales típicos, son: venta, locación, sociedad y mandato, en este instante más impregnados de realismo del que tuvieron en su origen romano, si bien más tarde volverán a la tendencia de origen.

No hay mayor variante en el contrato de *arrendamiento*, si bien en el período siguiente los fueros y legislación real lo precisarán, pero en el fondo no deja de ser continuidad del Derecho Romano. Las variantes mínimas serán consecuencia de lugar y medio. Pues es indudable que en el uso de tierras había diferencias en la forma de pago, y a veces era mejor llegar a la *aparcería* -forma de asociación-, según era: secano, regadío, tierras fecundas o erosionadas y de poco rendimiento. En el caso de arrendamiento de casas o viviendas, la continuidad del contrato dependería: según los pagos del canon establecido fuera preciso y a tiempo, se responsabilice o no de los daños causados, etc. En principio el contrato continuaba de no decirse lo contrario en la fecha de cese. En las distintas formas de arrendamiento se tendrán en cuenta los sucesos excepcionales, como: fuerza mayor, terremotos, guerras, etc.

Respecto a las *donaciones,* priva en este instante la influencia germánica, según la cual no cabía la donación gratuita, siempre debía ir compensada de alguna manera, como: caballos, vestidos, objetos ornamentales, etc. Así puede observarse en los primeros fueros. Con el tiempo se irán introduciendo ligeras variantes hasta llegar a las donaciones *inter vivos, mortis causa* y, con regulación precisa, las donaciones entre cónyuges.

Poco especial ofrece la *prenda* que sigue en principio la tradición romana, y que en las viejas fuentes castellanas se le denomina *peño.* Si se cuidó que no recayese sobre elementos esenciales e indispensables, como: instrumentos de labranza, herramientas de trabajo de los artesanos, animales de carga, etc.

Por razones de realidad social y economía primitiva, se observa una cuidadosa vigilancia sobre el *préstamo,* el *mutuo* y el *comodato.* Estos contratos fácilmente podían facilitar abusos, de ahí que la Iglesia y su Derecho canónico, de modo particular, cuidasen se cayera en la usura, a la que se aplicaban penas rigurosas.

La razón se ve obvia en aquella sociedad. La escasez de numerario y aun de disposición de recursos, obligaba con frecuencia a los préstamos, para atender bien necesidades de consumo o simplemente de uso. Era muy fácil añadir como obligación un beneficio, llámese rédito o interés. Pero si se parte de la idea entonces dominante, de la esterilidad del dinero en sí -Aristóteles lo afirma en su Etica a Nicómaco-, no era lícito recibir ningún beneficio de él. Se trataba de proteger, por ejemplo, al campesino ante un mal año o cosecha; y peor, todavía, si por necesidad se tenía que recurrir a un préstamo de consumo.

Tendrá que pasar el tiempo, hasta convertir las inversiones en rentables por una mayor actividad mercantil, y entonces hallar las justificaciones lícitas en beneficio del prestamista. Pero en el instante que nos ocupa, todo lo que suponía interés o beneficio del dinero se consideraba enriquecimiento ilícito y abusivo. Abundantes textos del Antiguo Testamento -en especial los Salmos- ratificaban la prohibición de prestar con interés, y el texto más definitivo del Nuevo Testamento citado con frecuencia, era: "prestad sin recibir nada por ello" (Lucas vi, 35).

Aunque expresamente se ha hecho referencia a la influencia cristiana en el caso del *préstamo* o *mutuo* por el riesgo de abuso o usura, de modo similar se observa en todos los contratos. La influencia del Derecho canónico, todavía incipiente en este período, va tomando cuerpo, y carente del formalismo que caracterizara el Derecho clásico, puso especial empeño en que los contratos estuvieran presididos por estas dos ideas esenciales: mantener la palabra dada, y cumplir el compromiso adquirido, por un principio elemental de libertad y dignidad personal.

A modo de conclusión general del apartado, se observa en el período: 1) Que siempre presida la buena fe, como medio de evitar malicias, vicios e irregularidades, siempre todo originado en la mala fe; 2) Que siempre tuviese fundamento la recta finalidad y causalidad, coherentes con la rectitud de intención que debía presidir todo contrato; y, 3) Que fuesen manifiestos el respeto mutuo y la fidelidad a la verdad, aspectos ambos siempre en peligro en las transacciones, por la ambición de mayores beneficios. Diríamos que, como siempre, el espíritu cristiano trató de humanizar y dignificar el actuar personal, en beneficio del bien común y del propio, no sólo de los individuos, sino de los pueblos.

e) Sucesiones

El Derecho castellano va a tener, en materia de sucesiones, la misma influencia bipartita -Derecho Romano y Derecho germánico- que hemos visto en las demás ramas del Derecho privado. Sólo que aquí el contraste entre ambas influencias se hace más notorio, puesto que el Derecho Romano tiene como instrumento ordinario de la sucesión el testamento, mientras el Derecho germánico desconoce el testamento, por su peculiaridad de Derecho consuetudinario. Por esto en el período inicial de la Alta Edad Media castellana se podrá apreciar más fácilmente una u otra influencia según los lugares. Hasta que en la Baja Edad Media se apreciará una fusión más generalizada de ambas tendencias que, como es habitual en todas las áreas del Derecho, acabe perfilando el modo de ser del sistema jurídico castellano.

Según tenemos visto del Derecho Romano, a partir de las XII Tablas queda definitivamente incorporado el testamento como instrumento jurídico ordinario en la sucesión *post mortem,* o bien, si no se había hecho testamento, se abría la sucesión *ab intestato*. Ambas sucesiones eran legítimas, la una precisando la voluntad particular y precisa del testante, y la otra quedaba a merced de los consanguíneos en los grados familiares establecidos. Lo importante para el ciudadano romano -incluso en el Derecho clásico era un Derecho de clase social bien definido, que luego se generaliza- era tener la garantía de la sucesión.

En un principio, tanto la sucesión por testamento, como sin él *-intestato-,* suponía una sucesión universal de todos los bienes, es decir, se transmite el bloque completo patrimonial. Fue posteriormente que aparecieron los *legados, fideicomisos* y *codicilos* que, en una parte determinada podía atribuir con libertad el testador a propios, y aun a extraños al tronco familiar.

Lo normal es que se diera la sucesión entre los descendientes, y caso de no existir, y no se hubiera hecho testamento preciso, la legitimidad hereditaria se daba entre ascendientes, del padre y de la madre, hermanos consanguíneos del padre y de la madre, y aun entre colaterales.

Precisamente por aquella plena libertad de disposición de los bienes cabía desheredar. Y, por simple regulación normativa podían quedar ineficaces los testamentos por varias razones: fallas de forma; falta de capacidad en el receptor; rectificación de una primera decisión por otra posterior; incapacidad en el testador; falta de aceptación, etc.

Cuanto llevamos observado se ve aplicado en la práctica en los inicios castellanos, con las ligeras variantes que la vulgarización del Derecho Romano iba sufriendo ante las peculiaridades locales.

Por otro lado, como ya indicábamos, según hubiera sido mayor o menor el grado de influencia germánica, nos encontramos con el criterio: *nada de testamento*, pues habían carecido de este instrumento jurídico en la sucesión. El concepto de familia, como se vio con la *sippe*, era de comunidad familiar, así que los bienes pasaban automáticamente a la comunidad, de la que se excluían, en un principio, aquellos bienes personalísimos del difunto, los cuales se enterraban con él. En este sentido, la influencia cristiana, logró desarraigar semejante costumbre, logrando que la valoración de tales bienes se aplicase en bien del alma del difunto. Esto explica que en las fuentes se consignen disposiciones en *bien del alma*.

Veamos alguna particularidad de la materia que tratamos, y que se destaca en el Derecho castellano del período.

Es de relevancia el hecho de que se rompa definitivamente el criterio anterior de la unidad de la sucesión universal. Como suelen destacar los romanistas al referirse a este tema, ya no se sucede a la persona en sí, sino a los distintos bienes inmuebles y muebles, que posteriormente cobrará plena autonomía. Otra particularidad del período, por influencia germánica, es el que se distinga entre *bienes familiares, bienes troncales* -de los ascendientes-, *bienes señoriales* y *bienes propios* del trabajo peculiar de la persona, lo que hoy podríamos llamar *bienes profesionales*. Los bienes troncales tienen particular relevancia para el caso de la institución del *mayorazgo*, en que el abolengo familiar quería se transmitiese con absoluta continuidad. Este modo de proceder, iniciado en la Alta Edad Media, se hará habitual en el período siguiente, Baja Edad Media, en el caso de los títulos nobiliarios y determinados dominios territoriales, por verse vinculado a familias, personas o títulos.

Las expresiones *mortis causa* o *inter vivos*, todavía no aparecen muy precisas, pues muchas veces se hacen disposiciones que si bien se desea queden definitivas, sin embargo transitoriamente se reservan. Por ejemplo, usufructos durante la vida del que cede, lo cual quiere decir que lo mismo podía ser una disposición *mortis causa* que *inter vivos*. Lo mismo sucede con legados o donaciones pro anima.

En cuanto a formas de testamento, salvando siempre la *legítima* de cada heredero, pueden tener procedimiento varios. Por ejemplo, ya en el *Liber Iudiciorum* se consideraba válido el testamento escrito de propia mano y ante testigos, y, aun, ante los mismos testigos, pero escrito por otro, por no poderlo hacer el interesado. Naturalmente con la traducción del *Liber -Fuero Juzgo-* en la Baja Edad Media todavía se hizo más común dicha forma. Igualmente se consideró válido el testamento expresado oralmente ante testigos, si bien en este caso reclamaba la confirmación del Prelado del lugar. Es lo que posteriormente realizará el Escribano y luego el Notario.

B. BAJA EDAD MEDIA

1. Doctrina de la época

a) Consideraciones generales

La historiografía general suele estimar que la Baja Edad Media tiene sus inicios a mediados del siglo XII, y se la termina con la caída del Imperio Romano de Oriente o de Bizancio, 1453. Sin embargo, en el caso particular de España, ha sido común entre sus historiadores ver el inicio de dicha Edad en 1212, fecha de la batalla de Las Navas de Tolosa, por lo que ella supuso de cambio fundamental en el adelanto de la Reconquista, y se le termina con el Descubrimiento de América, 1492.

Para el pensamiento occidental este es un período de particular interés histórico, pues mientras la Alta Edad Media fue una época de readaptación, luego de la caída de Roma, de la invasión y acomodo de los germanos, a partir del siglo XII el modo de ser de las distintas regiones como que se hubiera sedimentado, al menos en buena parte. Disminuyen los agudos individualismos caballerescos, y se va abriendo paso, aunque cueste lo suyo, un sentido de mayor cooperación comunitaria.

Quizá uno de los síntomas más notorios de este espíritu, es la importancia que de nuevo alcanza la ciudad o vida urbana, y con ella los *burgueses,* término que viene de *burgo* o *pueblo*.

En los núcleos urbanos se concentran los hombres libres, a diferencia de lo que ocurre en el campo, que suele tener hombres dependientes de uno o de otro estilo. Esto explica el cuerpo que van tomando las distintas maneras de agrupación, entre las que se destacan, por ejemplo: los gremios, las cofradías, consulados de comerciantes, etc. La aparición de las Universidades de profesores y alumnos, peculiar de este período, y de tanta trascendencia, no sólo amplía, sino que profundiza el valor de los hombres de letras anteriormente minimizado. El comercio en general, y sus mercaderes, inician los intercambios a distancia, y se

destacan ferias cada vez más concurridas en territorios lejanos, dando origen a los primeros títulos valores, y aun al germen de la banca. Todo son señales de avance que acabarán desembocando en el deslumbrante Renacimiento. Durante el presente período se da una ventaja nada despreciable: la carencia administrativa de fronteras, y el idioma común de la mayoría: el latín, último destello de la *universitas* romana.

Si dichas características son aplicables en general a toda Europa, la peculiaridad de la Reconquista en la Península Ibérica, motiva que se ofrezcan ciertos matices muy particulares. Dejando de lado la autonomía portuguesa, se han robustecido dos reinos dominantes: Castilla y Aragón, que con el matrimonio de Isabel y Fernando, herederos respectivos de ambos reinos, a partir de 1474 los Reyes Católicos -que es como se les va a conocer en adelante- logran, en lo esencial, la unidad de un territorio hasta hace poco atomizado, y se adelanta quizá en un cuarto de siglo, respecto al resto de Europa, en el concepto de *nacionalidad*, algo peculiar de la Edad Moderna europea.

Tal como ha señalado Levaggi, a medida que los reyes asumieron nuevas funciones y la administración de los reinos se iba haciendo cada vez más compleja, se requería mayor grado de instrucción para el ejercicio de los oficios públicos. La burguesía, mejor preparada que el clero, por su conocimiento del mundo y de los negocios, era la que abastecía de letrados. Estos pusieron su inteligencia al servicio del Estado. Los reyes los necesitaban, y ellos necesitaban a los reyes.

Si bien durante el presente período no va a cesar el enfrentamiento de la veterana y arisca nobleza al poder real, éste va a ganar posiciones, y el instrumento natural que se le ofrecía, como el mayor aliado, era la burguesía que, a través de las ciudades y sus privilegios, era ya un contrapeso considerable, que los monarcas empezaron a usar lo mejor que pudieron.

Pero todavía antes de adentrarnos en la realidad castellana, que es la que a nosotros nos interesa desde el punto de vista histórico jurídico, cabe contemplar, panorámicamente, un poco más de la realidad exterior a la Península Ibérica. Tal vez lo más relevante fue la existencia del Sacro Imperio Romano Germánico, a nuestro modo de ver por dos razones fundamentales: la primera, por la mutua instrumentalización que emplearon tanto los emperadores como los juristas; y, la segunda, porque la doctrina de dichos juristas va a repercutir en toda Europa, y, por consiguiente, en Castilla, a pesar de vivir embebida en su lucha de Reconquista.

Empecemos por recordar, que esa unidad geográfico-política llamada Europa, que Dawson ha calificado de pura creación de la Historia, algunos autores estiman su origen en el día de Navidad del año 800, cuando Carlomagno es coronado Emperador de Occidente por el Papa León III y es ahí el restaurarse de

nuevo el *Imperium Christianum* sobre la base de francos y longobardos. Poca gracia le hizo al Emperador de Oriente, Miguel I Rhagabe, el que Carlomagno le escribiera sobre la conveniencia de ir unidos el *Imperium Orientale* y el *Imperium Occidentale*.

Con este precedente, los emperadores del Sacro Imperio trataron de imponer, aunque no lo lograron, la hegemonía de su poder en todo Occidente. Otón II se titulará *Romanorum Imperator,* y Federico I, en esa misma línea, dará gran énfasis a la idea política de unidad occidental, para fundamentar su predominio sobre los demás príncipes. Es decir, lo que se pretende con el nuevo concepto de Imperio, es revivir el antiguo prestigio de Roma. Esto explica que Enrique IV, en 1081, restaure la *nueva curia* con: centuriones, tribunos, senadores, etc. Sin duda alguna, el recuerdo de Roma se aprovecha como aglutinante político de la nueva realidad que se trata de gestar: Europa, fundamento de Occidente.

Lo curioso es que lo no logrado, como deseaban, los nuevos emperadores del Sacro Imperio, va a lograrse, en buena parte, a través del Derecho, pues ese revivir político de Roma hizo revivir, también su Derecho, hasta el punto de considerarlo válido y vigente. La pretensión era lograr la unidad de poder sirviéndose de la unidad jurídica.

En este clima, aparece la figura de Irnerio (1055–1130), decidido partidario de semejante concepción, y al descubrirse el *Digesto*, es decir, la doctrina de los grandes juristas romanos, crea la Escuela de los Glosadores, y con ella, el respaldo doctrinal jurídico a las ambiciones imperiales.

A nosotros ahora lo que nos interesa, es ver surgir una verdadera pléyade de juristas, y su honda repercusión en la continuidad y evolución del Derecho en un momento brillante de su cultivo, cuya repercusión llegará a todo Occidente y, en consecuencia a Castilla, que lo trasplantará a nuestras raíces continentales americanas. A la Escuela de los glosadores seguirá la no menos brillante de los *postglosadores* o *comentaristas*, luego vendrán los *humanistas* y *iusnaturalistas* que llegan a las puertas de nuestra codificación. Andrés Bello, artífice de nuestro logrado Código Civil, estaba muy familiarizado con cuanto acabamos de decir; ¡por eso fue tan buen jurista!.

La estructura académica bastante simple que precedió a los glosadores, se reducía en la práctica a las llamadas *Escuelas palatinas*, en que más o menos alrededor de los monarcas se estudiaba el *trivium* y el *quadrivium*. El primero incluía como materias: retórica, dialéctica y gramática; el segundo aritmética, geometría, astronomía y música. El Derecho se incluía como parte de los estudios de retórica. Cuando en la Escuela de Artes de Bolonia -ya se conoce íntegro el *Corpus iuris civilis* de Justiniano-, Irnerio desarrolla magistralmente la enseñanza del Derecho Romano, la vieja Escuela pasa a convertirse en la prime-

ra *Universidad de Profesores y Estudiantes* a la que se le llegan a calcular alrededor de diez mil estudiantes, procedentes de toda la geografía europea, cifra realmente desproporcionada para lo que era la mentalidad de aquel tiempo. La Universidad de Bolonia abre la pauta a las Universidades que seguirán: La Sorbona, la de Colonia, Salamanca, Lisboa, Oxford, Alcalá de Henares, etc.

El Derecho, por tanto, de características populares y consuetudinario, pasa a ser un Derecho científico, en que maestros especializados dan origen, de nuevo, a una literatura y jurisprudencia cada vez más tecnificada. Y los monarcas, ya asesorados por letrados, aumentan su legislación, una veces directamente a través de los Consejos Palatinos o de las iniciales asambleas de nobles, eclesiásticos y representantes de las ciudades, que acabarán en Parlamentos o Cortes, como se les denomina en Castilla.

Las viejas colecciones de *Fazañas* o sentencias castellanas, y similares en otros lugares, se ven sustituidas por una legislación cada vez más concreta y precisa.

Veamos, pues, toda esta corriente doctrinal, y su repercusión en toda la legislación medieval de este período o Baja Edad Media que analizamos.

b) Glosadores

Se ha dicho, y con fundamento, que el siglo XII significa para Occidente un instante de florecimiento intelectual extraordinario, por haber pasado de referencias, no siempre precisas, de los autores clásicos como Platón, Aristóteles, Justiniano *(Corpus iuris civilis),* Isidoro de Sevilla, etc., al encuentro directo de las fuentes. En lo que nos afecta al Derecho, el precedente de las Escuelas de Pavía y Ravena donde el conocimiento del *Corpus iuris* era parcial, ahora se ven desbordadas por el entusiasmo de Bolonia, que ya posee el texto completo del *Digesto*, es decir, la doctrina de los grandes juristas romanos.

Es un entusiasmo que se expande como reguero de pólvora por toda Europa, bajo el estímulo de los emperadores del Sacro Imperio, en especial de las dinastías de los Salios y Staufen.

Surge entonces una verdadera ciencia del Derecho, iniciada por la *Escuela de los glosadores*, regalados y magnificados por los emperadores, quienes desarrollan la idea de un Derecho universal y científico que va acorde con la ley natural. Hay momentos en que este criterio lo presentan, poco más o menos, con características de revelación. Sin duda era el mejor instrumento que se les podía presentar a los políticos del Imperio.

El maestro Irnerio, junto a sus abundantes y valiosísimos seguidores, entre los que van a destacar Búlgaro, Jacobo, Martín y Hugo, tienen como técnica glosar la literalidad del *Corpus iuris,* lo que realizan entre líneas o al margen en que se ofrece el sentido literal y verdadero, así como aclaran e interpretan lugares oscuros. En casos concretos se realizan verdaderas monografías de excelente calidad científica, y se dan soluciones especiales. Aprovechándose, o mejor, siguiendo la técnica dominante en la *Escolástica,* se confeccionan *sumas,* cuyas exposiciones, siempre con el nivel ya indicado, simplificaban cuestiones complejas. A nivel pedagógico se hicieron colecciones de sentencias o de aforismos para los estudiantes.

Ha surgido, sin duda, la primera gran escuela de juristas, que marca el inicio de otras que seguirán en el futuro.

Como suele ser natural en estos casos, producto de la difusión generalizada y de la euforia, se multiplicaron de tal modo por todas partes los glosadores y las glosas, que se acabó por crear una buena confusión de opiniones y de autores, de ahí que alcanzara gran importancia la *Suma del código* realizada por el Maestro Azo, de quien se hizo y corrió el siguiente aforismo: *"Chi non ha l'Azzo, non vada a palazzo"* (quien no posea a Azo, no vaya al tribunal). Pero fue su discípulo, el profesor de Bolonia Accursio, autor de *la Glosa ordinaria,* quien tiene el mérito de haber coleccionado las múltiples glosas de tantos autores, y haber resumido en su obra lo más esencial y relevante de todos los aportes de los glosadores, y quedar como obra fundamental de consulta y de uso en todas las Universidades, ya multiplicadas por toda Europa, y de manejo indispensable para todos los profesionales del Derecho. Sin la menor duda hay que contarle, con todo mérito, entre los iniciadores de la ciencia jurídica medieval.

c) Comentaristas

Si a los glosadores les cabe el honor de haber sido los creadores de la Universidad con la primera Escuela de juristas, a los *comentaristas* -o *postglosadores*- hemos de tributarles el agradecimiento de haber ampliado la técnica de la glosa, y de la sujeción a la letra de la ley, para dejarse llevar con mayor libertad y razonamiento ante la interpretación de las normas, dando origen a una doctrina con verdaderos tratados y monografías muy superiores a lo realizado por la glosa.

La aparición en el siglo XIV de una nueva Escuela, como la anterior extendida por toda Europa, es otro hecho importante de la historia del pensamiento jurídico medieval. En opinión común de los autores, no se trata de ver como una antinomia de Escuelas que se suceden, más bien se trató de una continuidad o transición, tanto que a los integrantes de la nueva corriente algunos les denominan *postglosadores*, aunque la identificación más precisa sea la de comentaris-

tas. La Escuela logra una influencia decisiva hasta el siglo XVII, y aun hasta comienzos del siglo XVIII. La mayoría de los maestros, como sucedió con los glosadores, fueron profesores universitarios de aquel período deslumbrante de las Universidades, en que todavía se conservaba el sabor de su reciente descubrimiento.

Entre las características de la nueva Escuela está el no aferrarse al *Corpus iuris*, algo muy propio de los glosadores para quienes el único y *aplicable* Derecho, era el romano, quedando los demás derechos como subsidiarios, que en la práctica resultaba ignorarlos. Los comentaristas, sin embargo, consideran al Derecho Romano *ius comune*, pero tienen ante este Derecho una actitud creadora, y no simplemente receptiva. De ahí que incorporen a su estudio e investigación -y por supuesto aplicación- la costumbre, el Derecho estatutario italiano, las *coutime* francesas, etc., es decir, apoyados en un gran sentido práctico y realista del Derecho, crean y desarrollan una casuística de inmenso valor práctico, tal como lo reclamaba el momento y ámbito jurídico de la situación presentada. Esta es la razón de que entre los seguidores de la Escuela se destaquen tantos abogados, consejeros y asesores.

Al penetrar con gran libertad en el Derecho Romano, y no sujetarse a la letra, se desarrollan magníficas investigaciones que les permiten encontrar la *ratio legis* en cada instante, formular conceptos generales del Derecho, y que la repercusión se percibiese en el Derecho penal, y, sobre todo, en el Derecho mercantil que estaba tomando gran incremento. Igualmente se hace notoria toda esta corriente en el procedimiento judicial y en todo lo referente a las relaciones interregionales, pues su objetivo era revitalizar las instituciones con un Derecho existente y práctico.

Fueron figuras destacadas de la Escuela Cino de Pistoia, Bártolo de Saxoferrato, Juan Andrés, etc. Bártolo tuvo tal prestigio que para algunos la Escuela debía llamarse *bartolista*. Tanto prestigio como Bártolo, lo alcanza su discípulo Baldo de Ubaldis, todavía más abierto que su maestro a todos los derechos existentes, quien reunió la gran cantidad de las opiniones o *concilia -communis opinio-* para evitar la proliferación de los criterios, algo similar a lo que Accursio había realizado con las glosas.

Por supuesto, del mismo modo que los glosadores fueron muy bien utilizados en sus opiniones de Derecho público por los Emperadores, ahora sucede lo mismo con los *comentaristas* quienes saben asistirles con su asesoramiento.

Vamos a servirnos de un cuadro comparativo entre ambas Escuelas, a nuestro modo de ver muy pedagógico, ofrecido por Levaggi:

Glosadores:

- Parten de la ley
- Buscan el conocimiento de la letra
- Emplean el método de la primera Escolástica
- Se limitan al estudio del Derecho Romano
- Se apoyan en la autoridad de la ley

Comentaristas:

- Parten del caso práctico
- Buscan el conocimiento de la razón de la ley
- Siguen el método dialéctico de la alta Escolástica
- Relacionan el Derecho Romano con los otros Derechos vigentes
- Se apoyan en la opinión común de los doctores

d) Derecho canónico

Al final del período visigodo en la Península Ibérica, nos quedamos con la importante colección *Hispana*, de general influencia durante la Alta Edad Media en todos los reinos germánicos. Ahora volvemos a esta rama del Derecho, por su relevancia extraordinaria en todo Occidente hasta bien entrado el siglo XX.

A la par del desarrollo de las escuelas de los *glosadores* y *comentaristas*, aparece bien definida la investigación de los *decretistas,* que es como suele conocerse la nueva pléyade de tratadistas del Derecho canónico, quienes dejaron como fruto de su extraordinaria tarea lo que suele denominarse *Derecho canónico clásico*.

Entre los años 1140 y 1142 el monje y profesor de Bolonia *Graciano*, escribió una obra famosa que tituló *concordia discordantium canonum* (concordia de los cánones discordantes), generalmente conocida como *Decretum Graciani* (Decreto de Graciano), y de ahí que a los autores que le siguieron se les denominase *decretistas*. Graciano y sus seguidores tuvieron el mérito singular de separar definitivamente el Derecho canónico de la teología, y se dio a dicho Derecho

una categoría intelectual y científica de tanto valor como el logrado para el Derecho civil por los glosadores y comentaristas. Razón por la cual no es extraño que a Graciano se le equiparase con Irnerio.

Graciano y sus seguidores, al igual que Irnerio y los suyos, estimaban al Derecho Romano como *Derecho común*, pero en el caso de los *decretistas* se admitía una variante de sumo interés, por las características propias del Derecho canónico: daban tanto valor a la ley como a la costumbre y a la equidad.

El *Decreto* ofreció una depuración crítica de las fuentes, así como una aguda interpretación de textos. Su éxito fue tal -dice García Gallo- que, a pesar de ser obra doctrinal y privada, fue aceptada unánimemente como la recopilación más fiel y autorizada del Derecho canónico. Rápidamente se extendió por toda Europa.

El contenido del *Decreto* estaba dividido en tres partes: Fuentes del Derecho y personas eclesiásticas; varios casos sobre procedimientos; y, consagración de iglesias, matrimonio, demás sacramentos y liturgia.

Graciano, de modo similar a como se redactó la Hispana, se sirve fundamentalmente de los cánones de los concilios, de los escritos de los Santos Padres, y de las normas contenidas en las decretales dadas por los Papas hasta ese instante. El prestigio del Decreto fue tan grande, como hemos dicho, que a partir de él, para todos sus seguidores, tendrá idéntica relevancia como tenía el *Corpus iuris* para los civilistas.

Al decreto de Graciano siguieron nuevas recopilaciones: la realizada por otro destacado canonista, Raimundo de Peñafort, que por encargo del Papa Gregorio IX reunió las *Decretales* de su nombre (1234), obra en cinco libros, referidos a: jueces, juicios, clérigos, matrimonio y delitos. El recopilador catalán había incluido tanto decretales como cánones conciliares y demás fuentes consideradas convenientes para ese momento. A los *Decretales* de Gregorio IX siguieron el llamado *Liber sextus* de Bonifacio VIII (1298), y el *Liber septimus* o *Clementinas* del Papa Clemente V (1317) realizadas en el tiempo del Papa Juan XXII. El conjunto de todas estas colecciones, unidas al *Decreto de Graciano*, por resolución del Concilio de Basilea de 1441, se denominó *Corpus Iuris canonici*. Incluyéndose en este período, se da una nueva colección en el límite entre Edad Media y Edad Moderna, pues se realiza en 1500, conocida como *Extravagantes*, con las decretales de Juan XXII y siguientes hasta esa fecha.

La simple referencia hecha, muestra cómo se fue incrementando la legislación pontificia, la cual pone de manifiesto un doble aspecto: por un lado, el haberse acumulado por el esfuerzo de los tratadistas, igual como ocurrió con el Derecho civil, múltiples trabajos monográficos e investigaciones; y, por otro, podemos

observar el desplazamiento de un Derecho canónico local o regional, por un Derecho universal, que la cabeza de la Iglesia aplica al Orbe cristiano con criterios de unidad y de uniformidad. Algo muy importante, si se tiene en cuenta la batalla, sin duda tenaz, que la Iglesia tuvo que enfrentar ante el empeño absorbente del poder temporal.

La iniciativa doctrinal de esta rama del Derecho, se vio muy enriquecida por la mayor libertad de los tratadistas al no sentirse tan sujetos al Derecho Romano, como les ocurría a los civilistas. Pues los canonistas integran con pleno valor a la costumbre, incluso si es *contra legem*, lo cual daba por supuesto que se aceptaban otros Derechos distintos al Derecho Romano, como lo eran el Derecho germánico y los Derechos locales que, en el caso de la Península Ibérica se expresaban en los *fueros* propios. Es decir, los canonistas no rechazaban la integración con Derechos distintos.

Otro elemento enriquecedor, y nada despreciable, lo aportaba la característica intrínseca del Derecho canónico, pues si bien debía regular el *fuero externo*, también tenía que tener en cuenta el *fuero interno*, lo cual movía al juez a ser generoso en la aplicación de la equidad. Es decir, se trataba de un Derecho vivo en su nacimiento y en su desarrollo, que contaba con la idea de integración plena e inmediata de las necesidades del momento, y, por tanto, no dependía de la formal rigidez del Derecho Romano que ataba a los civilistas.

Si al entusiasmo y calidad de los canonistas añadimos la circunstancia del profundo sentido cristiano que caracterizaba la época, tendremos la explicación de la gran influencia ejercida por el Derecho canónico entre los civilistas, tanto en el Derecho público como en el privado. Señalamos, a título de ejemplo, algunos campos en que dicha influencia se hizo notoria: estudios de Derecho público eclesiástico enfocando las relaciones entre poder espiritual y temporal; precisiones sobre el Derecho natural, que en la Edad Moderna van a tener honda repercusión y llegarán a América; aspectos humanos y espirituales del matrimonio; en los contratos se enriquece muchísimo el análisis de la voluntariedad; en el Derecho sucesorio se destacan: precisiones en los legados, últimas voluntades, donaciones, bienes del alma, etc.; se amplía extraordinariamente el concepto de beneficiencia prácticamente exclusivo de las instituciones de la Iglesia; se distinguen con mayor precisión las potestades jerárquicas en los actos administrativos como órdenes, intimaciones, revocabilidad, nulidades, concesiones, etc.

Es indudable que el *letrado* contemporáneo, si quiere quedarse con ser un simple *aplicador* del Derecho positivo, y no un verdadero jurista, el Derecho canónico lo verá recluido al terreno eclesiástico, y, por tanto, ajeno a su competencia. Sin embargo, es natural que en una Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales o de Derecho, como quiera llamársela, debe dar a sus alumnos el conocimiento de una real y brillante evolución del Derecho en el tiempo, y es ahí

donde se ve la fecundidad del sistema jurídico creado por los canonistas, tal como ha sido puesto de manifiesto por los juristas de calidad desde la Edad Moderna hasta los pandectistas y civilistas del siglo XX.

e) Derecho común

Conservándose la particularidad y peculiaridad de cada una de las Escuelas referidas: glosadores, comentaristas y canonistas, al ir avanzando la Baja Edad Media se ha producido como un aglutinamiento de corrientes jurídicas que han acabado, de hecho, por conformar lo que se ha denominado *ius commune*, *Derecho común*.

Sobre los dos pilares fundamentales: Derecho Romano y Derecho canónico, se fueron integrando los derechos locales o regionales que conforman el nuevo edificio. El Derecho Romano, en expresión de la época, aportando el cuerpo, y el Derecho canónico el alma, o en expresión de Bártolo: el Derecho Romano la autoridad, y el Derecho canónico la santidad. A su vez, los derechos locales o regionales, llámense longobardo, estatutario, *coutime* o feudal, etc., aportaron la *realidad* que se vivía en la práctica, y evitó el riesgo de crearse un Derecho teórico, proclive a volverse profesoral.

Los dos troncos fundamentales, romano y canónico, ofrecían una validez universal, pues el Derecho justinianeo revivido se enraizó firmemente en el concepto universal que quiso dar el Imperio de Occidente restaurado, y el Derecho canónico superando el localismo o regionalismo de la Alta Edad Media, se vigorizó en una Iglesia universal, precisamente en pugna con el Imperio. Si se estaba dando un Orbe romano–cristiano universalizado, se requería un Derecho igualmente universalizado, y este fue el *ius commune*, fruto de una corriente doctrinal brillante, una investigación de alto nivel científico, y de un gran sentido práctico en la aplicación del Derecho. Como ha señalado García–Gallo, una minoría renovadora, con espíritu de superación, vio la suma perfección del Derecho Romano y del Derecho canónico y trató, lográndolo, de imponerlos.

En cuanto al complemento o integración de otros derechos, ya hemos visto como los iniciadores de la *glosa* fueron renuentes, pero sus seguidores, y luego los *comentaristas*, los aceptaron de lleno.

¿Por qué la denominación *Derecho común?* se preguntaba, y a la vez aclaraba, Calasso. Pues, porque por encima de las escuelas y sus métodos, y aun de las cambiantes circunstancias políticas y territoriales que se dieron, cabía la unificación de un Derecho y este fue el *Derecho común*, superando el personalismo jurídico que había orientado la Alta Edad Media.

Se trata, indiscutiblemente, de un Derecho de juristas, elaborado por una intensa actividad doctrinal y al margen del legislador, que superaba, por tanto, los anteriores principios personalistas, como por ejemplo: *sólo el príncipe puede dar leyes; y lo que place al príncipe tiene vigor de ley*. Al mismo tiempo que se unifica un Derecho universal, de validez en todo el viejo y nuevo Orbe romano-cristiano.

La difusión por todas partes, fue la tarea que los juristas, con mentalidad de *estamento*, lograron con gran eficacia, al asesorar a los monarcas, ocupar la judicatura, y preparar las leyes convenientes. Formados en las Universidades y Estudios Generales, que se multiplicaron por toda Europa, tenían en todas partes idéntica enseñanza, a la vez que por la facilidad del idioma común -el latín-, se manejaban los mismos libros, textos, tratados o sumas que podía conocer el letrado más alejado o disperso.

La mayor eficacia del Derecho común, o mejor dicho, la razón de la eficacia de este Derecho, estuvo en no haber rechazado el aporte valioso de otros derechos supletorios, por locales o territoriales, dando a la aplicación del Derecho un gran sentido práctico, pues las normas o casos particulares en contacto con el espíritu del Derecho común, concluían conceptos y principios generales, en una manifiesta dignificación de la casuística, que en otro caso hubiera minimizado el Derecho.

Precisamente el sentido práctico observado, acorde con la realidad de la vida, es el que impulsa con resultados positivos ramas del Derecho, como el comercial o mercantil siempre tan dinámico, evitando el encajonamiento a que podía llevar la vieja estructura romana. Ya Baldo destacó cómo el Derecho civil -romano clásico- que había separado con precisión el Derecho de gentes, ahora se unían definitivamente, para un gran desarrollo de los pueblos, y, por supuesto, cara al Derecho moderno.

Volviendo nuestra mirada a Castilla, canal inmediato del Derecho común hacia tierras americanas, se observa su integración plena con el sentir europeo, es decir, con la *recepción* y consecuencias del Derecho Romano justinianeo y del Derecho canónico, y esto logrado de manera tan sorprendente en el reinado de Alfonso X el Sabio con las *Partidas*, que viene a ser la codificación más difundida y lograda de cuantas con similar intento se pretendieron.

2. Instituciones castellanas

a) Monarquía

Está presidida y gobernada por el rey como cabeza de todo el territorio.

Desde los visigodos, el rey era coronado con toda solemnidad y riqueza de ritos, para así, con carácter semisagrado, evitar los atentados a su vida y asegurar el máximo respeto a su persona.

El rey o monarca, en el instante de su posesión, es juramentado para que cumpla y respete las leyes del reino, los principios religiosos y, fundamentalmente, la aplicación de la justicia en beneficio de todos sus vasallos.

Son facultades del rey: 1. Dar e interpretar las leyes. Si bien en este período será necesaria la aprobación y ratificación de las Cortes -en otros lugares suele llamarse Parlamento-, realidad que los monarcas castellanos acabarán por soslayar con el tiempo a través de las llamadas *pragmáticas*, o leyes dadas por los monarcas sin aprobación de las Cortes. 2. El rey, directamente, o asesorado por la Curia, será la última instancia en la aplicación de la justicia. 3. Tiene capacidad para conceder indultos. 4. Nombra a los altos funcionarios de la Corte y a los gobernadores locales o regionales. 5. Puede recaudar los impuestos ordinarios, pues para los extraordinarios necesita la aprobación de las Cortes. 6. Podía emitir moneda. 7. Es jefe del ejército, etc.

Como limitaciones del monarca en este período está el someterse a las leyes, como otro ciudadano más; respetar los *fueros* de las ciudades y lugares; no podrá proceder contra la vida, bienes o intereses de nadie, si no es por la ordinaria vía judicial; y, como ya se indicó, necesita la ratificación de las Cortes, para las leyes.

Hacia finales de este período, Baja Edad Media, la batalla enconada que los reyes vienen manteniendo con los nobles, acabarán por ganarla, siendo ésta, precisamente, una de las particularidades de la Edad Moderna, en que los monarcas se caracterizarán por su gobierno y poder absolutos.

Precisando un poco más los detalles, indicábamos como en los comienzos del siglo XIII, con la afortunada batalla de las Navas de Tolosa (1212), se iniciaba, también, el decaer musulmán en la Península, por lo que la Reconquista tomó un ritmo acelerado. Con Fernando III el Santo (1217–1252), hijo de Alfonso IX de León y Doña Berenguela reina de Castilla, ambos reinos se unen y fusionan definitivamente. El mayor empuje dado a la Reconquista incorpora ciudades tan importantes como Córdoba, Jaén y Sevilla. Es el momento en que se delimitan territorios entre Castilla y Aragón, por el tratado de Almizra, pues Aragón además de su propia tierra aragonesa cuenta con Cataluña, Valencia y Baleares.

A Fernando III sucede su hijo Alfonso X el Sabio, calificativo que sin duda mereció por su capacidad intelectual y particularmente legislativa, por lo que algunos le han calificado de justiniano español. Sin embargo, fue muy deficiente como gobernante, hasta el extremo de ser destronado (1284). Le sucede San-

cho IV y luego Alfonso XI. Poco es lo que se progresa en la Reconquista y más bien se recrudece la pugna entre los reyes y los nobles. Durante este tiempo se incorporan Tarifa, Algeciras y Gibraltar. Con Pedro el Cruel, Enrique de Trastamara y Enrique IV ha decaído notoriamente el vigor castellano, hasta su nueva recuperación con Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, los Reyes Católicos.

Antes de concluir este apartado de la *Monarquía*, valdrá la pena precisar unos conceptos que, si bien en este instante son todavía un tanto abstractos, irán tomando cuerpo al encauzarse la rebeldía de los nobles que ha empobrecido a Castilla, pero que con Isabel y Fernando son una muestra más de su entrada brillante en la nueva Edad Moderna.

Ya con Fernando III al unirse los reinos de León y Castilla, aparece el término *corona,* que viene a permitir se distinga la persona del rey de la entidad territorial que el reino representa. Castilla al conquistar los pequeños reinos musulmanes, sigue enumerándolos con sus títulos, luego incorpora las Islas Canarias, así como los descubrimientos colombinos o tierras americanas. Por su parte Aragón tiene dominios extrapeninsulares. Fernando incorporará Navarra. Todo este conjunto de reinos, que en los documentos oficiales enumeran los Reyes Católicos, y sus sucesores, se integran en la expresión genérica *corona.*

Se ha creado una asombrosa realidad política necesitada de una denominación adecuada, y que en la práctica quedará como sedimento del nuevo coloso de gobierno, pues los términos escuetos de *reino o monarquía* quedan en cierto modo encogidos, por lo que cada vez son más frecuentes las expresiones *corona y monarquía universal* con que España, y ya no Castilla o Aragón inaugurarán el nuevo período histórico.

Las consecuencias derivadas de esta nueva orientación de la Corona ofrece, sin ser exhaustivos: una política exterior unitaria; una administración adecuada y burocratizada; una absorción de la nobleza y de la representación de las ciudades encauzándoles en un espíritu de servicio y de unidad; un comercio monopolizado; una Hacienda que debe superar las viejas recaudaciones locales, para afrontar empresas universales; una legislación unificada, que regule las exigencias cada día más expansivas; un ejército estable; y, lo que, quizá, sintetiza el conjunto del sistema: aparece la *razón de Estado*.

b) Oficiales y Corte del Rey

Las Partidas, que nos ofrecen la mejor referencia de la realidad castellana programada y vivida, en la segunda Partida presenta el Título IX con las siguientes palabras*: "Cuál debe el rey ser a sus oficiales y a los de su Casa y de su Corte*

y ellos a él". Pues es necesario que el gobernante cuente con quienes *"se sirvan en los casos que a ellos han de hacer"*.

A Castilla, como de manera más o menos similar ocurrirá en otros reinos, había llegado en una continuidad mejorada, la estructura que la monarquía visigoda había iniciado. Se denominaban oficios palatinos a funciones prácticamente domésticas, por las que se asistía a la casa del monarca y, con el tiempo, se fueron convirtiendo en funciones del Estado. Por poner algún ejemplo: el *alférez* que "va delante" y lleva el estandarte en la pequeña guardia que protege al rey, se convertirá en el jefe del ejército; el encargado del establo o caballerizas del monarca *(comes stabuli)*, será el *condestable;* el amanuense que toma nota de alguna decisión que se le dicta, se convierte en el *notario* del reino, etc. En territorios fronterizos durante la Reconquista aparecen los *Adelantados;* o en territorios ya estables los *merinos,* equivalentes a gobernadores. Los letrados que asesoran al rey en cuestiones legales, serán los jueces de Tribunales. Al ir tomando cuerpo la marina, surge el *almirante*, etc. Basta ver las veintisiete leyes del Título IX, para comprobar la variedad de funciones que integran los *oficiales reales*.

Al mismo tiempo, quienes presidían las funciones más representativas como consejeros de rey, empezaron a formar parte de su *Consejo* o *Curia regia*, que a finales del siglo XIV se componía de doce personas. En el siglo XV aumentó dicho número debido a que se hicieron nombramientos más bien honoríficos, pero ya con anterioridad a Isabel volvió a reducirse el número a los doce anteriores y entre ellos, se contaban ocho letrados. Con los Reyes Católicos empiezan a tomar cuerpo los *Consejos,* con funciones y competencias precisas para asesorar a los monarcas, muy robustecidos con Carlos V y Felipe II, por ser el camino para eludir la convocatoria y control de las Cortes, que siempre intentaban limitar el poder real. Ahora comprendemos mejor esta actitud al verla adelantada en varios siglos, cuando los Congresos o Parlamentos contemporáneos tratan de limitar el poder del Ejecutivo, cuando éste no logra la mayoría parlamentaria.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB-UCE QUITO

c) Las Cortes

No tenemos la precisión exacta de cuando, en sentido propio, se inician las Cortes (Congreso o Parlamento diríamos hoy), pero sí consta que hacia finales del siglo XII existen en Aragón, y a mediados del siglo XIII en Castilla.

Sabemos, por haberlo visto anteriormente, que en el período visigodo se dieron los famosos Concilios de Toledo, asambleas que, de origen netamente religioso, al convertirse al catolicismo Recaredo adquieren repercusión social y pública, debido a las consultas de los monarcas, y por la entrega a dichas asambleas del *tomo regio* o leyes reales, que se sometían a la valoración del concilio. En el

período posterior los monarcas siguen acudiendo a asambleas semejantes en la búsqueda de asesoramiento, y a las resoluciones de carácter social las aprueban oficialmente. Cuando en estas asambleas o consultas, además de eclesiásticos, se incluyen nobles o representantes de ciudades, puede decirse, propiamente, que tenemos el origen de las Cortes.

El que la realeza se quisiese apoyar en las ciudades para neutralizar el poder de la nobleza, fue, a su vez, muy bien aprovechado por los hombres libres de las ciudades, cuya compensación fue lograr mayor autonomía jurídica por la concesión de *fueros*.

De esta manera, la función de asesoramiento limitada que ejercían las *Curias regias*, se vio ampliada extraordinariamente por la institución de las Cortes, compuestas con la representación de los tres estamentos bien definidos en la estructura de aquella sociedad: eclesiásticos, nobles y representantes de las ciudades.

Los representantes de las ciudades se llamaron *Procuradores a Cortes* en Castilla, y *Síndicos* en Aragón. A finales de la Baja Edad Media las ciudades habían logrado sus objetivos, y, por su lado la Corona, con gran sagacidad, fue nombrando jueces y *merinos* (equivalente a corregidor y aun a gobernador, según los casos), con lo cual el peso de la representación municipal fue perdiendo su eficacia decisiva. En cuanto a la nobleza, los monarcas supieron incorporarla en funciones administrativas y de representación. Cabría decir, que de este modo la realeza acabó ganando la batalla de las antiguas pugnas, y las mismas Cortes, en una fase final de dichas pugnas, acaban por perder su primitiva beligerancia al entrar en la Edad Moderna, al irlas sustituyendo por Supremos y Reales Consejos.

Las Cortes, en su momento de mayor auge, tiene como función fundamental: autorizar al monarca para tributos extraordinarios; declarar la guerra o la paz; y juramentar al nuevo rey en el momento de su posesión, con el fin de que respetase el Derecho vigente.

El rey no necesitaba aprobación de las Cortes para la aplicación y modificación ordinaria de las leyes, pero sí necesitaba ese consenso al tratarse de leyes nuevas.

Si en un primer instante son miembros natos, o asisten por derecho propio a las Cortes los arzobispos, obispos, maestros de órdenes militares y abades, con el tiempo los representará a todos ellos el Arzobispo Primado de Toledo. Igualmente se redujo el número de representantes por derecho propio de la nobleza, y en su lugar los representaba el jefe de la Casa de Lara. Y por las ciudades asumió esa función un procurador de la ciudad de Burgos. Esto muestra cómo fue

decayendo el poder de las Cortes, y se incrementaba la influencia de la Corona, que acabó eligiendo el mayor número de *Procuradores* según sus conveniencias.

Por supuesto, ya desde entonces, los representantes a Cortes gozaron de la inmunidad personal.

d) Concejos o Municipios

La antigüedad legó, desde los tiempos más remotos, la presencia de Ciudades–Estado, pero no son ahora y aquí las que nos interesan, sino la normal agrupación de vecinos que se dio y se da en cualquier territorio.

El hombre, como ser social, y por naturaleza, ha tendido a agruparse en núcleos de convivencia solidarizados para el mejor desarrollo comunal, o en tiempos pasados para la defensa.

En nuestro caso, siempre situados en el mundo occidental, se ha discutido si el origen de nuestro municipio sería de raíz romana o germánica. Dejando a los especialistas la disquisición exacta, nos inclinamos por ambas influencias, pues nuestros originarios cabildos o municipios americanos vienen a través del Derecho castellano, con notoria influencia de ambas corrientes.

Tal como se observó en la Alta Edad Media, la ciudad o municipio en todo el extenso imperio romano, había tendido a imitar a la misma ciudad de Roma, y el gran estímulo de los miembros del municipio era la adquisición de la ciudadanía romana al terminar su período, muy breve, por cierto, diríamos hoy, pues duraba un año y hacían maravillas.

Decaído este interés en el Bajo Imperio -pues ya Caracalla había concedido la ciudadanía a todos los hombres libres del Imperio-, los cargos municipales se volvieron gravosos, por la responsabilidad de asumir la recaudación de impuestos; de ahí que decayera el interés por integrar el municipio, y los más capaces se dispersarán hacia el campo. Esta era la situación al llegar los germanos, quienes ajenos a dicha problemática hacen que poco a poco se reagruparan de nuevo los dispersos.

Ya en los reinos cristianos vimos, cómo en el enfrentamiento entre señores y realeza, ésta puja por influir cada vez más en las ciudades: concede privilegios, garantiza el Derecho local, aprueba *fueros*, nombra jueces reales de apelación frente a los jueces señoriales, y nombra autoridades locales como *merinos, corregidores, alcaldes mayores, regidores,* etc.

En dicha pugna, principalmente durante los siglos X a XIV, los municipios castellanos logran revitalizarse, hasta ser elemento decisivo en la configuración de las Cortes. Hacia finales del siglo XV ganada por la realeza la batalla a los nobles, y los concejos o municipios reconocidos y asegurados en sus propios derechos, se pierde en ellos el vigor de los siglos anteriores. Al trasplantarse a las Indias el cabildo castellano, ya sea por la distancia, al carecer del consiguiente control real, o por la necesidad de tener una base inicial y ágil de operaciones en la Conquista, lo cierto es que los comienzos del Cabildo o Municipio americano reviven el vigor del antiguo concejo castellano, adquiriendo en la nueva organización social, una importancia decisiva, como consta en miles de Actas capitulares en toda América. Pensamos, por ejemplo, en nuestro Cabildo de Quito, capaz de llegar, en su iniciativa y expansión, a descubrir el Amazonas.

El *Concejo,* pues, institución social natural, elige cada año a sus miembros -quizá sea este uno de los precedentes romanos- democráticamente, diríamos hoy y con sabor a germánico. Entre los cargos municipales han sido comunes: Alcaldes, Alférez real, Alguacil, Procurador, varios regidores (hoy diríamos concejales)... etc. En un principio esta elección se realizaba con la presencia de todos los vecinos, *cabildos abiertos,* pero lo habitual fue en el recinto propio y en *Cabildo cerrado.*

Siempre fue muy escasa la legislación municipal, por eso fue tradicional un Derecho consuetudinario.

Fue común a los municipios promover y fomentar sus propios recursos, ya fuera a través de bienes comunales, tasas, terrenos para edificar, arbitrios en aguas, caminos, etc. Estos bienes, junto a lo que se lograra de señores o de la corona, es lo que constituye los *propios* del Cabildo, para fomentar el desarrollo local. Cuando determinados proyectos no se abastecían con los *propios*, se acudía a la llamada *derrama*, o colaboración extraordinaria de todos los vecinos.

Lo importante de los municipios medievales -es nuestra opinión-, fue el concentrar a todas las personas libres, que con el tiempo se acrecientan: comerciantes, letrados, artesanos, etc., a diferencia del campesinado, sujeto más o menos a la tierra y a los señores, muchas veces en situación de semiesclavitud, que en algunos territorios de Europa, de hecho, es real esclavitud.

e) Gremios

El paulatino y creciente desarrollo de las ciudades ofrece aspectos interesantes, entre las cuales destacaremos ahora los *gremios*, como variadas formas de asociación.

A partir del siglo XI, y en pleno auge desde el siglo XII, grupos de personas afines por sus oficios, actividades o labores, fundaron *cofradías* que teniendo por origen un sentido religioso, trajo como consecuencia efectos también civiles: asociación, protección y defensa de intereses comunes, representación ante las autoridades, etc. Todavía hoy al visitar en Europa -que luego pasan a América- barrios o zonas urbanas de antiguas ciudades, se puede leer: calle de los herreros, plateros, caldereros, tintoreros, etc. Así como en zonas próximas a puertos: universidad de los estibadores. Y de ahí, tan importante para nosotros: *la universidad de profesores y alumnos,* los colegios mayores de alumnos.

A través de toda esta realidad, de primitiva iniciativa medieval, podemos tener una valoración de la economía urbana, base y fundamento del comercio y la industria posterior.

Algunas actividades, por su mayor capacidad de volumen y expansión, como fueron el comercio, la agricultura y la ganadería, alcanzaron repercusión considerable, ya al salir de la Edad Media. Recuérdense las *Lonjas*, posiblemente el mejor precedente de las actuales *Bolsas de productos*; para orientar y dirigir el comercio: los *consulados de mercaderes* ya en pleno auge en el siglo XVI; la importancia de ciertas ferias, como las de Medina del Campo, Lyón, Londres. Sería difícil entender la banca y préstamos de los Fuggers a Carlos V, sin todos estos precedentes inmediatos.

Los gremios, una vez ya organizados, solían estar gobernados por: Priores, Maestros, Mayordomos, Aprendices, etc., e imitando a los Cabildos eran cargos que se elegían todos los años.

En algunos casos como en la lana, por la importancia que tenía, se crea una institución tan importante como la *Mesta*, es tal su relieve que pronto el mismo poder real tratará de controlar o por lo menos influir en su marcha y desarrollo. En casos como éste, llegan a tener milicias propias y ordenanzas muy particularizadas.

f) Clases sociales

Indudablemente, a primera vista, este apartado parecería corresponderle como propio a la sociología o disciplinas afines, sin embargo en cuanto su repercusión afecta seriamente a la sociedad, siempre encauzada por el Derecho, se hace tema también propio nuestro.

Desde los "tiempos más remotos" y no es frase hecha, se ha visto en todos los pueblos la existencia de varias clasificaciones de las personas: *eupátridas y tetas entre los griegos; patricios y plebeyos,* entre los romanos; *nobles, ciudadanos -capacidad guerrera-* y lites, entre los germanos; *nobles* y *pecheros* en

Castilla, etc. Es lo que los filósofos -v. g., Platón, Aristóteles- defendían como natural en la sociedad: gentes más capaces para intervenir y dirigir las funciones de la vida pública, y gentes que debían ser dirigidas. Los tiempos modernos han ido superando viejas concepciones, y el progreso de la vida humana ha permitido la declaración universal de la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad, que la defensa actual de los Derechos humanos trata de convertir en realidad, aunque en la práctica nunca será plenamente realizable, pues el perezoso, negligente, incapaz..., jamás podrá competir con sus homónimos responsables y preparados.

El período que nos ocupa, Baja Edad Media, está dominado en toda Europa por el feudalismo: grandes señores, poseedores de vastos territorios dependientes de su *señorío*. En el caso de Castilla, que es lo que aquí nos interesa por sus transferencias a las Indias o tierras americanas, el feudalismo, como tal, es nulo, por razones evidentes de la Reconquista. Ni a los Reyes Católicos les convenía, ni a su sucesores el permitirlo, por esto hablar de feudalismo en América será absolutamente falso, pues ese *régimen jurídico* careció de aplicación en estas tierras.

La estructura social medieval previa al Descubrimiento de América presenta la siguiente variedad de clases sociales: *nobles, eclesiásticos y hombres libres*. Eran los tres estamentos representativos que vimos en la conformación de las Cortes.

La *nobleza* existe, por la natural descendencia y uniones matrimoniales de la realeza; por cargos de gobierno en los territorios que se iban conquistando: condados, marquesados, ducados, etc.; por méritos personales que los monarcas compensaban; etc. Lo importante es que se crean situaciones de privilegio, ya sean de orden fiscal o tributario, de gobierno, de beneficios territoriales, de fuero personal, etc. Componían dicha nobleza los herederos del título nobiliario, los ricos homes, los caballeros, los miembros de Órdenes Militares, etc. Constituían el grupo privilegiado y superior socialmente, que los reyes fueron incorporando en las funciones del Estado. Al final de la Edad Media castellana, como una especie de nueva clase, se cuenta cada vez más con los letrados o universitarios para dichas funciones públicas.

Los *eclesiásticos*, tal como se indicó en el período visigótico, primero por su preparación y prestigio, y, luego por las consecuencias que trajo consigo la conversión de Recaredo, cada vez se cuenta más con ellos. Esto mismo ocurrió en la Galias con los francos, en Italia con los ostrogodos, etc. La solidez de las instituciones heredadas de Roma, y la firmeza de la fe católica, convierte a los eclesiásticos -prácticamente los únicos cultos- en pilares vitales de los reinos germánicos, que luego continuará en sus sucesores. Era un mundo cristiano, convertido a la fe verdadera con un esfuerzo hasta el heroísmo.

El análisis y valoración cultural–científico de la Edad Media, sin apasionamientos ni prejuicios, deja en el investigador moderno -y cada día se valorará más, por el mayor uso de las fuentes por siglos archivadas- una admiración a la Iglesia medieval, conservadora del pensamiento, motor intelectual y religioso, de gran avance en la capacidad humana de ese instante, en que lo más valorable era el manejo de la espada y la belicosidad en el convivir y en la guerra. Se da por supuesto que junto a ese conjunto global, hubo no pocas miserias y fallas notorias en eclesiásticos individualizados.

Arzobispos y Obispos eran miembros natos de las Cortes. En no pocos casos -es habitual en toda Europa- se les llama para funciones y cargos civiles, precisamente por su preparación y competencia, aunque en ocasiones era motivado por intrigas políticas de los grupos familiares. Y, también es exacto, en casos concretos, por una carencia total del sentido eclesiástico que ostentaban.

Hombres libres. Clase cada vez más numerosa e influyente al ir creciendo y multiplicándose las ciudades, pueblos y villas. Durante la mayor parte de este período cuentan con el mayor estímulo de la realeza, pues es en los municipios donde los reyes mejor pueden enfrentar la prepotencia de nobles y señores. Por otro lado, la Universidad incipiente del siglo XII va logrando una expansión admirable, lo que da lugar a que cada vez más los monarcas puedan contar con ciudadanos competentes, que se integran en las funciones del reino.

El hombre del campo, sin embargo, permanece vinculado a la tierra, y se crea ahí un estado de servidumbre con libertad limitada, y que en Castilla se denomina *siervo de la gleba*, sin capacidad de independencia, sujeto al señor y al lugar, en muchas ocasiones tan condicionado personalmente que no tendrá ni libertad de elección matrimonial. Situación esta normal, y aún más aguda, en otros territorios europeos como Inglaterra, Francia, Alemania, por ejemplo. Es el sentir del Derecho común generalizado en Occidente. Aún en Aragón mismo, todavía es más dura la situación del siervo, que en Castilla. Basta recurrir a las *Partidas,* expresión legal brillante de ese sentir del Derecho común, para ver en varios títulos y leyes de la Partida IV, donde quedan manifiestos muchos restos del Derecho Romano, si bien se elimina la esclavitud.

Esto va a explicarnos mucho del problema que, desde el primer instante, se planteará en las Indias, cuando veamos enfrentarse el Derecho común y el Derecho natural.

3. Legislación castellana

a) Influencia de la doctrina

A la primera influencia de la glosa de Accursio, magistral síntesis de la Escuela de los *glosadores,* siguió en toda Europa la no menos brillante Escuela de los *comentaristas o postglosadores* con maestros de la calidad de Cino de Pistoia, Bártolo de Saxoferrato y Baldo de Ubaldis. La abertura de éstos últimos respecto al Derecho canónico y a los Derechos locales o regionales, ya vimos cómo motivó la gran aceptación y extensión de la corriente, que se generaliza.

El Derecho es presentado cada vez más orgánico y científico, y tanto los estudiosos, como los que deben aplicar el Derecho, vienen a encarnar la *razón escrita* con validez universal, cuyos principios hay que adaptar a las circunstancias de cada caso y lugar. El Derecho común se impone de forma abrumadora, y la generalidad de los estudiantes, son salidos de Bolonia, de la Sorbona o de Salamanca, etc. no conocen otro Derecho, y por todas partes prevalece un Derecho general sobre el particular.

Ni los señores, sean propiamente feudales o simplemente territoriales, así como los municipios, se avienen a dicha corriente, pues ambos sectores prefieren imponer su autoridad, pero no pueden evitar que normas, reglamentos, legislación y documentos de aplicación del Derecho, como son los protocolos notariales y además, estén apoyados en el Derecho común, por lógica formación de los letrados.

En el caso particular de Castilla, que es lo que ahora nos interesa, dicha pugna - que al final de nuestro período acabará por ganar la realeza- es una realidad sorda que manifiesta sus alternativas, como por ejemplo: que se intente suplir *fueros breves,* por otros *extensos*, capaces de aplicarse a varias ciudades y fueran menos localistas; se intente y realice una codificación, como es el caso del *Fuero Real* y las *Partidas*, aunque no se logre imponerles, pero que va creando idea de unificación; y, por último, que los monarcas, al final de este período, dicten *pragmáticas* o leyes reales, sin la aprobación de las Cortes.

b) Unidad legislativa

El período anterior, o Alta Edad Media, se había caracterizado por una notoria atomización normativa, por las causas ya señaladas y peculiares del vivir peninsular: caída del Imperio romano; germanización; invasión musulmana y luego Reconquista. Normas de todo origen que se entrecruzaban, dando pie a un rico Derecho consuetudinario. Al ir rehaciéndose los reinos políticamente, y en nuestro caso el castellano, los monarcas tratan de centralizar lo más posible. Inconvenientes: un Derecho local particularizado; colecciones de sentencias -

fazañas- en los jueces crean un Derecho jurisprudencial; imposiciones territoriales de parte de los señores; privilegios concedidos por los monarcas, etc. Se imponía la necesidad de la cohesión jurídica, y a ello tendió la política jurídica regia, que veríamos como una de las características de la Baja Edad Media.

Los reyes cuentan en este intento con la plena adhesión de los juristas, por la razón vista de su formación en el Derecho común. Fruto de este empeño serán, por ejemplo, *el Fuero Viejo de Castilla* y las *Leyes de Estilo*, si bien en estos casos estamos todavía en un intento muy primerizo.

El monarca que en todo este afán ya se nos destaca decisivamente es Fernando III en quien se unifican León y Castilla y conquista grandes territorios en el sur y levante. En su intento de unificación jurídica hace traducir el *Liber iudiciorum* al que denomina *Fuero Juzgo,* que concede como fuero propio a ciudades importantes como Córdoba, Sevilla y Jerez de la Frontera.

En la línea de todo este empeño se logra que fueros como el de Cuenca, superando a los anteriores *fueros breves*, se conviertan en familia de fueros, al derivar de ellos los fueros de otras ciudades. En este mismo caso está el fuero de Soria.

Sin duda alguna, la figura más descollante en todo este esfuerzo por la unidad jurídica hemos de situar a Alfonso X el Sabio, hijo y sucesor de Fernando III. Siguiendo el criterio de la territorialización del Derecho marcada por su padre, Alfonso X prepara el *Fuero Real*, con intención de aplicación general, pero que por su influencia del Derecho común tiene gran resistencia de aplicación, si bien logra concederlo como fuero propio a ciudades importantes como Burgos, Valladolid, Madrid, Ávila. Fue un gran intento de la política unitaria, a pesar del rechazo dado por los derechos locales y preparó el terreno al otro cuerpo legal, obra maestra de Alfonso X, las *Partidas* con plena influencia del Derecho común y, casi con seguridad, el mejor cuerpo legal de la Baja Edad Media europea. Tuvo gran resistencia en Castilla y no entrará en vigor, con carácter supletorio, hasta el Ordenamiento de Alcalá, si bien en las Indias se convertirá en principal cuerpo legal, por carecer de los viejos prejuicios y por ser el mejor compendio para aplicar fundamentalmente el Derecho privado.

c) Cuerpos legales

En el período anterior o Alta Edad Media vimos cómo el Derecho se concretaba, fundamentalmente, en las *Cartas pueblas* y *Fueros breves* concedidos a las ciudades. Era el Derecho que en primer lugar debía ser aplicado, pero dada la imposibilidad de cubrir todas las exigencias de la vida real, por ser unos textos jurídicos muy escuetos, y entonces se recurría a los usos y costumbres que desde *tiempo inmemorial* o *habitual* se aplicaba entre ellos.

Ya a partir de mediados del siglo XII aparecen en algunas regiones los *Fueros extensos*, generalmente redactados con instrucciones precisas de los Concejos, o con la libre orientación de juristas, según los casos.

Unas veces por iniciativa privada, y otros por expreso deseo regio, desde el siglo XI se manifiesta la tendencia a *redacciones generales* o *refundiciones* de las normas vigentes, si bien las más relevantes que vamos a destacar no aparecerán hasta el siglo XIII. Tres van a ser, principalmente, los monarcas castellanos con el empeño de unificar y territorializar el Derecho: Fernando III, Alfonso X y Alfonso XI.

a') Fuero Juzgo

Ya estamos familiarizados con él. Redactado originalmente por el monarca visigodo Recesvinto con el título de *Liber iudiciorum* a mitad del siglo VIII. Fue luego revisado por Ervigio y posteriormente por juristas, que nos dejan el texto definitivo conocido como *vulgata*. Este es el texto, precisamente, que traducido al romance -castellano- por Fernando III, se le conoce como *Fuero Juzgo*. Fue el Derecho usado ampliamente por los *mozárabes* sometidos al dominio musulmán, lo cual da por supuesto una aplicación amplia y continuada, en el que poco a poco se convertirá en territorio castellano. Fue una magnífica idea de Fernando III, con el intento de unificar el Derecho, con un código bien conocido y aceptado.

b') Fuero Real

En el campo del Derecho y, específicamente de la historia jurídica, la figura de *Alfonso X,* conocido por el *Sabio*, emerge como un coloso de toda la Edad Media europea. Por destacar lo más relevante de su gran tarea legislativa, nos vamos a referir ahora al *Fuero real*, y, de inmediato analizaremos su obra cumbre que le ha inmortalizado: Las *Partidas.*

El *Fuero real* es también conocido por *Fuero de las leyes*, y su redacción se coloca alrededor de 1255, cuerpo legal que algunos estiman como la primera de sus recopilaciones. Tiene por finalidad -la misma que tuvo su padre Fernando III- unificar el Derecho castellano, y su contenido es una mezcla del Derecho común y del Derecho tradicional castellano. Sus fuentes principales son el Fuero Juzgo y el Fuero de Soria de la familia del Fuero de Cuenca.

Indudablemente el contenido romano-canónico -Derecho común- que informaba el cuerpo legal, motivó la resistencia foral existente, por lo que el monarca optó por conceder como fuero local a un buen grupo de ciudades que carecían de las normas necesarias, o las existentes se consideraban su-

peradas. A pesar de esto, Alfonso X comprobó la resistencia que el nuevo Derecho ofrecía en la práctica por lo que no tuvo inconveniente en interpretar y aclarar, incluso ampliar leyes contenidas en el *Fuero real*. Esto se hizo más eficaz en las aplicaciones que realizaba el Tribunal de la Corte, con añadidos doctrinales, decisiones que recopiladas se conocen como *Leyes de Estilo*.

La composición del *Fuero real* era de cuatro libros, y su contenido incluía normas: de Derecho canónico, del Rey y su Casa, de las leyes en general y de los jueces, procedimiento, familia, sucesiones, obligaciones y contratos, Derecho penal.

c') Partidas

Aunque a través del tiempo nos llega el título de *Partidas*, el original fue *Libro de los Fueros o Libro de las leyes*, y a causa de la expresión "espejo de las leyes" contenida en el Prólogo, se habló de *Espéculo*, creándose la confusión entre los autores, al no saber si se trata de obras distintas, o simplemente ser un nombre más con el que se conoció la primera redacción. Hoy parece prevalecer esta última opinión. Aunque en las distintas revisiones realizadas a través del tiempo a nuestro cuerpo legal, se empleen los varios títulos indicados, nos queda como definitivo el de *Partidas*, por las siete partes -*partidas*- en que está dividida la obra.

Uno de los puntos doctrinarios muy discutido respecto a las *Partidas*, ha sido el *aceptar* o *rechazar* fuese un cuerpo legal aplicado. Tal vez el punto de vista que con más énfasis ha insistido en su *no aplicación*, se ha basado en el hecho de que el *Ordenamiento de Alcalá* (1348) acepta las *Partidas* como Derecho subsidiario, como muestra evidente de que no estaban vigentes con anterioridad.

Otro punto de vista es el que ofrece el observar, a través de las varias revisiones, el aumento considerable de la parte doctrinal, como de hecho sucede, y entonces concluir que era un texto más dedicado a la enseñanza del Derecho, que a su aplicación. Sin embargo, nos parece, como ha puesto de manifiesto García-Gallo, que el rechazo de los derechos municipales producido en 1270, que obliga a Alfonso X a rectificaciones y aclaraciones para facilitar su aplicación, también ponen de manifiesto el tratarse de un Derecho vigente.

Que la dificultad se dio, es un hecho. Pero ahí sí cabe pensar que el choque de las *Partidas* con los *fueros municipales*, se debió a la pugna natural del *Derecho común* con el *Derecho tradicional*. Si en primera instancia el juez foral resuelve por el Derecho local, y luego, en la *apelación* el juez real

aplica el Derecho general, el enfrentamiento era lógico, pues se trataba en la práctica de una dualidad de derechos. Esto solamente es explicable por el afán del monarca en lograr un Derecho cada vez más uniforme o territorial. Batalla esta que con el tiempo ganaron los reyes al lograr sustituir los jueces locales por jueces reales.

En cuanto a la fecha de redacción de las *Partidas*, según expresan los mismos juristas de la última revisión a mediados del siglo XIV, se produce entre 1256 y 1263. La obra original parece fue el llamado *Espéculo*, breve en principio y, de inmediato, con notables ampliaciones hechas por el mismo monarca en vista de la resistencia inicial. El hecho de que en 1278 el rey siga haciendo aclaraciones y amplíe algunas leyes, es muestra de aplicación y enfrentamiento a la vez.

Por dos ocasiones, de nuevo por iniciativa de juristas anónimos se hacen reajustes a la obra, enriqueciéndola cada vez más doctrinalmente, ya sea por el empeño de los juristas de darle una finalidad pedagógica, o bien por identificarse con la doctrina abrumadora del Derecho común que domina toda Europa. Sin embargo, la revisión más decisiva es la tercera, realizada en 1325 y la que prácticamente llega a nosotros, y son las *Partidas* que conocemos, pues una rápida revisión posterior es de poca importancia.

Desde el origen, es característica de las *Partidas* una redacción ágil, precisa y aun bella de forma. A pesar de toda la resistencia en su aplicación, por la evidente pugna con el Derecho foral tradicional, los juristas tienen a este Código entre las mejores obras de consulta, y tal vez por ello acaban por imponerlo, aunque sea supletoriamente, en el *Ordenamiento de Alcalá*, como veremos. Es curioso que a pesar de los años, y aun siglos, hoy, con la dificultad que supone su lectura, es obra que un buen jurista lee complacido.

En cuanto al contenido material, podríamos decir que trata de todo lo esencial que hoy mismo abarca un buen código moderno: De la ley y de la religión, de la suprema autoridad y organismos que le sirven, de los juicios y de la justicia, de los derechos de las personas y de las cosas, de las obligaciones y contratos, de las sucesiones, y de los delitos y las penas.

Es, como ya se ha dicho, la mejor identificación y formulación del Derecho común dominante en la época, y realizado con tal perfección, que un autor sobrio y autorizado, entre los mejores tratadistas contemporáneos, ha llegado a decir: "Las Partidas constituyen un tratado completo de todo el Derecho, fundamentalmente del *común,* como no hay otro en todo el mundo" (Alfonso García–Gallo).

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB-UCE

d') Ordenamiento de Alcalá, 1348

Basta observar cuanto llevamos dicho, para concluir que la legislación castellana se encuentra en una confusión manifiesta, por la anarquía que ofrecen el conjunto de normas que *teóricamente* están en vigencia: Fueros locales y nobiliarios por todas partes, Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas, privilegios de los reyes, etc., por referirnos a los cuerpos legales más importantes. Pero algo es todavía más desorientador: desde Alfonso X ha entrado en pugna el *Derecho común* -Derecho territorial-, que los juristas imponen por su propia formación, y el Derecho tradicional castellano -Derecho local-, ya sea a través de los Fueros, o de la costumbre, o de las sentencias judiciales.

El gran aporte de Alfonso XI, nieto de Alfonso X y biznieto de Fernando III, es el tratar de refundir todo el Derecho legislado capaz de aplicarse, adaptándolo a su momento. Con este fin, presenta a las Cortes, que convoca en Alcalá de Henares, una refundición en la que se elimina, tanto de los fueros locales como de las leyes reales, cuanto hay de superado e ineficaz, para que lo permanente y válido ahora sí sea aplicado.

Un acierto definitivo, como lo demostrará el que se siga en lo sucesivo, ha sido el establecer un orden de prelación de la leyes: en *primer lugar* se aplicará el propio *Ordenamiento* -ya vimos que se llamaba *Ordenamiento* cuando las leyes eran aprobadas por las Cortes, y *pragmáticas* cuando eran dadas por el rey sin las Cortes-; en *segundo lugar* se seguirían los fueros municipales en lo que estuviera en uso y no fuera contra el *Ordenamiento de Alcalá*, entre esos fueros se incluían el Fuero Juzgo, el Fuero Real y los fueros nobiliarios; y, en *tercer lugar*, como Derecho supletorio, las Partidas.

Como se observará, han sido excluidas: la costumbre, las sentencias judiciales y la doctrina de los jurisconsultos. Y el rey se reserva: aclarar, interpretar y llenar cualquier vacío que la ley presente. Por consiguiente se ha dado a la legislación castellana una cohesión que en adelante será completada, pero ya sobre la base de una clara definición.

e') Ordenamiento de Montalvo

Luego del Ordenamiento de Alcalá se ha seguido dando normas y leyes, como es natural, y en varias Cortes se ha pedido a los monarcas aclarar interpretaciones, contradicciones, etc., de la legislación vigente, pero la verdad es que no se realizó, hasta que los Reyes Católicos encargaron la tarea al jurista Alonso Díaz de Montalvo. En efecto, así se hizo, y Díaz de Montalvo logra una recopilación, que será privada y así continuará, aunque los reyes la recomiendan a los pueblos. Su título fue *Ordenanzas reales de Cas-*

tilla, normalmente denominadas *Ordenamiento de Montalvo* impreso en 1484.

La obra reúne la legislación posterior al Ordenamiento de Alcalá, tanto de las Cortes, como pragmáticas, ordenanzas reales, etc. Tuvo bastantes fallas, por no incluir algunas normas vigentes y, por el contrario, incluirse normas caducas. Lo cierto es que la obra sirvió y tuvo abundante uso y aplicación. Habrá que esperar hasta Felipe II, para que haya una mayor precisión recopilativa.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

VI. IMPERIO INCAICO

ACLARACIÓN

Desde la mitad del siglo XX han proliferado estudios sobre lo que fue el Imperio de los Incas. Han abundado los ligeros y superficiales, llevados, más que por la investigación, por una exaltación a ultranza de los indios. También se han dado estudios serios, intentando analizar con rigor científico la superestructura territorial que, sin duda, conformaron los incas centralizados en el Cuzco. Desde Huayna-Cápac el actual Ecuador se integró en el *Tahuantinsuyo* junto a Perú y Bolivia, y aun parte de Chile.

La dificultad para un análisis riguroso y certero se ha encontrado en la falta de fuentes seguras, por haber carecido dicho pueblo de la escritura, y tener que apoyarse en tradiciones orales, costumbres, usos, objetos, etc. Los relatos de los primeros cronistas españoles o portugueses podían haber sido una ayuda eficaz, pero las características de la conquista, y el subjetivismo de las personas que narraron, han vuelto más difícil y complejo el acertar con la verdad segura. Aun los mismos nativos, incorporados ya a la nueva civilización, presentan opiniones discrepantes y, a veces, contradictorias.

He ahí la razón por la cual al intentar ahora resumir lo que fuera el incario, sólo podamos ofrecer unos *rasgos generales*, nada precisos ni seguros, pero hasta hoy más o menos aceptados por la mayoría, sobre la base de hipótesis y la condicionalidad.

A. LA REALIDAD ENCONTRADA

Los castellanos al ir penetrando en la *Tierra Firme* o continental americana se encuentran, junto a grupos o tribus más o menos numerosas de aborígenes, con dos superestructuras, una en el norte y otra en el sur, que sin exageración pueden calificarse de Imperios: el azteca y el incaico.

Los primeros descubrimientos a nivel insular, quedaron desbordados por inmensas extensiones, y, junto a ellas, sólidas estructuras socio–políticas a las que hubo de estimar en toda su dimensión.

Lograda su conquista, la mayor experiencia de gobierno hace entender, que hay en esos territorios instituciones y formas de ser nada despreciables que deben

ser absorbidas. Se dispondrá, como es habitual en toda conquista, que, todo aquello que no vaya contra lo esencial del nuevo régimen, debe ser respetado y sobrevivir, para no crearse resistencias estériles. Esto ocurrirá con las costumbres y modo de vivir de los aborígenes, como táctica cara a la total y plena colonización a realizarse, y que vista con perspectiva de siglos con sus pros y sus contras ha dado origen, prácticamente, a una nueva raza.

De ahora en adelante, por ser de nuestro interés, vamos a ceñirnos al Imperio de los Incas.

En un primer momento de nuestros tiempos modernos los tratadistas minimizaron un tanto la valorización incaica, tal vez por la poca estima que le merecía el primitivismo de los indígenas. Sin embargo, en tiempos más recientes se pasó al extremo contrario. Se quiso presentar el colectivismo peruano como creación original incaica, y expresión natural del ser de las personas, por tanto -conclusión comunista- así era el ser humano al comienzo de la humanidad. Esta ha sido la razón por la que escritores de ideología marxista o filomarxista, ampliamente difundida en el siglo XX, hayan descrito con profusión las realidades alcanzadas por el Estado comunista incaico, como precedente brillante de dicha ideología.

Estudios más serios, y bien conocidos por la calidad intelectual de sus autores en investigaciones de los pueblos primitivos, han mostrado el ser bastante común el colectivismo en culturas primitivas. Se ha comprobado, por ejemplo, su existencia desde Java al Indostán, España, Italia, Marruecos, Rusia, etc. Se ha comprobado, en los distintos continentes, que el colectivismo ha surgido en los pueblos cuando ha precedido o se da un autoritarismo y poder absorbente, en que las personas, por familias o troncos familiares, acaban arropándose comunitariamente. Sin embargo, lo normal y lógico en la mayoría de los pueblos, ha sido la propiedad o dominio individual, y por tanto personal.

En el caso incaico, es evidente que por el poder omnímodo del Inca, junto a las características del suelo, la dificultad en tantos lugares de construir y mantener terrazas, así como la conducción de aguas, etc., todo junto, llevó a facilitar el colectivismo y, hasta si se quiere, un socialismo de Estado que, a su vez, por el aislamiento del exterior en que se mantenía a los indios, facilitó un colectivismo si no radical, sí bastante hermético, por el que se obligaba a un trabajo común.

En cuanto al *ayllu,* es el conjunto agrario que una familia tenía a su cargo en usufructo, pues la propiedad de la tierra era del Inca. Solía estar integrado por los *tupu* que según los miembros familiares habían recibido. El *tupu* era la porción de tierra que cada año solía repartirse a las familias: un *tupu* por el hombre y medio *tupu* por la mujer, y por cada hijo que naciera lo mismo: si varón un *tupu* y si hembra medio.

Que el colectivismo incaico no es categórico, tal como se ha visto por la realidad del *ayllu* y menos para haberlo querido identificar con comunismo, lo muestra el hecho de que los *curacas* tenían su buena posesión de tierras, verdadero patrimonio personal, y que el Inca cuidaba vigilar, precisamente por los excesos que cometían al absorber mucho del trabajo colectivo de los indios. Además, el mismo Inca concedía a los *orejones* -miembros de la nobleza, y en su mayoría incluso con vínculos de sangre con los Incas- tierras con carácter personal, privilegio que como otros (por ejemplo poligamia) gozaban de idéntico modo que el monarca.

Otro matiz que refuerza cuanto acabamos de decir, es que si hay en un *ayllu* extraños en la familia, o son *mitimaes*, no se integran plenamente en el *ayllu,* por mucho tiempo que allí hayan estado, pues la integración sólo se daba por matrimonio, es decir, por verdadero parentesco creado.

B. EL INCA

Idénticamente a como ocurrió en pueblos primitivos asiáticos y europeos, hoy estudiados ya con mucho detalle, en Suramérica encontramos el Imperio incaico, donde la cabeza, el Inca, está divinizado. En nuestro caso es descendiente del dios Sol, y como consecuencia lo es todo: gobierna, legisla, es dueño de personas y cosas, y nada tiene valor si va contra su voluntad. El poder del Inca es total, absoluto, omnímodo.

Precisamente por ese poder divinizado y absoluto del Inca, en modo similar a otras culturas antiguas como por ejemplo el Faraón en Egipto, el Inca es duro e inflexible en sus resoluciones y, a la vez, paternal y magnánimo. Jefe supremo en la guerra, que por él se vuelven en santas. Suele visitar todo el territorio, en lo que podía gastar tres o cuatro años. Es infalible y adorable, y la ley fundamental es su voluntad, por eso puede instituir o cambiar lo que le plazca. Es el Inca el que marca los límites territoriales externa e internamente, y el que afianza la paz.

Parece ser que tiene un Consejo de *orejones* que le asesora en la paz y en la guerra, que nadie le puede mirar de frente, y todos están ante él con un pequeño bulto o carga en la espalda, como signo de sumisión. Es el Señor del territorio global que recibe el nombre de *Tahuantinsuyo,* dividido este en cuatro zonas de acuerdo con los cuatro puntos cardinales, a cuyos gobernantes nombra directamente el Inca entre sus gentes de mayor confianza.

La sucesión al trono es hereditaria. El Inca, hijo del Sol, se casa con su hermana mayor, pues es la manera de garantizar la línea directa de la divinidad -es la *Coya*-, -aunque tiene concubinas de sangre real- son las *Pallas*, y concubinas extrañas a la sangre -son las *Mamacunas*-. Solamente sus hermanas y esposas

pueden servirle. El heredero será el hijo de su hermana o hermanas, y de no ser posible será el hijo que tenga de las esposas de sangre real.

Un hecho extraño a la tradición sucesoria de los Incas fue el realizado por Huayna-Cápac, quien luego de conquistar el Quitu (territorio ecuatoriano) tomará como esposa una princesa quiteña, de la que nació Atahualpa, y en el momento de sucederle dejó a Huáscar el antiguo Imperio del *Tahuantinsuyo*, cuya capital era el Cuzco, y a su hijo Atahualpa el último territorio conquistado del Quitu. Esto ocasionó la guerra civil entre los hermanos, y, vencedor Atahualpa, se convierte en el Inca del total *Tahuantinsuyo*. Atahualpa retuvo preso a su hermano Huáscar, hasta que lo mandó ejecutar ya preso de los españoles, temiendo lo liberasen y se tomase el Imperio.

Como opinión personal -y por tanto discutible- ante la ejecución de Huáscar por Atahualpa, siempre nos ha parecido poco lógica la actitud generalizada en el país, respecto de Atahualpa y sus generales Quisquis, Rumiñahui, etc., pues por mucho que naciera en Quito Atahualpa, era el Inca que gobierna desde el Cuzco, y no sólo eso, sino que con mano muy dura reprimió a los *cañaris,* por haber sido partidarios de Huáscar, razón por la que en su momento se aliaron con Benalcázar. Lo que trato de decir es que Atahualpa, fue un Inca tan centralizado en el Cuzco como sus predecesores, y con su actitud y colaboración de sus generales vino a reprobar, en la práctica, la resolución divisoria de su padre, y restauró la unidad del *Tahuantinsuyo*. Por eso el Perú siempre consideró al Ecuador como una concesión peruana, o por lo menos la Costa que fue, incluso, provincia peruana de 1810 a 1819, por una decisión del Virrey Abascal luego declarada nula -y por tanto no existente- como hemos expuesto en nuestro libro *Guayaquil jamás fue del Perú*, título referido a dicho problema. Y si por otro lado se recalca una y otra vez en el País, sobre el valor del *quechua*, idioma peruano -del Tahuantinsuyo-, no es extraño se alimente en el Perú el sentir que se tiene sobre territorios ecuatorianos.

Volviendo a la figura del Inca, según parece, su boato o protocolo es aparatoso y riguroso a la vez. Se mueve sobre unas andas de oro cuando aparece en público, siempre con gran número de guerreros que le acompañan como guardia. Usa vasos y demás utensilios de oro puro, que tanto deslumbró a los conquistadores. En cuanto a sus vestidos, los usaba una sola vez. Sean ciertos o no estos y otros detalles, están dentro del boato y aparatosidad que en todos los tiempos se han querido considerar propios del ejercicio del poder.

C. ESTRUCTURA DEL IMPERIO INCAICO

Las continuas e importantes conquistas realizadas por la dinastía incaica, acaba por conformar ese gran Imperio del siglo XVI, que conocemos por el enfrentamiento con los castellanos.

El Inca, dueño y señor del *Tahuantinsuyo* tiene su sede en el Cuzco -significa *ombligo* o *centro mundo-*, ciudad bien poblada, embellecida y fortificada. Gobierna un Estado teocrático, pues su persona está divinizada. Parece claro que durante finales del siglo XV y principios del siglo XVI es el período de máximo esplendor de la dinastía. Túpac-Yupanqui gobierna hasta 1485 y de aquí a 1525 corresponde a Huayna-Cápac, al que siguen sus hijos Huáscar y Atahualpa. La población se ha calculado entre once y doce millones. Ha sido un período de expansión, asegurada con un fuerte ejército y una política de absorción de los territorios propia de los buenos conquistadores de todos los tiempos, pues el Inca se mostraba magnánimo si no se le oponía resistencia, en caso contrario, como lo muestra el lago de Yaguarcocha (lago de sangre) se decapitaba a los rebeldes. El Ecuador de la Sierra, o andino, muestra una asimilación con los incas tan bien realizada, que es difícil encontrar restos de culturas preincaicas, a pesar de no haber sido largo el período de su dominio.

Entre las clases sociales que nos llegan definidas se cuentan los nobles u *orejones*, los *curacas*, tal vez como grado inferior dentro de la nobleza local, y los *yanaconas*, que vendría a ser equivalentes a esclavos o siervos. Y hay que estimar como ciudadanos corrientes, teóricamente libres, los soldados y todos los cultivadores de la tierra que veremos.

Como ya se ha observado, no suele aceptarse, por la doctrina mayoritaria, el criterio de un Estado comunista, pero sí colectivista, y algunos aceptan con reservas un socialismo de Estado. Por nuestra parte seríamos partidarios de calificarlo un *Estado Providencia*, por lo que veremos de la estructura agraria.

Cada una de las cuatro partes en que está dividido el *Tahuantinsuyo* tiene al frente un Virrey -término castellanizado, empleado por algunos cronistas-, nombrados directamente por el Inca. Y, según ha resumido Baudin, hay un control total sobre la población, hasta el extremo de parecerse a lo que modernamente se llamaría un Estado policía: grupos de diez hombres -es de suponer cabezas de familia- están bajo el control de un decurión *(chunca–camayu);* grupo de cinco decuriones bajo un decurión superior *(pichca-chunca-camayu);* dos grupos de cinco decuriones lo controla un centurión *(pachaca-camayu);* grupo de cinco centurias, según Garcilaso un Capitán; los grupos de cinco centurias, mil familias, bajo un jefe especial *(varanca-camayu);* y un grupo de diez mil familias *(hunu)* lo controla *el (hunu–camayu)* que tiene por encima el Gobernador (tuoricuc) que controla cuatro *hunu.* Parece ser que el Gobernador de la provincia nombraba a los que controlaban los grupos de mil y diez mil *(hunu y varanca).* Sea como fuere, y parece que así fue, se mantenía un control absoluto de las personas, lo cual se comprueba por otros detalles que veremos.

Un buen ejemplo de administración, en nada confiada a la inexperiencia, es el hecho de que para los cargos inferiores se necesitaba tener veintiséis años, pero

para gobernador *(tuoricuc)* se debían haber cumplido los cincuenta años. En general parece que tenían atribuciones plenas en todo sentido.

Los dignatarios superiores, *orejones*, tenían como principal función controlar los tributos en todas partes. Los gobernadores elegían la gente para el ejército, las doncellas para las casas de vírgenes del Sol, e informaban de todo al Inca directamente. La inspección general del territorio la realizaban continuamente los *orejones*. Es decir, había una administración bien controlada, minuciosa y eficaz.

No se podía circular libremente de una provincia a otra, y las sanciones eran duras. Parece ser que para distinguir fácilmente los de una provincia de las otras se recurrió al diferente color de los *ponchos*, algo que todavía hoy es perceptible. El control se tenía en la entrada de los pueblos o ciudades.

Muy distinto era el movimiento de gentes de un sitio a otro, esto era dirigido generalmente por el mismo Inca, en que se ordenaba el traslado de familias enteras -en el Ecuador todavía hoy se comprueba esta realidad en zonas de Ambato-. La palabra *mitmac*, persona enviada a otra parte, los españoles la deformaron llamando *mitimaes*, que hasta ahora es expresión generalizada. Las razones para ello, podían ser: para reforzar puestos militares de frontera; para nivelar zonas menos pobladas; para conseguir mejor producción agrícola; y por motivos políticos, para asegurar la paz.

El trabajo, por supuesto, era obligatorio para todos, pues la vagancia era cosa grave para los incas.

La tributación, propia de un régimen colectivista, se reducía, y era bastante, a los trabajos personales. Altos jefes y curacas eran beneficiarios así que lo cuidaban con esmero. Los nobles estaban exentos.

El ejército se ve que estaba bien formado y era numeroso, conducido por generales aguerridos, como pudieron comprobar los españoles en más de una ocasión. Crónicas del momento nos han informado que el Inca disponía en Cajamarca de unos cincuenta mil guerreros, que de no ser por la curiosidad de Atahualpa por aquellos seres extraños, sus hombres los podían haber aniquilado en las quebradas y *chaquiñanes* (caminos estrechos).

D. RÉGIMEN AGRARIO

Si la estructura de gobierno formalmente nos muestra el agudo carácter monolítico del poder, el medio eficaz que lo realiza, es su perfecta organización agraria, por ser lo que tal vez mejor le tipifica, y haya permitido hablar de *Estado–Providencia.*

El Inca es el único *titular* de la tierra, que concede, graciosamente, el *dominio útil* a sus súbditos, sin acepción de personas. Y esto con una precisa regulación y control constante.

Salvando ligeras discrepancias en las fuentes, se puede concluir, que la obligación general de cultivo respecto a la propiedad colectiva, era: sobre tierras del Sol, para todo el conjunto de su culto; tierras del Inca, que de hecho era tributo; y tierras de los indios. El Inca Garcilaso hace más preciso ese orden: tierras del Sol; tierras de los incapaces; tierras de los indios capaces; tierras de los curacas y demás jefes y funcionarios; y tierras del Inca. Para estos cultivos era obligación de toda la mano de obra capaz, el dedicarse por turnos (mita) o distribuciones que los caciques o jefes hacían para cada caso.

El culto al dios Sol, ampliamente difundido por todo el *Tahuantinsuyo*, reclamaba abundantes recursos, por esto el cultivo de las tierras a él dedicadas era grande, pues no sólo se mantenían los templos bien enriquecidos, sino sacerdotes, casas de las vírgenes, esplendor de las ceremonias, etc.

Las tierras dedicadas a los inválidos, viudas, ancianos, etc., también tenían gran extensión. Y en cuanto a las de los *curacas*, parece ser, por los datos que nos han llegado, que éstos cometían sus abusos y tenían muchas veces más de lo conveniente, por esto el Inca les ejercía continua vigilancia. Las tierras del Inca, no menos extensas por todas partes, venía a ser verdadero tributo como señor que era de todas las tierras. Pero aquí hay que destacar la benéfica función social que, con su rendimiento, prodigaba el Inca cuando por malas cosechas, alguna catástrofe natural, o lo que fuera, el pueblo se encontraba con dificultades. Entonces el Inca ordenaba abastecer abriendo sus *silos* -buenas excavaciones en la tierra cubiertas de paja-. Todavía hoy admira ver los restos de dichos silos, que contenían grandes reservas en todos los lugares de maíz, papas y camote, fundamentalmente.

Lo más peculiar, quizá y ampliamente comentado en toda la literatura sobre los incas, era la institución del *ayllu*. Según parece, era el conjunto de tierras que *usufructuaban* los indios como conjunto familiar -pues ya se ha dicho que la tierra era del Inca-. Al formarse una familia con el matrimonio se recibía para el cultivo un *tupu*. Este *tupu* según parece lo integraban en parte tierras de regadío, tierras de secano y tierras en las laderas de los montes y aun páramo, donde se cultivaba la papa. Este patrimonio, que no era estable sino que las autoridades podían repartir cada año, se acrecentaba con los hijos -venía a ser como fomento de la natalidad para aumentar la población-, si era varón con un *tupu* y si era hembra con medio *tupu*.

El hecho de que los indios tuvieran la obligación de cultivar las distintas tierras indicadas como comunales, se hacía compatible con las tierras familiares en-

cuadradas en el *ayllu*, institución esta fundamental que muestra, aunque se tratase de una posesión precaria, ser una evidencia de patrimonio particular, junto a la casa, cercado y árboles, todo concesión magnánima del Inca. Cada familia recibía, además, una pareja de *llamas*, que debían ser aprovechadas como transporte y para la lana, pues su leche debía ser para las crías, y solamente podían ser sacrificadas para la carne cuando fueran viejas.

Lo verdaderamente interesante en la dicha estructura agraria, era la figura del *ayllu*, que perdurará incluso en el Perú como organización familiar agraria, que enriquecida por el número de hijos es una verdadera solución familiar. Bautista Saavedra que ha estudiado el *ayllu* en Bolivia, destaca su sólida unidad familiar que la ve perdurar durante el período español y republicano. Dice simbólicamente, que el *ayllu* es como boladera a cuyo nudo confluyen las varias cuerdas, que serían los miembros de la familia, creándose la unidad en función de la tierra. De modo similar, aunque ya alterado por el tiempo, se ven supervivencias en el agro de la Sierra ecuatoriana, como por ejemplo el *huasipungo*.

E. DESARROLLO

Si intentáramos una comparación de la cultura incaica con otras culturas primitivas, como por ejemplo: egipcia, persa, mesopotámica, etc. tendríamos que concluir que además de la diferencia en milenios, la cultura incaica es bastante elemental, por unas razones obvias: no tiene escritura, no conoce el hierro, el vidrio, el trigo, y, aunque su importancia no parezca tanta a primera vista: desconoce la rueda, esencial para comunicación y transporte. Pensemos que en tiempo de Moisés (se le sitúa entre el 1600 y 2000 antes de Cristo), se habla con profusión de los carros de guerra del Faraón. Si en la afectividad americana queremos paliar esas diferencias, está muy bien, pero esa fue la realidad.

El Imperio Incaico mantuvo un aislamiento tan hermético en sus fronteras, que el mismo Pizarro tiene noticias de un gran imperio que parece más legendario que real, por las pocas noticias que salían del incario.

Por otro lado, vemos la realizaciones que en ese verdadero Imperio impresionaron a los mismos españoles, tal vez debido a que sus encuentros y noticias de los primeros aborígenes fueron en poblados o grupos minúsculos y no con estructuras organizadas como los mayas, aztecas e incas.

Sorprende ver la red de depósitos por todo el territorio, verdaderos silos diríamos hoy, en que por orden del Inca, y fruto de sus tierras comunales, se guarda de: granos, carne seca -charqui-, y demás productos conservables, que en los momentos de emergencia se abrían a la población. Lo mismo se hacía, de ser necesario, con sus ganados de llamas.

Eran excelentes y muy bien construidos los canales de agua, que luego se ramificaban en abundantes acequias para las zonas de regadío. Lo mismo cabe decir de los caminos que cruzan todo el *Tahuantinsuyo*, y particularmente del que iba del Cuzco a Quito durante el período del reinado de Huayna-Cápac, residente en Quito. Al lado de los caminos se construyen *tambos,* o lugares de parada y atención de viajeros, y de repuesto de *chasquis,* hombres correo, que por etapas y buen correr se turnaban.

Aunque tuvieron sus buenas construcciones, palacios del Inca, fortalezas, etc. no parece que alcanzan ni la grandeza, ni la solidez que se observa en los aztecas. Los materiales de construcción usados son: piedra, madera y huesos con los que se hacen conjuntos ingeniosos. En algunas regiones dominan el adobe y la caña. Desconocieron la columna, el arco, la bóveda y la cúpula.

Llamaron la atención sus hilaturas, con abundantes tejidos de lana y una tintorería de gran calidad y perfección.

La cerámica rica en variedades y bastante consistente, por lo demás rudimentaria en relación con otras culturas antiguas de Europa y Asia.

El comercio es el propio de economías primitivas, predominando, como es natural, el trueque de mercancías. Se carecía de moneda que se sustituía con signos: como piedras determinadas, frutos peculiares, objetos, etc. Por la Costa se movilizaban con balsas y canoas de troncos. Las ferias, en días de fiesta, concentran población numerosa y es donde más se intensifica el intercambio de productos. Parece curioso pero en algunos lugares y puentes colgantes se paga peaje. Con el exterior del *Tahuantinsuyo* estaba prohibido el comercio, algunas balsas o canoas que salían y establecían contacto con las costas vecinas, parece que era para lograr productos u objetos curiosos para el Inca.

En cuanto a la minería conocen el cobre, y con el oro y la plata hacen objetos verdaderamente artísticos. Si toda la tierra pertenecía al Inca, con más razón la minería propiamente dicha. El Inca regulaba el límite de las explotaciones, y se regía la mano de obra por las *mitas*, o *turnos* establecidos para que dedicaran ciertos tiempos del año a esa explotación.

F. DERECHO, MORAL, RELIGIÓN

En realidad estas distinciones que hoy podemos hacer nosotros, en aquella época era o venían a ser todo lo mismo, o por lo menos se confundían. Y en uno u otro campo se transmitían sus principios esenciales en tradiciones y costumbres.

En cuanto a la aplicación del Derecho, parece que se daba plena jurisdicción a los curacas y jefes regionales según la gravedad. Los juicios eran sumarios y

rápidos, parece que se debían resolver en cinco días; se carecía de apelación, y con más razón cuando el Inca había dispuesto normas inalterables. Hay referencias a la *visita* de altos funcionarios que habitualmente recorrían el país para ver que se aplicase la justicia, y cuando se comprobaba que los jueces no eran diligentes se les sancionaba ejemplarmente. La justicia tenía que ser rígida porque la moral era rigurosa, y de ahí la escasez de delitos y criminalidad.

Si bien las familias tenían su *ayllu,* aunque todos los años se les repartiese de nuevo, lo que absorbía a la mayoría de los indígenas eran los cultivos comunales, lo cual no dejaba de tenerles muy controlados, como ya se vio, y posiblemente ese mismo control hacía difícil cometer delitos o faltas en los bienes comunales y aun en los *ayllu*. Cuanto más confusos están los conceptos *mío* y *tuyo,* como a ellos les sucedía, más difícil era delinquir. Tuvieron que venir los españoles para enseñarles a delinquir en campo ajeno. Además, si la ley era durísima y tajante en las sanciones, también explica la baja delincuencia que dominaba al *Tahuantinsuyo*. Entre los castigos que se conocen estaba: los golpes en las piernas y brazos; pedradas que magullaban; con facilidad, si se reincidía, se aplicaba la pena capital; se enterraba vivos; al adúltero se le podía colgar de los pies, etc.

Los padres eran responsables de los delitos de sus hijos, así como el dueño del animal, del daño que causase. Es decir, se mantiene en general un criterio paternalista, pero en el instante que se abusa, se reprime con rigor máximo, precisamente para que sirva de escarmiento.

Tanto por testimonios parciales, como por los más generales, se ve como muy ancestral y estable el siguiente cuadro de moralidad:

-No seas mentiroso

-No seas perezoso

-No seas ladrón

-No seas asesino

-No seas libertino

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUITO
UNAQ
ECUADOR
BIBLIOTECA

VII. DERECHO INDIANO

A. INTRODUCCIÓN GENERAL

1. Dificultad aun actual

No se entiende mucho que, a pesar de haber transcurrido ya quinientos años desde el descubrimiento de América, todavía no haya un criterio más o menos unánime respecto al período inicial americano.

Por un lado, como expresa Esquivel Obregón, los mismos españoles de la primera época mantuvieron un criticismo agudo respecto a toda la realidad americana, y fueron más bien los extranjeros quienes adoptaron una posición más equilibrada. La discrepancia de valoraciones, que continúa, se activó de nuevo con ocasión de la Independencia, pues basta escuchar cualquiera de los himnos nacionales de los diferentes países americanos, para constatar el sentir de toda una corriente doctrinal plasmada en vivencia.

Una manifestación evidente de la realidad expresada, es ver la abundante literatura histórico-sociológica, que durante los siglos transcurridos se ha vertido sobre América, los tonos polémicos, las justificaciones o reprobaciones, las parcializaciones, las actitudes neutras, etc. etc. De todo se ha dado y es posible que se siga dando.

Nosotros más bien veríamos la complejidad que ha supuesto el querer encuadrar un Continente, cuarteado por bien individualizadas nacionalidades, que recibieron en germen de Occidente una riquísima variedad de instituciones que, globalmente, si se trata de ver conjuntos, han ido forjando una nueva raza, que se avizora fecunda cara al futuro.

Así que por nuestra parte, conscientes de toda la realidad, y como corresponde a nuestra disciplina, vamos a tratar de sujetarnos a lo histórico-jurídico. Si los historiadores generales y los sociólogos nos dijeran que todo lo reducimos a formas y esquemas jurídicos, nos estarían expresando algo auténtico, pues cada rama del saber tiene que limitarse a su campo, si no quiere divagar y confundir. Además, estamos convencidos, que la dosis jurídica vertida sobre estas amplias y extensas tierras, ha dado una base estructural tan sólida, que ha estado muy lejos de poseer -se nos ocurre, por ejemplo- el nuevo Continente africano, donde los países europeos ahí si constituyeron colonias, sin el más mínimo afán de

colonizar, con la carencia absoluta de colegios y universidades; y, de existir algo, era de uso exclusivo de sus conciudadanos.

2. Las leyes

A todo conocedor de aquella realidad colosal que fue el Imperio romano, le impresiona ver cómo, al irse incorporando territorios, eran las leyes las que muy pronto los integraban coherentemente en el conjunto general.

Con la relatividad de la comparación, siempre admira ver como el Derecho castellano, al irrumpir en tierras americanas y filipinas, fue el origen de una unidad jurídica que, con sus adaptaciones y ampliaciones tuvo capacidad de vertebrar todo el inmenso territorio. Tanto es así, que cuando llegue el momento de recopilarse leyes, se comprobará su aplicación general, al regir lo mismo en México, como en Perú, Chile, Quito, etc. Nos hallamos ante un sistema jurídico al que denominamos *Derecho indiano*, o propio de todas la Indias y Filipinas, que presenta un rasgo poco común al compararlo con el sistema jurídico de cualquier Estado: se le ve nacer y se le ve terminar, permitiendo al estudioso seguir la perfecta curva de la evolución jurídica.

Muy pronto pudo observarse que la realidad americana ofrecía agudas diferencias humanas y geográficas respecto al mundo europeo, y el *Derecho común*, allí dominante, por mucho que tratase de acomodarse, se le creaba una tensión como quizá nunca se había presentado al Derecho.

Hubo que empezar por legislar con *exclusividad* para las nuevas tierras, y si bien los instrumentos legales ordinarios: Cartas reales, Reales provisiones, Reales cédulas, Reales decretos, etc., continuaban idénticos, el contenido tuvo que adaptarse a las nuevas circunstancias, así como crearse instituciones nuevas como la Casa de la Contratación de Sevilla y el Real y Supremo Consejo de las Indias. Al mismo tiempo, las antiguas instituciones, por razón de las peculiares circunstancias, entre las que hay que contar la no despreciable distancia del núcleo de gobierno, necesitaban agilidad de adaptación, con lo cual, siendo idénticas en el fondo y en la forma, se americanizaron.

Una manifestación abundante de esta realidad, es la rica legislación que emana de las medidas tomadas por los virreyes y gobernadores para sus extensas jurisdicciones territoriales, así como sus *bandos* y *ordenanzas,* a lo que hay que unir las importantes Provisiones y Autos Acordados de las Reales Audiencias, y, a nivel local, la actividad normativa, fecunda por cierto, de las Actas de los Cabildos. Es todo el conjunto al que denominamos *Derecho criollo*.

Si unimos, pues, la abundante legislación metropolitana, a la surgida en territorio americano, nos encontramos con una realidad jurídica admirable, en un

momento en que históricamente se está produciendo una auténtica transformación, pues se sale de la Edad Media, se inicia el Renacimiento y se descubre un Continente. Conjunto de realidades que repercuten, sin duda, en la vieja estructura económico-social europea, o mundo occidental.

Admira ver a un pueblo como el castellano, y con él los demás reinos peninsulares, recién salidos de una pelea de siglos con los musulmanes para recuperar su territorio, con una lógica concepción guerrera de la vida, y, sin embargo, con una capacidad jurídica para integrar la mayor porción del nuevo continente. Dígase lo que se quiera, no cabe duda que desde el punto de vista del Derecho, fue -como hoy se dice- un gran *desafío* realizado con bastante dignidad, como puede reconocer toda persona experta. Por eso no sorprende el saber -opinión de García-Gallo- que las leyes metropolitanas se calculan en un millón, a las que debemos unir posiblemente otro tanto, emanadas del propio territorio, o *Derecho criollo.*

Es absurdo querer ver toda la extraordinaria realidad americana con simple visión económica.

3. Recopilaciones

Ante semejante aluvión legislativo, explicable, pues no se trató como se creyera en principio de unas islas, sino de unos territorios que podían incluir varias veces a la engreída Europa, se impuso muy pronto la necesidad de coordinar, revisar y, de ser posible, recopilar tan abundante material normativo. El problema no sólo se había vuelto para los lugares de recepción, sino también para el mismo Consejo de Indias, al no saber exactamente qué estaba en vigor y qué no estaba. Vamos a referirnos, brevemente, a los intentos más relevantes.

La primera manifestación en tal sentido, por iniciativa del Virrey Luis de Velasco en Nueva España, México, se le encarga al Oidor Vasco de Puga realice tarea tan importante en ese virreinato, y así aparece en 1563. Con sus deficiencias, fue instrumento inicial útil que se usará en posteriores tareas similares.

Otro buen esfuerzo lo realizó desde el mismo Consejo de Indias López de Velasco entre 1562 y 1570, al lograr un extracto de más de nueve mil disposiciones. Es la llamada *Copulata,* de gran valor, por precisar las normas vigentes y las ya revocadas o en desuso.

Decisivo hubiera sido, de lograr realizarse, el intento de Juan de Ovando, 1567-1575, nombrado por Felipe II primero visitador del Consejo de Indias y luego Presidente, por plantear ya en toda su envergadura una recopilación de leyes que abarcaba siete libros. Lamentablemente no pudo realizarse el empeño de ese gran jurista que fue Ovando y, como se verá en su momento, sí se dictaron

varias Instrucciones Generales y Ordenanzas de gran trascendencia en su empeño de dar solidez al gobierno de las Indias.

De suma utilidad y sentido práctico resultó, y nos sigue resultando, el empeño tenaz de un funcionario del Consejo de Indias, Diego de Encinas, al publicarse en 1596 el esfuerzo de su trabajo en cuatro volúmenes, habiendo consultado más de doscientas cincuenta mil disposiciones, para entresacar dos mil cuatrocientas setenta y dos normas vigentes del Consejo.

Por propia iniciativa, León Pinelo en Lima, así como el entonces Oidor de Lima Solórzano Pereira, se habían planteado recopilar al Derecho vigente, y así lo iniciaron. Ya en el Consejo de Indias, León Pinelo a las órdenes de Aguiar y Acuña, se trabaja cara a una recopilación total de las leyes.

De ahí surgen los *Sumarios* de Aguiar y Acuña, pero en realidad de León Pinelo, anunciando los nueve libros que serían los volúmenes de la Recopilación.

Muerto Aguiar y Acuña se le encarga a León Pinelo la preparación de la Recopilación, y así lo realiza, entregando su trabajo en 1635, revisado por Solórzano Pereira por ese entonces miembro del Consejo de Indias. Pinelo no logra ver publicada la *Recopilación de las Leyes en los Reinos de Indias,* que aparecen en 1680 bajo el reinado del último de los austrias, Carlos II, y figurando como autor Fernando Jiménez de Paniagua. Hoy sabemos con precisión algo que hasta 1992 habíamos ignorado, aunque se sospechaba: la *Recopilación* de 1680 es la realizada por León Pinelo, como ha publicado Sánchez Bella, y Paniagua lo que hizo fue completar y añadir a última hora lo realizado por Pinelo. La *Recopilación* ha venido a quedar como la recopilación oficial de las leyes de Indias, con todos sus grandes aciertos y sus defectos. Es la visión global que nos ha quedado de uno de los grandes esfuerzos del Derecho por ordenar la sociedad.

El intento posterior de recopilación, el *Nuevo Código* que deseó realizar Carlos III en 1792, no logra hacerse realidad.

4. ¿Por qué tan abundante legislación?

Es la pregunta que se hace Antonio Dougnac, y que nos ha parecido de interés luego de todo lo dicho. El autor se responde a sí mismo con dos razones: la una, dice, es por el estilo de legislar castellano, enormemente casuístico; y la otra, por la necesidad de la Corona de organizar un mundo nuevo. Estamos de acuerdo, pues en forma global, esa es la realidad.

A nuestra generación contemporánea se le hace sumamente difícil el comprender, sin una buena cultura del pasado: la lentitud que ocasionaba la inmensa

distancia; la limitación que suponía para el gobierno la variedad de clases sociales y sus privilegios; la elementalidad de los medios técnicos y, por tanto, del desarrollo; la falta de experiencia para organizar pueblos primitivos, etc. Por mucho que se hubiera aprendido en la Península al ir incorporando territorios durante la Reconquista, y da origen al casuismo normativo, problema éste que en América se agudizaba mayormente, por la descomunal extensión, la incomunicabilidad de unos lugares a otros y la variedad de territorios a incorporar. Entre nosotros, sin ir más lejos, entre Quito y Guayaquil podían separarlos habitualmente ocho días, si no era en invierno, que podía ser de quince días o un mes. Y entre Guayaquil y Lima los comerciantes tardaban entre sesenta y noventa días. Al mismo tiempo que las variantes humanas y geográficas, aun hoy, deben tenerse muy en cuenta. Era el Derecho, por tanto, el que tenía que equilibrar dichas variantes, y, por consiguiente, caer en el casuismo.

En un intento de solución, como muestra de la buena voluntad legislativa, se recurre a algo muy impropio de la ley, que debe ser estable y crear seguridad, y se legisla permitiendo se rechace lo dispuesto, al concederse el *recurso de suplicación* al recibir la norma en el lugar determinado, y puedan indicar lo inoportuno de lo que se haya dispuesto, y sugerir la solución adecuada. Esto, que los no juristas han tergiversado, es lo que expresaba la fórmula: "la ley se acata pero no se cumple", se acata por respeto a la autoridad del que legisla, en este caso el rey, y se suspende su aplicación hasta que llegase la nueva norma con las sugerencias dadas, o se ratificaba lo dicho, por ser lo conveniente.

A las distintas peculiaridades indicadas que hacían muy compleja la situación del legislador, cabe añadir la actitud de los receptores o aplicadores de las leyes, no siempre voluntariosos, sino más bien rebeldes por sus agudos individualismos. Por otro lado, la autoridad central metropolitana no quiere que se le escape de las manos el gobierno -larga fue durante toda la Edad Media europea la lucha entre monarcas o poder central, y la nobleza o señores comarcanos, para ahora caer en algo similar y tan distante-, así que la solución era evidente: que la legislación sea constante, abrumadora, y hasta inestable por el momento.

Así se legisla por más de medio siglo, hasta superar los individualismos de los conquistadores, se centraban las instituciones, y el gobierno tomaba las riendas definitivamente.

Con una pizca de ironía, nos atrevemos a decir: Si el Estado moderno contando con una técnica cada día más avanzada, con una intercomunicación mundial sorprendente, con unas fuerzas de seguridad capaces de hacer aplicar la ley... Y en tantos lugares nuestros, estamos como estamos, ¿qué podría hacer el legislador de hace 500 años?.

5. Los naturales

Este es un gran capítulo americano que veremos despacio más adelante.

De momento sabemos que ha sido, y en algunas regiones como la nuestra, sigue siendo gran campo de batalla de tratadistas y *aficionados.* Los pragmáticos anglosajones, en el norte del Continente, lo resolvieron con prontitud: acabaron con todos los indios y sus bisontes. Los castellanos, sin embargo, movidos por el gran sentido trascendente de la vida que les informaba, aplicaron, también, su sentido práctico: ganarles a la fe verdadera, y, por supuesto, como todo el mundo en todos los tiempos, enriquecerse cada uno lo mejor que pudiera. Siguiendo su ancestro de fusión de razas típico de la Península Ibérica: griegos, fenicios, cartagineses, romanos, godos y musulmanes, ahora tocaba fundirse con los naturales americanos -se prohibió la llegada de mujeres a América-. Por eso, dígase lo que se quiera, los hispanos nunca han sido racistas. Otra cosa, que algunos confunden, es el ser clasistas, el sentirse todos hijosdalgos en América, *por individualistas*.

Desde el comienzo de la política regia castellana en América, iniciada por Isabel la Católica hasta la Independencia, a pesar del regalismo borbónico del siglo XVIII, la posición definida e inalterable de la legislación, es la defensa incondicional de los naturales. Si la realidad práctica manifiesta en ocasiones una actitud diferente, puede decirse categóricamente que fue producto de la discrepancia entre Derecho y conductas privadas o particulares.

En nuestra opinión siempre hemos visto clara la razón de dicha dicotomía: Derecho por una parte, y actuar en la práctica de algunos, aunque fueran bastantes, pero no de todos.

Durante la Baja Edad Media y más en su final hasta el descubrimiento de América, como se ha visto por la doctrina dominante de la época, el ocupar territorios de infieles y desposeerles de sus territorios y derechos, era lo admitido. Hoy nos parecerá una barbaridad, pero así era. Tal vez por estas razones, cuando en 1500 Isabel la Católica declara que todos los naturales de las Indias eran *vasallos,* como todos los demás de sus reinos -*aunque siempre con la condición jurídica de cada uno-,* se ha creado jurídicamente un enfrentamiento de concepciones y esto no sólo en Castilla, pues era muy poca la consideración que en Francia se tenía con los labriegos, igualmente o peor eran los *Lazzaroni* en Italia, los mineros en Alemania, en la propia Castilla -y peor en Aragón- con los *siervos de la gleba.* Por consiguiente era muy distinta la *mentalidad práctica* que traían los castellanos al llegar a América, y encontrarse con los indios, ante los cuales, por el desnivel de siglos de cultura, el más indigente de aquellos se consideraba muy superior a estos.

Es evidente que el Derecho pedía y exigía un trato que contrastaba con lo que la mayoría pensaba y sentía. Pero el Derecho fue tenaz e insistente, trató de crear instituciones adecuadas de control por las que se logra bastante, y una buena demostración es que ahí está el mestizaje, con fallas que siempre son más llamativas que los aciertos.

Fue la Iglesia, los misioneros y tantas gentes de buena voluntad, quienes se enfrentaron con la concepción del Derecho común medieval dominante, y de la mano del Derecho natural ganaron la batalla doctrinalmente y, con el tiempo, bastante también en la práctica.

El tema, hay que reconocer que es difícil, si no se quiere enfocar superficial o sectariamente, como hacen algunos. A nosotros nos impresiona leer lo que dijera en Buenos Aires el erudito analista de las antiguas civilizaciones, como lo ha sido Toynbee, quien expresó que cuando más estudiaba el período de América que nos ocupa: "más admiro la labor realizada por la Corona, por su éxito en mantener a los conquistadores bajo control. Los conquistadores eran codiciosos, crueles y valerosos. Eran también valientes. Eran, en consecuencia, formidables, y admiro a ambos, a la Corona y a la Iglesia, por haber tratado a los indígenas como seres humanos". "Es lo que permitió desarrollar en América -según Lewis Hanke y su compatriota Rodiger Schott-: una sociedad en que las costumbres, las ideas y la tecnología europea causaron un cambio radical en la vida de los nativos, de la religión, dando lugar a lo que ha sido llamado el mayor cambio cultural de todos los tiempos".

6. Literatura jurídica

Entre los tratadistas del Derecho indiano, es común hacer una referencia constante a la riqueza de la literatura jurídica que tuvo esta época, por los autores y las obras de gran calidad que se encuentran desde el siglo XVI en adelante. Tal como ha destacado Schäfer en un estudio exhaustivo del Consejo de Indias, en general se enviaron a América oidores seleccionados de las mejores Universidades, y en bastantes ocasiones competentes juristas y experimentados magistrados, que demostraron una gran capacidad profesional y técnica. Buena prueba de ello son el conocimiento ya preciso que tenemos de bastantes bibliotecas particulares conservadas en los distintos países americanos.

Dentro de la simplificación que damos a nuestras lecciones de clase, bástenos recordar figuras de relieve por todos reconocidos. Valga en primer lugar la personalidad de Juan de Solórzano Pereira, máximo tratadista indiano, oidor en Lima -en el Archivo Nacional de Quito se conservan alegatos y dictámenes del ilustre jurista-, autor primero en latín De *indiarum iure*, que luego ampliado en castellano titula *Política Indiana*, obra cumbre de la literatura jurídica americana. Posiblemente puede seguirle de inmediato León Pinelo, con sus abundantes

obras y, fundamentalmente, el gran artífice de la *Recopilación de las leyes de Indias,* hoy ya con criterio seguro luego del hallazgo y publicación hecha por Sánchez Bella. Otros autores familiares, y de consulta frecuente, serían, por ejemplo, sin ser exhaustivos: Matienzo, Gaspar de Escalona y Agüero, Juan Polo de Ondegardo, José de Veitía y Linares, etc. Cualquier alumno estudioso que desee enriquecer este elenco, lo encontrará bastante completo en la obra de Dougnac.

Por su participación entre nosotros, Real Audiencia de Quito, tenemos figuras relevantes como nuestro primer Presidente, Hernando de Santillán al tratar sobre los indios y su Derecho; los oidores Diego de Zorrilla y Aguiar y Acuña, al preparar el primero una recopilación de las Leyes de Indias, y el segundo, ayudado por León Pinelo, los *Sumarios* previos a la Recopilación de 1680; estuvo entre nosotros Hevia Bolaños, autor de la *Curia Filípica*; Pedro Frasso; el Obispo Alonso de la Peña Montenegro con su extraordinario *Itinerario para párrocos de indios*, publicado en nuestro IX volumen del Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano; el compatriota Fray Gaspar de Villarroel; el Presidente de la Audiencia Dionisio de Alcedo y Herrera; Matías Lagúnez; Nicolás Matías del Campo y de la Rynaga, etc.

7. Identidad del Derecho indiano

Hoy es opinión común el aceptar que en la Edad Moderna, desde finales del siglo XVII, poco a poco se fueron delimitando las distintas ramas del saber, y así en la Historia, como en tantos campos científicos, aparecieron las especializaciones, llamándose en nuestro caso: historia de la economía, del arte, de la medicina, del Derecho, etc. Y ahora, muy propio de nuestro tiempo contemporáneo, y por la peculiaridad tan específica y valiosa de la realidad americana, hemos matizado dentro de la Historia del Derecho, la *Historia del Derecho Indiano.* Por supuesto hemos de admitir y respetar el criterio de historiadores generales, y aun de historiadores del Derecho, que no estén acordes con la terminología *de Derecho indiano,* o de Derecho específico de las tradicionales *Indias*, pero no de los *indios*, como por ignorancia pudiera entender alguien. Una figura tan valiosa como la de Lewis Hanke, de paso por Quito, me manifestaba el no estar de acuerdo.

La posición de quienes cultivamos y difundimos la peculiaridad del Derecho indiano dentro de la Historia del Derecho, es porque consideramos que la riqueza de la legislación, jurisprudencia, costumbres y doctrina, que globalmente estructuraron el conjunto del sistema jurídico por más de tres siglos en las llamadas Indias Occidentales o América, tiene tal cuerpo y contenido que bien merece trato particularizado.

Tanto es así, que la idea no tiene su origen exclusivo en algún que otro especialista de la investigación histórico-jurídica de una u otra parte del Atlántico, sino que un nutrido núcleo de especialistas destacados, de América y Europa, en 1966 crean en Buenos Aires el *Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, el cual en sesiones trienales ininterrumpidas de sus Congresos en distintos países de América y Europa, se aproximan ya a los dos millares de monografías especializadas sobre las diferentes instituciones americanas del período.

Si bien en terminología paralela, y poco precisa, se usa también la expresión *Derecho colonial* o período colonial, al referirse a los siglos de dominio hispano-portugués de la mayor parte del Continente americano y Filipinas, posiblemente dicha terminología tiene fundamento político-sociológico a raíz de la Independencia. Es evidente, como ya destacó el ilustre historiador del Derecho argentino, Ricardo Levene en una valoración precisa, el referido dominio de las tierras americanas, no se adapta al posterior concepto de colonia o colonial, por el hecho patente de que Castilla y Portugal consideraron como único e idéntico territorio el peninsular como el americano. Esto no ocurre con las colonias europeas del siglo XVIII en adelante.

La demostración de lo dicho, es el hecho de que determinados documentos, como por ejemplo las *Provisiones* que enuncian los reinos que componen la Corona, el rey se titula: rey de Nueva España (México), del Perú, de Nueva Granada (Colombia), de Chile, de Quito, etc., junto a: de Castilla, León, Aragón, Navarra, etc. De ahí, que por iniciativa de Levene, la Academia de la Historia Argentina el 2 de octubre de 1948 declarase que: "Las Indias no eran colonias". Pues el concepto *colonia* usado política y jurídicamente es distinto al que tenían los territorios americanos. Que en la terminología contemporánea de los historiadores y autores en general se aplique el término colonia, es una simple imprecisión de léxico.

B. UN NUEVO CONTINENTE

1. Castellanos y Portugueses

Aunque sea con la mayor brevedad posible, pues ya tenemos referencias anteriores, merece la pena recordemos el clima previo al descubrimiento de América, por explicarnos el espíritu de aventura que dominaba en ambos pueblos. Sus audacias acabaron, afortunadamente, en dos grandes hallazgos: el uno, encontrar la ansiada vía al Oriente, interrumpida por el dominio musulmán; y el otro, de dimensiones descomunales, fue el descubrimiento de un Nuevo Continente. Algo que se dice muy sencillamente, pero que conmovió y enriqueció en todo sentido al engreído Occidente.

El reciente reino portugués, librado de la lucha contra los musulmanes, pudo permitirse, desde el primer momento, las aventuras marineras, y así fomenta una expansión que será admirable en el tiempo. Su objetivo es bien preciso: llegar a Oriente, que el poderío turco había interrumpido para los cristianos. Como observa Dougnac, la cómoda y aburguesada sociedad europea no estaba dispuesta a renunciar a las ricas telas y especias que el Oriente les facilitaba. Además, podía ser un pingüe negocio. Si a esta realidad unimos el espíritu aventurero, comprendemos muy bien las incursiones portuguesas por el Atlántico.

A su vez, marinos andaluces, en una continuidad con la tradición africana de la Península, no sólo incursionaban por el norte africano, sino que también se deslizaban, por la costa atlántica. Esto, evidentemente, ocasionaba continuos enfrentamientos entre marinos portugueses y castellanos. Los monarcas portugueses vieron que no les convenía semejante situación. Decididos a ir adelante por la costa africana, abrigaban el convencimiento de no estar muy lejano el extremo africano.

Portugal ya había logrado buenas ventajas de sus incursiones africanas, al aplicar con profusión la práctica del *salteo,* que así se llamaba al caer sobre los *infieles* de las costas, esclavizarlos y expandir su dominio sobre nuevos territorios y, de convenir, establecer factorías mercantiles. Lo curioso, dirá García-Gallo, es que "nadie parece haber sentido escrúpulo alguno en ello, y lo lucrativo de la empresa explica la reiteración de las *armadas* organizadas con este fin". Los castellanos, en lo que podían, no quedaron atrás.

La situación, como tenemos ya sabido, se volvía cada vez más conflictiva, debido a que tanto portugueses como castellanos reclamaban derechos sobre las distintas islas Canarias. Si bien la negligencia de Enrique IV de Castilla en 1455 había cedido sus derechos a Juan II de Portugal, revocó su decisión en 1468, con lo cual el conflicto continuaba. Isabel, por supuesto, no estaba dispuesta a ceder derecho alguno. Así la situación, los Reyes Católicos y el monarca portugués deciden dar fin a tal realidad de hecho, y, de acuerdo, firman el *Tratado de Alcáçobas* en 1479 ratificado en Toledo el 1480, y confirmado por el Papa Sixto IV por la Bula Aeterni regis de junio de 1481. Los portugueses podrían moverse libremente por las costas hasta 100 leguas de las Azores y los castellanos quedan dueños de las Canarias y del mar hacia Occidente, de aquí que veremos a los Reyes Católicos titularse "*Señores de las mares océanas*".

Cuando Colón parta de las Canarias y descubra lo que él denomina las Indias, Portugal trató de interferir reclamando derechos, pero tanto Colón de paso por Portugal, como los Reyes Católicos, dejarán bien claro que se partió de las Islas Canarias hacia Occidente. Y aunque Portugal vio que no tenía razón, buenos y sagaces diplomáticos, consiguieron que la línea de las 100 leguas acordada en

Alcáçobas, ahora pasase a 370 leguas en el Tratado de *Tordesillas* de 1494, por el que sin imaginarlo ninguno de los dos países le correspondería el Brasil a Portugal. Tratado confirmado por la Santa Sede por la *Bula Eo que pro bono pacis* de 1506.

2. Inicio del Derecho Indiano

a) Colón

Sirva de aclaración, aunque el hecho en sí sea evidente ayer y hoy, que si una persona *oficialmente* se vinculaba a un reino, para una misión determinada, el desarrollo o consecuencias de esa misión eran del reino que se lo encargaba, por consiguiente, el que Colón fuera de origen genovés, en nada alteraba su misión castellana.

Según nos consta, la convicción y seguridad de Colón sobre el camino a seguir hacia la India por Occidente, era tan firme, que trató de convencer en varias Cortes, entre ellas Portugal, Inglaterra, Francia, sin éxito alguno, hasta que por fin lo logró con Castilla. Buen marino, argumentó con tenacidad, pero posiblemente contaba en su contra algo que, para su tiempo, era de mucho peso: no se pertenecía a la nobleza, lo cual le presentaba en las distintas Cancillerías como un aventurero ambicioso de poder y renombre, pues exigía unas ventajas muy exuberantes en el caso de lograr éxito en su misión, lo cual todavía hacía más desconfiable acceder a sus pretensiones.

En 1485 desembarca Colón en Palos, de allí pasa a la Rábida donde los religiosos le creen y le sirven con su influencia sobre la Reina Isabel, pero los Reyes Católicos están muy absorbidos por la conquista de Granada, último baluarte musulmán en la Península. Trata entonces con los duques de Medinaceli y Medinasidonia, quienes ven la empresa desproporcionada para ellos. De Córdoba sale desanimado e intenta de nuevo tratar con el rey de Portugal, pero parece ser que éste le juega poco limpiamente, pues mientras duran sus conversaciones el rey ha mandado un barco hacia el Occidente, pero por suerte e indignación para Colón se entera del fracaso absoluto de esa expedición.

De nuevo regresa a Castilla en 1492. La reina Isabel de lleno absorbida en su conquista de Granada, y, sobre todo, con opiniones adversas a Colón de la mayoría de sus consejeros, incluso del mismo Fernando su esposo, rechazó de nuevo a Colón, pero convencida por unos pocos de sus consejeros, hace regresar a Colón, que se marchaba defraudado una vez más.

b) Capitulaciones de Santa Fe

Por fin ha ganado la constancia de Colón, y en el Campamento de Santa Fe, frente a Granada, donde residen los monarcas, se firman las famosas *Capitulaciones de Santa Fe* el 17 de abril de 1492.

Capitulación era un instrumento jurídico específico por el cual los monarcas, y un particular, celebraban esa especie de contrato en que ambas partes se comprometían en determinadas cláusulas que proponían. Instrumento jurídico particular por la desproporción de las partes: los monarcas -derecho público- y el particular -derecho privado-. En sí, siempre suena a riesgo para la parte privada. Luego del Descubrimiento de las Indias Occidentales, que así se llamarán para Castilla, los monarcas usarán con frecuencia las capitulaciones para contratar los territorios a conquistar, la fundación de ciudades, la construcción de fortalezas, etc. con distintos capitanes que se arriesgarán en América.

Las *Capitulaciones de San Fe* tiene un interés especialisímo para el historiador del Derecho. En primera instancia es la piedra angular de lo que va a ser el sistema jurídico indiano. Y, en segundo lugar, se está contratando sobre un territorio que no se sabe si existe. Algo que en Derecho, por sí siempre preciso y concreto, ahora no tiene fundamento.

En cuanto a las expresiones contenidas en el documento hay dos frases que han dado base a una abundante literatura de los autores: *"lo que ha descubierto en las mares Océanas*", que según el sentido literal parece que Colón afirma conocer la realidad del territorio que va a descubrir. Sin embargo el texto general está en la línea del desconocimiento. La otra frase, que parece tener más sentido por el Tratado de Alcáçobas, es que los Reyes Católicos se declaran *"Señores que son de las dichas mares océanas"*.

Pero vayamos a lo esencial de las Capitulaciones: se nombra a Colón *Almirante, Virrey y Gobernador General* de todos los territorios que se descubran. En cuanto al almirantazgo, que se concede a Colón y a sus herederos, está equiparado al Almirante de Castilla, vinculado a la familia de los Enríquez. Cabe decirse, pues, que está claro el oficio; y las secuelas económicas, son más o menos las mismas de su homólogo castellano. El oficio de *Virrey* no tiene tradición alguna en Castilla, por lo tanto va a quedar en suma ambigüedad, por mucho que se haya dicho que sí existía en el reino de Aragón. Algo similar ocurre con el oficio de *Gobernador General*. Una sencilla realidad de lo que acabamos de decir, es que a los pocos días, en el Privilegio rodado del 30 de abril en que los monarcas ratifican, y de hecho nombran en sus oficios a Colón, ya al *Gobernador General* le suprimen el término *General,* y se queda como Gobernador. Y es que para el mismo Colón lo que le interesa sobre todo es ser Almirante, como siempre le llamarán los reyes: nuestro *Almirante de las Indias.*

En cuanto a las atribuciones judiciales anexas a las funciones de gobierno de Colón, no son más que continuidad de la tradición judicial castellana, en que gobierno trae anexo el poder judicial. El estar facultado para proponer ternas y demás, para los distintos oficios, es ya concesión que los reyes hacen a Colón, como consecuencia de la plenitud de gobierno que suponía el ser Virrey y Gobernador.

c) Descubrimiento y posesión

Realizado el viaje, y conseguido el objetivo de Colón aquel afortunado 12 de octubre para la Historia, de regreso, Colón pasa por Portugal. El monarca portugués le expresa que el nuevo descubrimiento se ha realizado en su territorio, pero Colón, y luego los monarcas castellanos, dejarán muy claro que se salió en la ruta hacia el Occidente desde las Canarias y, por consiguiente, de acuerdo con el Tratado de Alcáçobas. El asunto quedará zanjado entre las dos coronas por el *Tratado de Tordesillas*.

Colón, de acuerdo con las formalidades de la época, tomó posesión de las tierras descubiertas y dejará, incluso, un asentamiento en la Española. Es decir, de acuerdo con el *Derecho* vigente en todo el Occidente, el *Derecho común*, legítimamente se apropiaba *territorio de infieles*. Por consiguiente: logrado el descubrimiento y tomada posesión, la Corona castellana era legítima y soberanamente dueña de las nuevas tierras, lo cual será ratificable por la Santa Sede según el Derecho internacional dominante, como lo habían sido los Tratados de Alcáçobas y Tordesillas.

Anexo: Capitulaciones de Santa Fe y Privilegio Rodado

Por la importancia de los documentos, transmitimos los textos de las *Capitulaciones de Santa Fe* y el *Privilegio rodado* de 17 y 30 de abril de 1492, contenidos en la monografía del Profesor Alfonso García–Gallo en *Los orígenes de la administración territorial de las Indias,* páginas 94-99:

I 1492 abril, 17. Santa Fe

Capitulaciones de los Reyes Católicos con Colón

Las cosas suplicadas e que vuestras altezas dan e otorgan a don Christoval de Colon en alguna satisfacion de lo que ha descubierto en las mares Oçeanas, y del viage que agora, con el ayuda de Dios, ha de fazer por ellas en servicio de vuestas altezas, son las que se siguen:

1. Primeramente, que vuestras altezas, como sennores que son de las dichas mares Oceanas, fazen dende agora al dicho don Christoval Colon su almirante en todas aquellas islas y tierras firmes que por su mano o industria se descubrirán o ganaran en las dichas mares Oceanas para durante su vida, y despues del muerto, a sus herederos e succesores de uno en otro perpetualmente, con todas aquellas preheminencias e prerogati[v]as pertenecientes al tal officio, e segund que don Alfonso Enriquez, quondam almirante mayor de Castilla e los otros sus predecessores en el dicho officio lo tenian en sus districtos. Plaze a sus altezas. Johan de Coloma.

2. Otrosí, que vuestras altezas fazen al dicho Christoval su visorey e governador general en todas las dichas tierras firmes e yslas, que, como dicho es, el descubriere o ganare en las dichas mares, e que paral regimiento de cada huna e qualquiere dellas faga el election de tres personas para cada oficio, e que vuestras altezas tomen y scojan uno, el que mas fuere su servicio, e assi seran mejor regidas las tierras que nuestro Sennor le dexara fallar e ganar a servicio de vuestras altezas. Plaze a sus altezas, Johan de Coloma.

3. Item, que de todas e qualesquiere mercadurias, siquiere sean las piedras preciosas, oro, plata, specieria e otras qualesquiere cosas e mercadurias de qualquiere specie, nombre e manera que sean, que se compraren, trocaren, fallaren, ganaren e hovieren dentro en los limites del dicho almirantadgo, que dente agora vuestras altezas fazen merced al dicho don Christoval, e quieren que haya e lieve para si la dezena parte de todo ello, quitadas las costas todas que se fizieren en ello, por manera que de lo que quedare limpio e libre, haya e tome la dicha decima parte para si mismo, e faga della a su voluntad, quedando las otras nueve partes para vuestras altezas. Plaze a sus altezas. Johan de Coloma.

4. Otrosi, que si a causa de las mercadurias quel trahera de las dichas yslas y tierras que assi como dicho es se ganaren o descubrieren, o de las que en trueque de aquellas se tomaran aqua de otros mercadores, naciere pleyto alguno en el logar dondel dicho comercio e tracto se terna y fara, que si por la prehemiençia de su officio de almirante le pertenecera conocer del tal pleyto, plega a vuestras altezas que el o su teniente, e no otro juez, conozcan del tal pleyto, e assi lo provean dende agora. Plaze a sus altezas, si perteneçe al dicho officio de almirante, segunt que lo tenia el dicho almirante don Alonso Enriquez quondam, y los otros sus antecessores en sus districtos, y siendo justo. Johan de Coloma.

5. Item, que en todos los navios que se armaren para el dicho tracto e negociacion, cada y quando y quantas vezes se armaren, que pueda el dicho don Christoval Colon, si quisiere, contribuyr e pagar la ochena parte de todo lo que se gastare en el armazon, e que tambien haya e lieve del provecho la ochena parte de lo que resultare de la tal armada. Plaze a sus altezas. Johan de Coloma.

6. Son otorgadas e despachadas con las respuestas de vuestras altezas en fin de cada hun capitulo, en la villa de Sancta Fe de la Vega de Granada a XVII de abril del año del nacimiento de Nuestro Señor mil CCCCLXXXXII. –YO EL REY.- YO LA REYNA.- Por mandado del Rey e de la Reyna, Johan de Coloma.

II 1492 abril, 30. Granada

Privilegio rodado nombrando a D. Cristóbal Colón, Almirante, Virrey y Gobernador de las islas y tierras firmes que descubra.

DON FERNANDO E DOÑA ISABEL, por la gracia de Dios, Rey e Reyna de Castilla, de Leon, de Aragon, de Sevilla, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galitzia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Xaen, de Los Algarbes, de Alxeciras, de Xibraltar e de las Islas de Canarias; Conde e Condesa de Barcelona; señores de Vizcaya e de Molina; Duques de Athenas e de Neopatria e de Gociano, etc., etc.

En el nombre de la Sancta la Trenidad e Eterna Unidad Padre, Hixo, e Espyritu Sancto, tres personas enteramente dystintas e una esencia devina que vive e reina por siempre sinfin; e de la Bienaventurada Virgen gloriosa Santa María, Nuestra Señora, su Madre, a quien Nos tenemos por Señora e por abogada en todos los nuestros fechos e onrra e gracia suya; e del Bienaventurado Apóstol Señor Santiago, luz e espexo de las Españas, Patrón e guiador de los Reyes de Castilla e de León, e ansi onrra e gloria de todos los otros Santos e Santas de la Corte celestial. Porque aunque según puede el ome complidamente conoscer, qué cosa es Dios, por el mayor conoscymiento que dél puede aber, puedelo conoscer leyendo e contemplando sus maravillas e obras e utylidades, e fizo e face de cada día; pues que todas las obras por su poder son fechas, e por su saber e su bondad, nuestras e con nuestras xentes, ciertas yslas e tierra firme en la mar Océana, e sespera que con la ayuda de Dios se descobriran e ganaran algunas de las dichas yslas e tierra firme en la dicha mar Océana, por vuestra mano e yndustria; ansí, es cosa xusta e razonable que pues os exponeis al dicho peligro por nuestros servycio, seades dello remunerado.

E queriendoos onrrar e facer merced por lo susodicho, es nuestra merced e voluntad, que vos, el dicho Xrisptobal Colon, dempues que fayades descobierto e ganado las dichas yslas e tierra firme en la dicha mar Océana ó cualesquier dellas, que seades nuestro Almirante de las dichas yslas e Tierra firme que ansi descobriéredes e ganáredes; e seádes nuestro Almirante e Visorrey, e Gobernador en ellas; e vos podades dende en adelante llamar e yntitular Don Xrisptobal Colon; e ansi vuestros hixos e subcesores en el dicho ofycio e cargo, se puedan yntitular e llamar Don, e Almirante, e Visorrey e Gobernador de las dichas Indias, yslas e tierra firme, que ansi descobriéredes e falláredes, por vos e por vuestros logares–tenientes; e oyr e librar todos los pleytos e cabsas ceviles e creminales tocante al dicho ofycio de almirantadgo e visorrey e gobernador, segund parescéredes por derecho e segun lo acostumbran usar e exercer los Almirantes de nuestros reynos; e podádes punir o castigar los delincuentes,

e usedes de los dichos ofycios del almirantadgo e visorrey e gobernador, vos e vuestros dichos logares–tenientes, en todo lo que los dichos ofycios e cada uno dellos, es anexo e concerniente; e que ayades e llevedes los derechos e salarios a los dichos ofycios e a cada uno dellos, anexos e concernientes e pertenecientes, segund e como los lleva e acostumbra llevar el nuestro Almirante mayor en el almirantadgo de los nuestros reynos.

E por esta nuestra carta o su treslado signado describano público, mandamos al pryncipe Don Xoan nuestro muy caro e amado hixo, e a los Infantes, Duques, Prelados, Marqueses, Condes, Maestres de las Ordenes, Priores, Comendadores, e los del nuestros Consexo e Oydores de la nuestra Abdyencia; Alcaldes e otras xustycias qualesquier de la nuestra Casa e Corte e Chancylleria, e a los Subcomendadores, Alcaydes de los castillos e casas fuertes e llanas, e a todos los Consexos e Asistentes, Rexidores, Alcaldes, Alguaciles, Merinos, Veinte e quatros xurados, Escuderos e omes buenos de todas las cibdades e villas e logares de los nuestros reynos e señoríos, e de lo que vos conquistáredes e ganáredes; e a los Capitanes e Maestres e Contramaestres e ofyciales marinos e xentes de la mar, nuestros súbditos e naturales que agora son e serán de aqui adelante, e a cada uno e a cualesquier dellos, que seyendo por vos descobiertas e ganadas las dichas yslas e tierra firme en la dicha mar Océana, e fecho por vos o quien vuestro poder obiese el xuramento e solennidad quen tal caso se requiere, vos hayan e tengan dende adelante para en toda vuestra vida, e dempues de vos á vuestro hixo e subcesor, e de subcesor en subcesor, para siempre xamas por nuestro Almirante de la dicha mar Océana, e por Visorrey e Gobernador de las dichas yslas e tierra firme, que vos el dicho Don Xrisptóbal Colon descobriéredes e tomáredes; e usen con vos e con los dichos vuestros logares–tenientes, quen en los dichos ofycios de admirantadgo o visorrey e gobernador, posieredes en todo lo a ellos concerniente, e vos rindan e fagan rendir con la quytacion e derechos e otras cosas a cada una dellas que por razon de los dichos ofycios de Almirante e Visorrey e Gobernador, debédes aber e gozar, e vos deben ser guardadas tan bien e complidamente, en guisa que vos non mengue ende cosa alguna, e quen ello nin en parte dello, embargo nin contradycion alguna, vos non ponga nin consientan poner, ca Nos, por esta nuestra carta, dende agora para entonces, vos facemos merced de los dichos ofycios de almirantadgo e visorrey e gobernador por xuro deredad, para siempre xamas, e vos damos la posecion e casi posecion dello, e cada uno dellos, e poder e abtoridad para los usar e exercer e llevar los dichos salarios a ellos e a cada uno dellos anexos e pertenecientes, segund e como dicho e.

Sobre lo qual todo que dicho es, si nescesario vos fuese, e si lo vos pydieredes, mandamos al nuestro Chanciller e Notario, e los otros ofyciales questán a la tabla de los nuestros sellos, que vos den e libren, e pasen e sellen nuestra carta de prevylexio o treslado, la mas fuerte e firme e bastante que le pydieredes e obieredes menester. E los unos nin los otros, non fagades nin fagan ende al por alguna manera, so pena de la nuestra merced e de diez mill maravedís para la nuestra Cámara a cada uno que lo contrario fyciere. E demas, mandamos al ome questa nuestra carta mostrare, que los emplaze, que parezcan ante Nos, en la nuestra Corte do quier que Nos seamos, del dia que los

emplazare en quince dias primeros syguientes, so la dicha pena; so la qual, mandamos a cualquier escribano público que para esto fuere llamado, que dende al que se le mostrare testymonio signado con su signo, porque Nos sepamos como se comple nuestro mandado.

Dada en la cibdad de Granada e trienta dias del mes de Abril año del Nascymiento de Nuestro Salvador Xesucristo de mill e quatruscientos e noventa e dos años.- YO EL REY.- YO LA REYNA.- -Yo Xoan de Coloma, escribano del Rey e de la Reyna nuestros señores, la fice escrebir por su mandado.- Acordada en forma.- Rodero, Doctor.- Rexistrada.- Sebastian de Olano e Francisco de Madrid, chancilleres.

3. Legitimidad y soberanía de las Indias

a) Justos títulos

El tema ya ha quedado manifiesto en cuanto llevamos visto. Ahora lo afrontamos de lleno, aunque como se ha hecho hasta aquí, brevemente.

La cuestión se volvió compleja durante el siglo XVI, y la abundante doctrina al respecto se conoce como problema de los *justos títulos*.

Como sucede en no pocos temas debatidos por la doctrina de la época, el magisterio sagaz del Profesor García-Gallo también en este caso lo ha expuesto claramente. Para él, y así es la realidad, la dificultad debe enfocarse bajo un doble aspecto: posición del Derecho común dominante, y criterio manifiesto en las Bulas Pontificias del primer instante.

La polémica se reavivó en nuestro siglo cuando en 1916 el profesor de la Universidad de Lieja, Hernán Van den Liden, demostró que la *data* de las Bulas Pontificias no correspondían a las oficialmente expresadas en dichos documentos. Sacándose conclusiones múltiples y variadas consecuencias de tal hecho, de nuevo se dio una literatura abundantísima. Como no afecta a lo esencial que tratamos, baste la información, pues todos sabemos que en el complicado trámite de determinados documentos, el que se ponga la fecha inicial o final de su trámite, es algo que ha ocurrido y posiblemente seguirá ocurriendo.

Ya sabemos que, según el Derecho común vigente en Castilla y en toda Europa en el instante del Descubrimiento de América, el territorio en poder de infieles podía ser anexado legítimamente por un príncipe cristiano, y no reconocer Derecho alguno y esclavizar a sus habitantes. Fue la política seguida por Portugal en las costas occidentales de Africa. Hoy nos podrá parecer absurdo, pero así era. Ya entre los griegos, figuras tan relevantes como Platón, y particularmente Aristóteles, habían manifestado que los hombres capaces, o intelectualmente superiores, debían gobernar y regir a los menos capaces.

Por otro lado, desde el siglo XIII tomó cuerpo la que se conoce como *doctrina teocrática*. Esta corriente doctrinal surgida entre los canonistas llegará hasta el primer cuarto del siglo xvi, y sobre la base de que todo poder viene de Dios, se concluyó que Cristo, Mesías y Redentor del género humano por su Encarnación, era el Señor y Soberano de la tierra en quien se centraban todos los poderes. Esto que en el terreno estrictamente espiritual es claro y evidente, se aplicó al orden temporal, a pesar de que el mismo Jesucristo dejó bien preciso a los fariseos, que trataron de involucrarle en asuntos temporales, que *dieran al César lo que era del César y a Dios lo que era de Dios*.

Como siempre en el suceder histórico, hay que colocarse en ese instante, pues el hecho de llegar a ser una corriente de pensamiento mayoritario, tuvo como fundamento una sociedad eminentemente religiosa, producto de una larga evangelización de los pueblos europeos salidos del paganismo.

Naturalmente el efecto en la práctica fue, que los reinos ya cristianizados e incorporados de lleno a la cultura occidental, tenían muy en cuenta la ley divina y la ley natural rectamente aplicadas, y los monarcas o príncipes son coronados o posesionados de acuerdo con tales principios. Tanto es así, que incluido el Emperador de Occidente era coronado por el Romano Pontífice, y si en su gobierno trataba de soslayar dichas normas, era excomulgado, lo que le ocasionaba el rompimiento del *vasallaje* de los príncipes a él sometidos, y aun la destitución, caso de no rectificar su conducta. La consecuencia de todo lo dicho es lógica: el Papa, Vicario de Cristo en la tierra, es el único que podía legitimar el ejercicio de la autoridad y el poder temporal de los príncipes.

La doctrina expuesta no fue solo una teoría, sino que su aplicación es manifiesta en distintos lugares durante los siglos XIII a XV. Por nuestro interés, vamos a entretenernos en el caso Portugal, por el paralelismo que de inmediato ofrecerá con Castilla.

Portugal al ocupar territorios en la costa occidental de Africa quiere evitar la interferencia de los castellanos, con quienes de inmediato se le cruzan. Para zanjar el problema recurre a la Santa Sede, y el Papa Nicolás V en 1454 le concede la Bula *Romanus Pontifex* por la que confirma la soberanía de las tierras descubiertas y autoriza su conquista, excluyendo, por supuesto, a cualquier otro príncipe. Una nueva Bula se consigue Portugal, esta vez concedida por Calixto III, es la *Inter caetera* de 1456, por la cual se ratifica la soberanía, y se le indica evangelizar el territorio para lo cual, incluso, se le conceden las facultades correspondientes en la esfera religiosa, y, por último, en lo que a nosotros sirve, el Papa Sixto IV da la Bula *Aeternis regis* en 1481, por la que se ratifica todo lo anteriormente concedido y el contenido del Tratado de Alcáçobas entre Portugal y Castilla, por el que las Canarias quedan para Castilla que no podrá incursionar hacia el Oriente, pero que le deja libre hacia el Occidente.

Hoy, transcurridos cinco siglos, es muy cómodo para nosotros comprobar, que los pasos dados por Portugal en las costas africanas, a las que aplica con naturalidad el criterio internacional dominante sobre territorio de infieles, sin preocuparle demasiado la evangelización, pues su idea es encontrar el camino a la India, fue algo predispuesto para la fácil solución castellana sobre los territorios americanos.

b) Bulas castellanas

Tan pronto el sagaz Fernando el Católico tiene noticia del éxito de Colón -febrero de 1493- consigue de inmediato de la Santa Sede la ratificación de la legitimidad y dominio de los territorios descubiertos por las Bulas fechadas en 3 y 4 de mayo.

¿Antes del regreso de Colón trataría el rey Fernando con la Santa Sede? No se sabe. ¿La rapidez de la solución fue por ser un Papa español? Tampoco tiene mayor fundamento, pues fuera quien fuese el Papa sólo aplicaba el criterio seguido por la Santa Sede. Lo que parece razonable, es que Fernando se movió con suma diligencia, dada la importancia del asunto, y que la Santa Sede tenía dadas las Bulas a Portugal que en sentido idéntico se solicitan ahora para Castilla, por consiguiente el habitual quehacer burocrático quedaba minimizado, y la rapidez en la expedición de las Bulas podría muy bien justificarse por este criterio.

En concreto ¿qué solicitan los Reyes Católicos al Papa Alejandro VI? Es muy sencillo: **1.-** Se les conceda la soberanía sobre las tierras descubiertas, y este es el contenido principal de la primera *Bula Inter caetera* de 3 de mayo; idéntica en lo esencial a la *Romanus Pontifex* de Nicolás v a Portugal en 1454. **2.-** Con base en la anterior, evangelizar a los naturales y concesión de las facilidades para realizarlo, es lo que concede la Bula *Eximiae devotionis* del 3 de mayo; idéntica, también en lo esencial, a la *Inter caetera* de Calixto III a Portugal en 1456. 3.- Se precisa y ratifica el espacio en que los Reyes cumplirán lo dicho en las dos Bulas anteriores, será el contenido de la segunda Bula *Inter caetera* de 4 de mayo; idéntica en sus líneas generales a la portuguesa *Aeterni regis* de Sixto IV de 1481.

En conclusión, la Corona española no ha hecho más que seguir, casi al pie de la letra, el criterio general dominante en ese momento, y la Santa Sede aplicar la solución seguida en casos anteriores. Tanto es así, que no hay la más mínima protesta, ni rechazo de los demás príncipes cristianos, ni reticencias de autor alguno en sus escritos, pues era la doctrina enseñada en las Universidades en materia de Derecho público.

Las demás Bulas que a continuación de las tres fundamentales se concedieron, complementan detalles para la buena evangelización y colonización de los nuevos territorios. Entre ellas destaca, por las consecuencias prácticas que se darán, la Bula *Universalis Ecclesiae* de 1508 al concederse a los monarcas el *Patronato Universal* sobre las Indias, que en su momento referiremos.

c) Crisis de los justos títulos

Cuando todo parecía seguir su curso normal en América, y desde Santo Domingo se iban dirigiendo las exploraciones y expansión de las nuevas tierras, un domingo, el tercero de Adviento, 14 de diciembre de 1511, en la homilía de la Misa a la que asistía el Virrey Diego Colón, y con él lo más representativo en las Indias, el dominico Fray Antón de Montesinos, con palabras muy duras para los españoles, reprocha el mal trato que se estaba dando a los naturales. Cuando el domingo siguiente el dominico no rectifica, sino que ratifica lo dicho anteriormente, el asunto es tomado ya en serio por el Virrey, que informa a Fernando *el Católico*, por haber muerto ya Isabel y estar como Regente de todos los reinos por la incapacidad de su hija Juana.

En un primer instante el Monarca Católico reacciona indignado, pues, buen gobernante como era, había tratado de enfocar el gobierno de las Indias con responsabilidad y buen criterio, siempre bajo el asesoramiento de capaces consejeros. Pronto reflexiona, y bien informado de todo lo que sucede, dispone se realice una *Junta* de juristas y teólogos, para que le den una adecuada solución al problema. La *Junta*, luego de más de un año de deliberaciones, buena muestra de las discrepancias y dificultades del asunto, ofrece lo que conocemos como *Leyes de Burgos* de 1512-1513, asombroso cuerpo legal de carácter social para aquella época, que ha causado siempre la admiración de los estudiosos de todos los tiempos. En su momento haremos nueva referencia.

En el fondo, y sin haberlo pretendido, vino a plantearse por primera vez la licitud y legitimidad de la presencia en la Indias, y si los monarcas castellanos tenían Derecho o no a dominar y gobernar aquellas tierras y a sus hombres. Se vio con claridad, en las largas deliberaciones de la *Junta* que, de acuerdo con el Derecho común vigente: se había descubierto el territorio y tomado posesión formal de él; que la Santa Sede lo había confirmado; que los infieles eran realmente inferiores según el criterio clásico aristotélico; que la evangelización, requisito puesto por la Santa Sede, debía ser apremiante por las costumbres y vicios antinaturales, que llegaban en algunos sitios hasta los sacrificios humanos; que por todas estas razones, de poner resistencia a la conversión, la guerra sería justa; que se debía defender de la tiranía de los gobernantes a los naturales sujetos a semejantes aberraciones; etc. Como conclusión, además de las leyes dichas, se decidió preparar un documento, el famoso *Requerimiento*, que redactó un gran jurista como lo era Palacios Rubios, el cual debía leerse a los aborí-

genes por los capitanes antes de ocupar las tierras, para que supieran las razones por las que pasaba a regirles un nuevo Señor, los reyes de Castilla, a los que debían obedecer en adelante.

d) Las Casas y Vitoria

Uno de los primeros encomenderos de América, en un cambio radical de su vida, entra a formar parte de una orden religiosa, se hace dominico, y se convierte en el más tenaz seguidor de la tesis iniciada por Montesinos, este es el padre Las Casas, desde ese instante el gran defensor de los indios, posteriormente nombrado Obispo de Chiapas, para que pudiera realizar allí el ideal de su generosa y esforzada predicación.

Las Casas, como es de sobra conocido, se enfrentó con un calor y fogosidad sorprendentes, contra la estructura trazada y seguida con los *naturales.* Pero nosotros ahora, desde la perspectiva de la Historia del Derecho, nos interesa destacar lo esencial de su aporte. Ya se ha visto que según el Derecho común el proceder respecto a los naturales, a nadie creaba la más mínima inquietud, fuesen españoles o europeos, por tratarse de *infieles,* equivalente a bárbaros o salvajes carentes de derecho, y por consiguiente incapaces y esclavizables. Para los grandes maestros de la Sorbona, como John Mayor, citado por todas partes a principios del siglo XVI, y con él todos los más prestigiosos tratadistas de la época, ese era el trato que se aplicaba a los infieles. Lo asombroso es que un teólogo de gran calidad y Maestro General de los frailes dominicos, Cayetano, que como tal conocía muy bien lo que ocurría en América por sus religiosos, cuando en sus escritos se refiere al *infiel*, sigue el criterio y clasificación tradicionales.

Las Casas tiene el gran mérito de haberse enfrentado con el Derecho común dominante y, siguiendo la tradición de su orden, y en particular de esa figura cumbre, como lo era Tomás de Aquino, aplica el *Derecho natural*, y con él pone el fundamento para destacar el valor y dignidad de la persona humana, y en este caso del indígena americano. Escribe con profusión libros doctrinales y polémicos. Su gran oponente es Ginés de Sepúlveda, quien mantiene con tanta firmeza como Las Casas, el sentido aristotélico y dominante del concepto de *infiel.* El rey, primero el Emperador Carlos y luego su hijo Felipe, así como en general la alta administración del Estado, implícitamente, están con Las Casas. Tanto es así que a Las Casas se le protege, se le oye y se permite libremente la publicación de sus obras, mientras no le sucede lo mismo a Ginés de Sepúlveda, a pesar de ser el cronista oficial de Carlos V. Las Casas está perplejo ¿por qué no se aplica en la práctica su doctrina, cuando parece ser que todo el mundo está de acuerdo con él? Habrá que esperar a Vitoria, el gran maestro de Salamanca, dominico también como Las Casas, para que se aclare la incógnita.

Francisco de Vitoria estudió en la Sorbona de París, no llegó a ser discípulo de John Mayor, pero si del discípulo de éste Pedro de Bruselas. El alto nivel de la Universidad parisina puso la base a la formación del gran talento de Vitoria, que va a desplegar con brillantez en la Universidad de Salamanca, la cual con otros destacados profesores tendrá repercusión en Europa.

Dos famosas *reelecciones* de Vitoria, dictadas en clase el año de 1539 -en pleno enfrentamiento Las Casas-Sepúlveda-, son ampliamente comentadas por todas partes en su tiempo, nos interesan aquí particularmente: *Relectio prior de indis recenter inventis*, y De *iure belli.*

El maestro salamanquino da la solución al suspenso que Las Casas no acabó de centrar: El *Derecho natural* para Vitoria, y a diferencia de Las Casas, debe aplicarse a los indios y a los españoles *igualmente*, y por supuesto a todos los hombres, pues Las Casas se polarizó de tal manera a favor de los indios, que dejó de lado a los españoles, negros, mestizos, etc. Y ahí está la razón por la que toda la maquinaria administrativa vio con recelo su actitud, y no acababa de adherirse a sus empeñosas argumentaciones. Vitoria, sin embargo, aplica plenamente la doctrina iusnaturalista, de tal modo que da origen -y ahí está su gran mérito- a través del Derecho de gentes, a un verdadero Derecho internacional, que luego desarrollarán la Escuela racionalista holandesa con Hugo Grocio, Püfendorf, etc.

Otro aspecto sumamente importante en Vitoria es el relacionado con los *justos títulos* visto anteriormente. Para Las Casas siempre tuvo valor la concesión de las Bulas Pontificias, solamente que hasta 1542 admite su valor plenamente, y a partir de ese momento cambia para él su sentido, y tal concesión pontificia queda sólo como un "principio supremo y superioridad imperial a las Indias", que no suprime el poder a los gobernantes o señores de los naturales. Mientras para Vitoria, el sentido tradicional de las Bulas pierde su sentido, al someter a crisis la *doctrina teocrática*, y sustituirla, según el Derecho de gentes, por unos nuevos títulos distintos a los anteriores, que justifican la presencia ibérica en las Indias.

La crisis de la doctrina teocrática, por la cual vimos que la Santa Sede intervenía como árbitro en asuntos temporales de los reinos, recibe su primera crítica ya con John Mayor, se agudiza con Pedro de Bruselas, y definitivamente es rechazada, al dividirse la cristiandad de Occidente con la revuelta protestante. Vitoria, sea por lo escuchado en el período parisino de su formación universitaria, o por propia reflexión como maestro, concede al Papa un primado plenamente espiritual sobre la cristiandad, pero niega su competencia o conveniencia de intervención en cuestiones temporales. Por consiguiente, rechaza el valor de la concesión pontificia como justo título en la posesión de las Indias, y ofrece nuevos *justos títulos*, que, por su contenido, y de acuerdo con su visión del De-

recho de gentes, llevaría a las siguientes conclusiones: debe haber sociedad e intercomunicación entre indios y españoles, con libertad de movimiento en su territorio; debe predicarse con libertad el Evangelio, para darles la verdad que ignoran; debe haber una protección garantizada a los conversos; pueden los naturales elegir voluntariamente a un príncipe cristiano; pueden hacerse tratados de alianza con el príncipe cristiano; y si es que se da ausencia o incapacidad de parte de los naturales, habría razón para gobernarles; etc.

e) Conclusión

En medio de las discusiones siempre enfrentadas entre Las Casas y Ginés de Sepúlveda, con nuevas Juntas o encuentros para hallar un consenso, que no se alcanzó por supuesto, llega el reinado de Felipe II. Más afortunado que su padre el Emperador, en lo que se relaciona con los aspecto tratados. En 1567 encargó una *Visita General* del Consejo de Indias a un hombre de gran valor y competencia jurídica, como lo fue Juan de Ovando, al que luego de realizada la Visita se le nombra Presidente del Consejo. Ovando, luego de poner en evidencia las grandes fallas que se han dado en el gobierno de las Indias, prepara una recopilación general de la abundante legislación indiana. Lamentablemente, por varias circunstancias, y entre ellas el deceso del mismo Ovando, no se logró ese gran intento recopilador.

Pero no hay duda que se dio un gran paso en la organización americana, y se dieron unas valiosísimas *Instrucciones* sobre varias cuestiones importantes que trataremos en su momento. Sirva ahora destacar, por ejemplo, el que se suprima definitivamente el término *conquista* que por supuesto continuaba ampliándose, y se sustituye por el de *pacificación.* Y en relación a los justos títulos que nos han ocupado, se da valor a la concesión pontificia -como seguirá oficialmente hasta la Independencia-, pero junto a los títulos habituales del Derecho, como lo eran el descubrimiento y posesión, por referirnos a los esenciales.

Cuando a mediados del siglo XVII, alejadas ya las viejas polémicas, el gran jurista indiano Solórzano Pereira haga referencia, en crítica aguda, a los *justos títulos*, dirá en la *Política Indiana* que ninguno de ellos separadamente tenía valor absoluto, pero que todos juntos eran definitivos. Nombrado Consejero del Consejo de Indias, y encargado de revisar la Recopilación preparada por ese otro gran jurista que era León Pinelo, ratificará el criterio de éste que es el que queda en la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de Carlos II en 1680:

Ley 1a., Título 1o., Libro III: Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano, descubiertas y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla.

SIB-UCE

C. REALIDAD INDÍGENA

1. Ambientación previa

Pretender abordar el tema indígena en los territorios hispano–portugueses, pasados dos siglos de Independencia, en que Latinoamérica empieza a contar seriamente en el concierto universal de las naciones, es meterse en un avispero.

Avispero por ser tema polemizado, en un cruce de defensas y ataques, de complejos y suficiencias, de orgullos y vergüenzas. Sociólogos, políticos, historiadores, literatos... Cada uno ha dicho lo que le ha venido en gana, y no siempre con la información manejada seria y científicamente.

Pretender aquí y ahora dar al estudiante universitario un resumen objetivo, cuando viene prejuiciado de la Primaria y de la Secundaria, se vuelve un intento poco esperanzador. Pero hay que hacerlo, por el bien de la enseñanza y para estimular a la reflexión.

Al adecuar esta reflexión entre futuros profesionales del Derecho, y quizá algunos sean verdaderos juristas, vamos a limitar todo lo referente a los indígenas, en el período indiano, a lo estrictamente histórico-jurídico, que es lo propio de nuestra materia.

La realidad constatable y documentalmente asequible, es que desde Isabel la Católica hasta la Independencia, la legislación oficial o del Estado, es una permanente preocupación de que el trato a los naturales o indígenas sea humano, lo más justo posible, para que se les incorpore a la civilización contemporánea y se les haga partícipes de la fe verdadera, a la vez que se fomente la fusión de razas. Aspecto éste último tan firmemente decidido, que se prohibe lleguen mujeres a América, salvo familiares de funcionarios, con el fin de que se facilite el mestizaje, como de hecho sucederá dando origen a una nueva raza.

Si nuestro tema se quisiera abordar con mentalidad actual, supondría querer ignorar la realidad histórica. Han transcurrido cinco siglos, y la noción y práctica de los derechos humanos hay que entenderla acorde con aquel tiempo. Aunque la cultura humana, y racionalización del pensamiento, aceleró sus pasos desde el Renacimiento a principios del siglo XVI, en Occidente se da un agudo individualismo, con gran afán de poder y enriquecimiento que fácilmente desemboca en egoísmo. Si a esto unimos el sentido de aventura que tienen las tierras americanas; el verse superiores a los naturales; verse ante riquezas vírgenes; extensiones territoriales desconcertantes y una naturaleza tan vigorosa, hace que en conjunto se multipliquen más los problemas.

Pues ante tantas dificultades se enfrentó el Derecho, para crear un verdadero sistema jurídico coherente, que ha sido el origen de un par de docenas de sistemas jurídicos nacionales, dándoles el fundamento básico cara al futuro, algo que se echa de menos en el Continente africano y parte del asiático.

2. Alcance y contenido del término "infieles"

Anteriormente quedó claro el concepto de *infiel*, pero dada su importancia en el descubrimiento de América, y para integrarlo en la visión general de los indígenas, lo ampliamos un poco más.

Dos son los planteamientos doctrinales que predominan durante la Baja Edad Media.

El uno, desarrollado principalmente por la filosofía del siglo XIII conocida como Escolástica, cuya figura cumbre fue el dominico Tomás de Aquino, profesor de la Sorbona de París. Su importancia y valor es grande, por el prestigio y continuidad, en el tiempo, de su filosofía aplicada a la teología. Pensamiento que es ampliamente comentado por los grandes teólogos y moralistas del siglo XVI, varios de ellos padres conciliares en Trento. Lo esencial de la doctrina, es que todo hombre, por el hecho de serlo, y como ser racional, es hijo de Dios, ha sido redimido por Jesucristo, goza, por naturaleza, de voluntad libre y, por consiguiente no es esclavizable. El infiel, como el creyente cristiano, gozan de los mismos derechos en cuanto personas, no es lícito se le someta a servidumbre alguna que pueda atentar a su libertad y dignidad humana. Y es deber de la Iglesia el tratar de acercarle a la fe verdadera.

Un segundo enfoque, mayoritario entre los tratadistas de concepción político–moralista al finalizar la Edad Media, apoya su doctrina, inicialmente, en el pensamiento clásico de griegos y romanos: el hombre menos capaz, debe someterse al capaz. Esta corriente predomina desde el siglo XIII hasta las dos primeras décadas del siglo XVI en que inicia su declive. La tesis afirma que el infiel carece de derechos y por consiguiente pueden ser despojados de sus bienes, de su territorio y del propio gobierno. Es decir, son esclavizables y es lícita la guerra de no aceptar voluntariamente su evangelización. El Romano Pontífice, Vicario de Cristo, Rey de reyes, es reconocido como el único competente para conceder el dominio de territorios de infieles a los príncipes cristianos.

Más aun, llega a sostenerse por algunos autores, que los príncipes cristianos, sin confirmación Pontificia, pueden ocupar territorios de infieles por el hecho de su infidelidad, y considerarlos jurídicamente como *territorios vacos*.

De acuerdo con esta segunda posición, tanto portugueses como castellanos ocupan territorios en el Norte y Occidente del Continente africano.

Portugal, como sabemos, deslizándose por las costas occidentales de África las va ocupando, en su afán de encontrar paso hacia la India. Simplemente informa a la Santa Sede, y obtiene de ella declaraciones de estar enterada. Así sucede en 1436, 1443 y 1452. Los portugueses están aplicando respecto a los africanos el más estricto sentido de *infiel, al tener a la Iglesia desinformada* respecto a la condición de los negros, de quienes dan a entender que se trata de mahometanos, dando origen a lo que posteriormente será la trata de esclavos.

En Canarias, sin embargo, tanto portugueses primero, como castellanos después, por la información que los misioneros han facilitado a la Santa Sede, ésta declaró libres a los canarios por el Papa Eugenio IV en 1434, criterio que ratifica una real cédula de Isabel y Fernando en 1477.

Por lo demás, en la Península Ibérica, desde la invasión musulmana el 711, una buena parte de la mano de obra servil son los cristianos esclavizados, pasando a lo contrario de manera que los cristianos recuperaron sus territorios ambas partes manejan con igual criterio el concepto de *infiel.*

Todo lo dicho, escuetamente, serían los precedentes inmediatos al descubrimiento de América.

3. Capacidad del indio

No es verdad que en algún momento se dijese, seriamente, que el indio americano era incapaz por naturaleza, o algo equivalente que llevara a negar su racionalidad. De ser esto cierto, en la mentalidad contemporánea, hubiera tenido como corolario afirmar la carencia de alma. La realidad misional desplegada dice, por sí misma, todo lo contrario. Tal vez, la libertad absoluta de expresión que se permitió y fomentó en las Indias, ha podido dar pie, entre autores poco informados, a que se sacara una afirmación semejante.

Lo que sí se encuentra en el período inicial y de expansión, como lo fue el siglo XVI, que autores o cronistas por su carácter, o experiencias personales, manifiesten que los naturales eran bárbaros, irracionales, embrutecidos, etc. Ahí habría que recurrir al contenido de la pregunta de Levillier en su magnífica obra sobre Francisco de Toledo: ¿de qué indios se habla?: indios eran los *terestas* y *tahinos* de Cuba, mansos y hospitalarios; indio, el *caribe* antropófago; indio, el *totmí* primitivo, que vivía en cuevas; indio el salvaje *jíbaro*; indio, el *uro,* más pez que hombre que vivía en las aguas del Titicaca; indio, el artístico picapedrero *maya,* y el orfebre *chibcha*, y el sabio legislador *incaico*, y el delicado ceramista *yunga*, y el tejedor *coya*; indio, el heroico *azteca*, y el canibalesco *chiriguano*, y los indómitos *diagnitas* y *araucanos;* indios, el tímido *jurí*, el nómada *hele* y el sedentario *comechigón* y el fiero *guaraní*... Y variaban las inteligen-

cias, las crueldades y mansedumbres, los tonos de piel, las lenguas, los ritos y las teogonías.

Es decir, generalizar sólo se puede muy relativamente, pues la variedad era múltiple, como en ese resumido cuadro presenta Roberto Levillier. Piénsese que sólo en Sudamérica se calculan 1.500 pueblos y lenguas diferentes. Mientras el encuentro con uno de esos grupos podía ser estimulante, con otros podía ser desesperante. Por eso las valoraciones de los indios pueden ir de un extremo al otro. Llámese visión Las Casas o Fernández de Oviedo.

Desde el primer día de los europeos en América, se pone en evidencia el contraste anterior. ¿Habrá capacidad de convivir juntos? ¿Podrán integrarse en la civilización Occidental? ¿Podrán recibir las enseñanzas de la verdadera fe? Y las preguntas podrían volverse interminables. Se daba, además, una falta de experiencia colonizadora de semejante volumen, todo se quería resolver y comprobar en muy poco tiempo, cuando las tradiciones y modos de ser de los pueblos y razas se forjan en siglos. Esto mismo sigue ocurriendo hoy, con autores e historiadores modernos, que como en aquel tiempo juzgan sin reflexionar demasiado.

Tampoco cabe prescindir, guste o no guste, de la realidad religiosa que vive y trae el español de aquel instante. Fundida a la vez con formalismo, pasión e individualismo, que nos explican tantas contradicciones.

Y en cuanto a valorar objetivamente la realidad de los indígenas: capacidad, aporte, potencialidad, realizaciones, cultura, etc., es algo que ayer y hoy se mueve entre apreciaciones que no acaban de salir de las tinieblas. Pues comprobamos cómo países similares al nuestro, en que todavía la presencia indígena es actual con casi dos siglos de Independencia, y sin embargo los gobiernos nacionales no acaban de encontrar las soluciones oportunas.

Posiblemente ahora se entienda mejor aquel sentir personal del primer virrey de Nueva España, don Antonio de Mendoza, considerado por todos como un buen gobernante, al intentar dejar un criterio a su sucesor sobre la polemizada condición de los indios. Le sugería no dar mayor crédito a quienes los calificaban de buenísimos y ajenos a cualquier mal; ni tampoco el calificarles de ruines e incapaces de mejora. Hay que tratar a los indios -decía- como a las demás personas y no hacer reglas y regulaciones especiales para ellos. Existen pocos hombres en estas partes que no estén movidos, en opinión de los indios, por algún interés, sea temporal o espiritual, o por alguna pasión o ambición buena o mala.

4. Sobre la libertad

Colón, eufórico ante el descubrimiento, ya de regreso escribe cartas desde las Canarias y Lisboa a dos íntimos de la Reina Isabel, al escribano Santángel y al tesorero Gabriel Sánchez. Con todo el optimismo del caso, Colón les informa de las muchas riquezas que podrá ofrecer a los Reyes con el nuevo descubrimiento. Y cómo una más de dichas riquezas, nada despreciable en aquella época, cree poder traer cuantos esclavos se quiera para abastecer los mercados europeos, o que con ellos se pueda contar con *"esclavos para la marina cuantos quisieren"*. Colón, como todo contemporáneo, se mueve en la opinión dominante del Derecho común: ser normal esclavizar a los *infieles*.

Con tal criterio general dominante, la primera remesa de indios llega en 1495, los indios que dócilmente se sometieron quedaron libres, pero a los que ofrecieron resistencia Colón los trajo como esclavos. Es así como los Monarcas el 12 de abril de 1495 distribuyen los naturales traídos, y los entregan a distintas personas como pago que debían tener pendiente. Entre estas personas, por ejemplo, al almirante Juan de Lezcano.

Pero la Reina Isabel cae en cuenta, inmediatamente, que los nuevos territorios han sido concedidos por la Santa Sede para ser evangelizados, y se pregunta si será lícito o no el poder vender a sus naturales como esclavos. Con una diferencia de cuatro días, el 15 de abril de 1495, los Reyes disponen que se reúna una Junta de letrados, teólogos y canonistas, para que dictaminen sobre la cuestión. Mientras los juristas y demás cumplan el encargo, por su parte los Reyes dan orden a Fonseca, encargado de todos los asuntos relativos al Nuevo Mundo, para que afiance -se den garantías convenientes según derecho- a quienes han recibido los indios, hasta saber qué dictamina la Junta.

La tal Junta, a pesar de las continuas sesiones y deliberaciones -lo cual muestra la complejidad del tema para aquellas gentes-, no dan su dictamen hasta el año 1500. Se ha perdido el dictamen, pero no la resolución inmediata que lo aplica. Los Reyes, por la real cédula del 20 de junio de 1500 declaran la libertad de los indios de acuerdo con el dictamen de la Junta. Esta real cédula dirigida al *contino* Pedro de Torres, responsable del depósito que se hizo de todos los indígenas, ordena bajo pena de muerte se entreguen a Francisco de Bobadilla que los Monarcas envían a los Indias, y los naturales regresen a su tierra.

La decisión es tan trascendental, que nuestro ilustre historiador del Derecho Indiano, Rafael Altamira, conmovido, lo expresa como sigue*: Fecha memorable para el mundo entero, porque señala el primer reconocimiento del respeto debido a la dignidad y libertad de todos los hombres, por incultos y primitivos que sean: principio que hasta entonces no se había proclamado en ninguna legislación, y mucho menos se había practicado en ningún país.*

Desde ese instante, como consignará el propio Las Casas, los Monarcas castellanos son celosos defensores de la libertad de los indios. El 2 de diciembre de 1501 dan un trato durísimo al conquistador Cristóbal Guerra, por haber llegado a su noticia el mal trato que había dado a los naturales. También en 1505 disponen que paguen tributos como los demás, por ser vasallos de la Corona, pero que se les ponga un tributo moderado. Las instrucciones que se dan al Gobernador Nicolás de Obando, luego del fracaso de Bobadilla, es en particular que se cuide el buen trato de los indios, se sancione a quienes no cumplan tales indicaciones, pues son *"nuestros buenos súbditos e vasallos"*.

En 1504, el famoso *Codicilo* del testamento de Isabel, recalca y recomienda a su Marido y a su hija Juana: que su principal intención al acudir al Papa Alejandro VI, fue procurar inducir y traer a los pueblos de las Indias a la fe católica; enviar prelados, religiosos y otras personas devotas y temerosas de Dios, como se expresa en las Bulas de concesión; y suplica al Rey y a su hija, *"este sea su principal fin... y no consientan... reciban agravio alguno en las personas y bienes"*.

Las únicas excepciones a la libertad, de acuerdo con el Derecho de la época, son: contra los antropófagos (1503); que sea resultado de guerra lícita (1504); o sean indios que anteriormente conste eran esclavos, es decir, adquiridos en *rescate* (1506).

Este proceder general de la Corona, que se mantendrá hasta la Independencia, es alterado en la práctica al chocar la conducta de las personas y el Derecho. Es más bien un problema de orden sociológico, que sólo puede ser estudiado con la mentalidad de la época.

El primer chispazo del enfrentamiento que acabamos de destacar, ocurre en 1511 cuando Montesinos denuncia el atropello causado a los indígenas de la Española. De ahí surgieron las *Leyes de Burgos*, que en principio dieron solución. Pero no fue así, la dificultad iba a tener mucho más fondo de lo que se pensó. Era un choque cultural de siglos de diferencia.

En 1530 ya no se permitió la esclavitud ni por guerra, era un adelanto de lo que dispondrían las *Leyes Nuevas*. En 1541 igualmente se prohibe adquirir esclavos indios por *rescate,* o esclavos de los mismos indios. Son las *Leyes Nuevas* de 1542 las que prohiben *totalmente* la posibilidad de esclavos indios, sea por guerra, rebelión o rescate. La única excepción que perdurará es la de canibalismo, y aun en estos casos se reduce a diez años, como ocurre con los *pijaos* de Popayán.

Se responsabiliza a las Audiencias de la vigilancia en la materia, y así pasa a la Recopilación de 1680.

Al conocer, como conocemos, las consecuencias prácticas del esclavismo hasta el siglo XIX, los escépticos ante la eficacia del Derecho, deberían pensar en lo que hubiera acaecido con los indios americanos, de no ser tan firme y constante la actitud mantenida, desde el principio al fin, por el legislador indiano.

5. Buen tratamiento

La reina Isabel, informada en 1500 del dictamen de la Junta convocada por ella en 1495, de inmediato ordena regresar a los indios traídos por Colón como esclavos, y declara su libertad como la de los demás *vasallos* de sus reinos -ciudadanos diríamos hoy-. Es la actitud oficial, o de la Corona, que tanto la dinastía de los Asturias como la de los Borbones mantendrán hasta la Independencia.

La idea, incluso formal, expresada por Isabel en su testamento de 1504, puede decirse que permanece: "Suplico al Rey, mi señor, muy afectuosamente, y encargo y mando a la princesa mi hija y al príncipe su marido, que así lo hagan y cumplan, y que éste sea su principal fin, y que en ello pongan mucha diligencia y no consientan ni den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas islas y tierra firme, ganados y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas y bienes; mas manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean".

A partir de este instante, somos testigos de uno de los múltiples choques que en la historia se ofrecen entre Derecho, normatividad jurídica, y conducta práctica de los hombres. A nosotros nos compete, aquí y ahora, limitarnos al campo jurídico.

En general, es abrumadora la continua referencia al buen trato y atención de los indígenas en toda la variedad de la legislación indiana, ya sea de manera directa o indirecta.

Desde que el cardenal Cisneros nombra Protector de los indios al padre Las Casas, la figura del Protector permanece de una u otra forma en el tiempo. Hasta el final del período indiano quizá los más eficaces en este sentido son los Fiscales de las Audiencias, junto a los prelados y religiosos. En un estudio exhaustivo sobre los *Fiscales indianos*, el venezolano Santiago-Gerardo Suárez destaca, a propósito de uno de los tantos Obispos, que "se embarcó en la empresa de hacer cumplir la frondosa legislación amparadora de los naturales, y naturalmente estallan las discordias entre el Ordinario y el Gobernador".

Estas molestias, frecuentes por lo demás, entre los protectores de indios, fiscales, obispos y clérigos con las autoridades y particulares, son fruto del empeño en cumplir la legislación e insistencia de los Monarcas de una parte, y del ego-

ísmo de los particulares que, en el curso de cinco siglos *no vemos todavía equilibrado*. Estamos, como hemos repetido, ante el enfrentamiento de la aplicación del Derecho y su evasión.

Las Audiencias, más controladas por el consejo de Indias, se esforzaron más que los gobiernos locales en sujetarse a las leyes. Según Santiago-Gerardo Suárez, amparan a los indios de dos modos: uno mediante la sustentación de sus causas, denuncias y apelaciones (véase nuestro primer volumen de los *Autos de justicia* -sentencias- *de la Real Audiencia de Quito entre 1620 y 1629)*. Y, el otro, dice Suárez, mediante las visitas de los Oidores, que recorren por turnos el territorio del distrito de la Audiencia. La protección en *estrados* abarca tres aspectos fundamentales. Primero, la protección de la integridad física: malos tratos y vejámenes, ofensas de palabra u obra, abusos contra su familia; segundo, la protección patrimonial: resguardo del justo pago del salario y pacífica posesión de sus tierras; y tercero, la protección moral o atención espiritual.

Son más abundantes de lo que se creen las penas dadas en juicios de residencia de funcionarios, por no cuidar dicho buen trato o proceder negligentemente. Así como salvaguardarse las propiedades comunales y evitar se les haga a los indios despojos de tierras.

Que el legislador está informado de la negligencia con que han procedido las autoridades, lo muestra, entre otras muchas disposiciones, la ley primera, del título primero del libro sexto de la Recopilación de las Leyes de Indias, teniendo en cuenta que estamos ya en 1680: *"Habiendo de tratar en este libro la materia de indios, su libertad, aumento, y alivio, como se contiene en los títulos de que se ha formado. Es nuestra voluntad encargar a los Virreyes, Presidentes, y Audiencias el cuidado de mirar por ellos, y dar las órdenes convenientes, para que sean amparados, favorecidos, y sobrellevados, por lo que deseamos, que se remedien los daños que padecen, y vivan sin molestia, ni vejación, quedando esto de una vez asentado, y teniendo muy presentes las leyes de esta Recopilación, que les favorecen, amparan, y defienden de cualesquier agravios, y que les guarden, y hagan guardar muy puntualmente, castigando con particular, y con rigurosa demostración a los transgresores, y rogamos y encargamos a los Prelados Eclesiásticos, que por su parte lo procuren..."*.

Y si la primera ley del libro sexto muestra el problema, la ley segunda, del título décimo, del mismo libro, ya es acusación directa: *"Grandes daños, agravios, y opreciones reciben los indios en sus personas, y haciendas, de algunos españoles, Corregidores, Religiosos, y Clérigos en todo género de trabajo, con que los disfrutan por su aprovechamiento"*.

Que muchas personas cumplieron bien, no hay duda. Que otros abusaron, es evidente. Desde el punto de vista del Derecho, tal vez podríamos preguntarnos sobre cuántos de nuestros antepasados cumplieron o no con las leyes sobre el buen trato a los indios.

6. Reducciones

Conocida la realidad indígena americana, inmediatamente había que plantear la forma más adecuada de incorporarles a la civilización, tal como se pensaba entonces en Europa. Y aquí se inicia el gran problema del Estado indiano, que en cierto modo continúa hasta nuestros días, donde existen indígenas, como es nuestro caso.

Las primeras experiencias, como es natural, se iniciaron en La Española y demás territorios insulares. El Estado, aprovechando la inexperiencia gubernativa de Colón, tratará de dar soluciones. Se empieza por ver necesario que el indígena, a la vez que se integra a la civilización, se incorpore al trabajo. Pero el indio precolombino no está acostumbrado al trabajo, por la facilidad que le ha dado la naturaleza. Tampoco vivía en poblaciones, sino dispersos. Aquí empiezan las grandes dificultades. El intento en ambos sentidos es, repartir indígenas para que sirvan a los españoles y éstos se responsabilicen en formarles. Pero se comprueba una vez más que el colono de todos los tiempos, que suele ser un aventurero, lo que quiere es que le sirvan y aprovecharse de los inferiores. Por otra parte, el agruparlos en poblados tampoco lo desean los indígenas, y menos les interesa a los primeros conquistadores, que no desean la intervención política y administrativa del Estado.

Las Instrucciones que en 1503 se dan al gobernador Nicolás Obando, encargan fundar *"poblaciones en que los dichos indios puedan estar e estén juntos, segun e como están las personas que viven en estos reinos"*. Pero Obando fracasa. Vendrá luego el escándalo de 1511 provocado por Montesinos. Ya vimos desembocará en las magníficas Leyes de Burgos de 1512–13, una de cuyas indicaciones, la que cree resolver buena parte del problema existente, es el crear las encomiendas. La encomienda, a pesar de su buena intención, pues teóricamente tiene un buen enfoque, agravará más las dificultades.

El Padre Las Casas, en el *Memorial de Recuerdos* que entrega al Regente Cardenal Cisneros, recomienda lo que ya se le indicó al Gobernador Obando. Por esto al enviar Cisneros a los Padres Jerónimos en 1516, a quienes acompaña Las Casas como Protector de los Indios, les ordena buscar lugares sanos y fértiles donde funden pueblos, con casas alineadas en torno a una plaza central con Iglesia, hospital, casa de ancianos y casa del cacique. Los Jerónimos fracasan, como fracasará el sucesor Licenciado Suazo. La idea que en realidad fracasa,

es que el Estado controle la adecuada civilización de los indígenas, su cristianización ordenada y la capacidad fiscal ordinaria.

El gobierno en el Nuevo Mundo continúa titubeante, y así ocurrirá durante el primer medio siglo. Es demasiado agudo el contraste del Nuevo Mundo para un gobierno y legislación tradicionales.

El empeño estatal de concentrar a los indígenas en poblaciones, revive con las nuevas perspectivas que ofrecen dos grandes bloques territoriales, magníficas estructuras americanas: Nueva España (México) y Perú, donde ya se puede hablar de ciudades y pueblos organizados. Al captarse en la Metrópoli la trascendencia de los nuevas tierras descubiertas, de nuevo surge el empeño de integrar a los naturales como a los demás vasallos: que administrativamente sean sujetos de trabajo, y tengan capacidad fiscal, objetivo permanente en todo gobierno.

Cortés ya no fracasa, como se fracasó en el área caribeña, pero se acoge, presionado por sus hombres, al anterior sistema de la encomienda, aunque corrige deformaciones a esa institución. Como no estaba autorizado lo realiza a título de depósito.

El paso, ya de avanzada, se da con la segunda Audiencia de la Nueva España, con el Presidente Fuenleal. Se incorporan pueblos e indios a la Corona, y aparecen los Alcaldes Mayores o Corregidores que, en nombre del Rey, sustituyen las atribuciones de los encomenderos. Las poblaciones indígenas quedan así sujetas al régimen de tutela ejercida por las autoridades. En este sentido se multiplican las reales cédulas y todo el aparato legal, en detrimento de las encomiendas, que a fines del siglo XVI, quedarán definitivamente neutralizadas. En el Perú, aunque este proceso se verá retrasado, por las guerras civiles, los corregidores entran en juego desde el primer momento.

La Iglesia, a través de los Concilios Provinciales, y el empeño de las órdenes religiosas, serán el gran motor de las poblaciones indígenas. Se eligen lugares adecuados con agua abundante y tierras fértiles. Se trazan plazas y calles, se levantan iglesias, se construyen conventos, hospitales, casas para los indios, y se facilitan tierras comunales para pastos y ganados. Todavía hoy en nuestros pueblos y ciudades de la Sierra pueden hallarse todas estas peculiaridades que enriquecen el patrimonio nacional, con artesanías hermosas como lo son: la arquitectura, pintura, escultura y orfebrería.

A semejanza de los pueblos de la Península, estaba la plaza central que servía de mercado y celebraban sus ferias, la iglesia y escuela anexa, el edificio del Concejo, la cárcel y la sala donde se administraba justicia. Las casas se alineaban en forma de cuadras y las calles se entrecruzaban transversalmente. Tenían

su alcalde, alguacil y regidores. Los religiosos no sólo se ocupaban de su bien espiritual, catequesis, fiestas de los patronos, etc., sino también de asuntos temporales, ayudándoles a solucionar sus pleitos, en cuestiones hereditarias, cuidando los enfermos e intercediendo ante las autoridades civiles.

Según nos cuenta el jurista Solórzano Pereira en su *Política Indiana*, los indios tenían sus jueces pedáneos, regidores, alguaciles y demás ministros de justicia. Es el Cabildo indígena, que ejerce su jurisdicción en asuntos de *menor cuantía*. En este mismo sentido cuenta Polo de Ondegardo, principal asesor del Virrey Toledo en el Perú, que por esa vía se resolvieron más de dos mil pleitos entre indios, sin alegatos, juramentos o perjurio de testigos, ni otros obstáculos de la vida jurídica ordinaria. La Recopilación de las Leyes de Indias reguló más tarde con detalle esta práctica judicial indígena.

A los caciques se les concede jurisdicción, aunque no en materia criminal. En nuestra publicación de los *Autos acordados de justicia de la Real Audiencia de Quito*, podrá verse ratificado cuanto llevamos dicho. Son frecuentes las intervenciones de los caciques e indígenas que apelan sentencias de Tenientes y Corregidores de pueblos, y casi siempre en materia de tierras y bienes comunales, las sentencias de la Audiencia son de protección continua a los indígenas.

También Juan Matienzo en el *Gobierno de Perú* muestra a los alcaldes y alguaciles indios cuidando el orden, la limpieza, la adecuada cobranza de tributos, evitando la promiscuidad y que no se coma por calles y plazas, sino en las propias viviendas.

Es decir, la vida de los poblados estaba regulada en todos sus detalles y facetas con el afán de incorporarles a la vida civilizada ordinaria. Lamentablemente en no pocos casos los indígenas eran abusados por los mismos Tenientes, Corregidores y aun por doctrineros. Es el permanente problema de la aplicación del Derecho.

Un caso particular y peculiar de *reducciones*, es el de Paraguay. Los jesuitas logran una eficacia extraordinaria con su iniciativa a principios del siglo XVII. Llegaban a organizar hasta treinta pueblos con independencia total de la autoridad civil. Crean ejemplares unidades socioeconómicas con visión de economía dirigida, desarrollando espléndidamente la producción agrícola y ganadera, a la vez que se compagina con la propiedad privada. Asimismo, dieron gran impulso a la actividad artesanal. Sin lugar a dudas, quedó patente que superando ambiciones políticas y egoístas cortapisas administrativas, se podía lograr un buen impulso económico, cultural y demográfico entre los indígenas.

7. Trabajo

Todos los pueblos, y en todos los tiempos, al tener que subsistir y desarrollarse, han tenido que contar con un elemento indispensable: la capacidad de trabajo de los habitantes, si se quería contar con lo indispensable de un progreso y bienestar. Esto ha llevado en distintos momentos y períodos a múltiples enfoques de la actividad humana, unas veces apoyados en la libre e inteligente aportación del hombre, y otras compulsivamente, atropellando la dignidad personal.

La llegada de los españoles a tierras americanas, junto a los demás problemas de adaptación que se presentaban, estuvo, naturalmente, el del trabajo. El español *hidalgo*, por concepción señorial que traía de la Edad Media, no concebía siquiera ninguna clase de esfuerzo físico; y el *plebeyo,* de verse superior a los indígenas, por la diferencia cultural de siglos de ventaja, alimentó pretensiones señoriales frente a los indios. Como ha dicho Zorraquín, esto suponía un *magno conflicto*.

La Reina Isabel, gran defensora de los indios, abriendo esa gran brecha de ventaja para el futuro, considera normal el ordenar la necesidad de incorporar los indígenas al trabajo. Debía enseñárseles a cultivar los nuevos productos de la tierra, así como las variedades de animales, que desconocían. Pero muy pronto se observa, que un buen número de españoles, como todos los aventureros, están llenos de ambición de riqueza, pero son portadores de una cultura más avanzada, que plantea una gran transformación de orden económico, el cual los indígenas no pueden comprender. Y no sólo esto, sino que por hábito ancestral y riqueza de la naturaleza, no son nada propensos al trabajo esforzado, y menos al organizado.

Frenada la idea de esclavitud por el criterio oficial de la libertad, van a tener que buscarse soluciones. Había que compaginar el fin fundamental de evangelización, con el de colonizar. Por otro lado, el Estado carece de recursos para afrontar la conquista y colonización, y tiene que entregarse al esfuerzo e iniciativa de los particulares, a los que naturalmente tiene que retribuir, y esperar hasta poder, con el tiempo, absorber todas las iniciativas privadas. A los naturales, además, si se les declara, como se les declaró, vasallos y ciudadanos de la Corona, deben contribuir como todos a sostener al Estado.

Surge así un primer intento, que coordine los varios intereses del Estado, particulares e indios: que se *encomienden* los indígenas a los españoles, para que éstos se responsabilicen de su conversión e incorporación a la nueva vida civilizada y reciban como retribución el trabajo de los indios. El tributo o aporte fiscal que los nuevos vasallos deben entregar al Estado, que lo reciban sus formadores. La idea fue buena, el resultado fue pésimo.

Otra solución: háganse *asientos de trabajo*, lo que hoy llamaríamos contratos de trabajo, en que se retribuya justamente, y haya acuerdo voluntario por ambas partes. Para ello, como los indígenas necesitan protección para que no se abuse de ellos -la terminología jurídica llama a esa situación *miserables*-, intervengan las autoridades competentes. Esta salida unas veces fue muy bien, otras mal.

En el caso del Perú -y algo similar existió en Nueva España- se daba una forma de trabajo para el Estado que se llamaba *mita*. Por turnos, los indígenas temporalmente eran dedicados a las minas y aun a otros quehaceres comunales de los Incas. Se revivió y generalizó la institución. También podían unirse a ese régimen los que lo desearan voluntariamente. Por supuesto, surgieron graves dificultades.

Lo más fácil, y era otro intento de solución, podía consistir en que los naturales, además de producir, cubrieran sus necesidades familiares y, a la vez, solucionaran su correspondencia en la carga del Estado con su *tributo*. En este sentido tenemos, por ejemplo, los *obrajes*, las tierras comunales, el estímulo para ganados, etc., así como ocuparse en curtiembres, ingenios, o incluso en servicios personales debidamente retribuidos. ¿Dificultad? La misma de siempre: dado el atraso indígena eran *fácil pasto de blancos y mestizos*. Estos, muchas veces, actuando peor que los blancos, por complejo de inferioridad ante unos y de superioridad ante otros. Habría que llegar *a finales del siglo XX* para poder superarse una cuestión como ésta. ¿Y está solucionada?

La legislación se enfrenta con unos y con otros, pero en realidad, tratando de encauzar una realidad social explosiva, y en cierta manera desproporcionada para la concepción humana del hombre y de la sociedad en esos siglos pasados. Y nada menos que en la mayor parte de un Continente nuevo. ¡No había experiencia alguna!

Vamos, en concreto, a entretenernos con algunas instituciones de trabajo indicadas, pero antes precisemos el concepto *tributo* al que nos hemos referido.

a) Tributo

Para comprender el concepto y razón del *tributo,* puede servirnos la ley primera del título quinto del libro sexto de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, pasados prácticamente doscientos años de la realidad americana: *"Es cosa justa y razonable que los indios que se pacifiquen, y reduzcan a nuestra obediencia y vasallaje, nos sirvan, y den tributo en reconocimiento del señorío, y servicio, que como nuestros súbditos y vasallos deben, pues ellos entre sí tenían costumbre de tributar a sus Tecles y Principales".* El tributo de los indios se integra como uno más de los veinticinco rubros de ingresos en la planificación de la Real Hacienda indiana.

Así se estableció, desde el primer momento, que como ciudadanos libres debían ser tributarios todos los naturales entre 18 y 50 años. Para ello, debían hacerse las tasaciones convenientes sin irrogarles ningún daño en sus personas o en sus bienes, y sancionarse los abusos que se pudieran cometer en tal sentido.

Como se ha expuesto anteriormente, el Estado no podía afrontar la expansión y conquista de las nuevas tierras, y tenía que entregarse en manos de los particulares. Pero sí debía, con miras fiscales y políticas de Estado, marcar una pauta, y en espera de un futuro control, poner un gravamen como a los demás vasallos de la Corona, y aunque de momento lo cediera a dichos particulares, ya llegaría, como llegó, el momento en que el Estado, en bien de su Hacienda, recuperase la capacidad fiscal que necesitaba.

Siempre el área fiscal es un terreno movedizo para el Estado, pues existe en todos los hombres -y esto desde tiempo inmemorial- el instinto de evadir la imposición, pudiéndose contar con el ingenio más florido. Si además, como ocurrió en las primeras décadas americanas, el punto más débil eran los indígenas, ahí cayeron por todos lados, aprovechándose de un Estado todavía dubitativo.

Si razonamos liberados de prejuicios, el logro de la tasación suponía, en opinión de Ronald Escobedo, una clara limitación a los intentos de los encomenderos, que pretendían sobre los indios un beneficio material, y un cierto señorío, que de haberse consolidado, hubiera relegado a los naturales a una situación semejante a la servidumbre medieval. Y, por otro lado, era volver operativos los principios proteccionistas que la Corona venía prodigando por propia iniciativa, y por las instancias de los defensores de los indios, en ambos casos consecuentes con la profunda conciencia cristiana que les movía.

Cuando se pide al Perú, luego de toda la catástrofe que ocasionaron las guerras civiles, que aclare y precise los abusos cometidos en materia de tributos, se encargan varios estudios para poder asesorar a la Corona. Entre éstos, hemos leído con curiosidad la *Relación* que presentara nuestro primer Presidente de la Real Audiencia de Quito, entonces Oidor en Lima. La *Relación* de Hernando de Santillán es respuesta a la Real Cédula del Príncipe Felipe, en nombre del Emperador, dirigida a la Audiencia de Lima el 20 de diciembre de 1553. Se le pide informe de lo que tributaban los naturales a los Incas. Y para ello, que se pregunte a los indios viejos, y que se sugiera el tributo adecuado, que siempre debe ser *"más moderado que antes"*, es decir, de lo que tributaban al Inca.

Santillán, con interés y competencia, empieza por señalar cómo en tiempo del Inca todos tributaban, ya fuera con trabajo personal, productos de la tierra, ganado, oro, plata, etc. Cada año los visitadores del Inca, dueño y señor absoluto, con diligencia lograban que todos tributasen, encargando su realización concre-

ta a los Curacas o Caciques. Llegados los españoles, dice Santillán, todos se creyeron el Inca, y confabulados con los Caciques, se cometen abusos de todo orden sobre los pobres indios. Estas son las palabras precisas con las que informa al Rey: *"En tiempo del Inca tributaban servían sólo a un señor, que era el Inca, y ahora a muchos, que son: el encomendero, el Cacique o Curaca, hacer iglesias y adornarlas, el dinero que les piden los Obispos, sustentar y servir a los religiosos y sacerdotes que están en las doctrinas, servir a los* tambos *y a los Corregidores que en ellos se ponen, que cada uno de ellos se hacen servir como si no hubiese otro a quién tributar".* Mala cosa fue que los Caciques, por mantener su posición y privilegios, se identificaran con españoles desaprensivos.

Con el tiempo, la vigilancia de las Audiencias, las continuas tasaciones que por obligación hacían cada tres o cuatro años los Oidores en sus visitas, así como la intervención continua de los Fiscales, se logrará, siempre con deficiencias, que el tributo fuera lo menos gravoso posible para los naturales. Para compensarse, en cierto modo, se crearán las *cajas de comunidad,* los obrajes propios de indígenas, y otras granjerías con las cuales una gran mayoría equilibraba el gravamen que, por lo demás, jurídicamente era prueba evidente de su libertad, pues los esclavos no pagaban tributos, sino sus dueños, como lamentablemente ocurría con los negros.

La prueba de que el tema no era sencillo, la tenemos al leer a nuestro ilustre historiador y jurista Tobar Donoso, hablándonos en su libro *El Indio* del principio de la República y del propio Libertador.

Bolívar se queda perplejo, y así lo escribe en carta desde Ibarra el 8 de octubre de 1826. Se le quejan de la supresión del tributo a los indios. Los indios, por temor a que les graven más. Los blancos, porque ya los indios no trabajan, al no sentirse obligados a pagar tributo.

Tanto fue así, que el 15 de octubre de 1828 Bolívar restablece el tributo, ya que *"lejos de haber mejorado su condición, se ha empeorado,* y se han agravado *sus necesidades".*

El Doctor Tobar nos hace a los juristas una observación sumamente interesante: la codicia humana suele frustrar, por medios insospechables para el legislador, las providencias más plausibles.

b) Encomienda

Es posible que entre las instituciones indianas más tergiversadas, se encuentra la encomienda.

Autores especializados en la investigación histórico-jurídica han venido saliendo al paso de las apreciaciones deformadas. Decir, en general, que la legislación fue excelente y la aplicación nula, es algo tan superficial y carente de sentido, que ya ni se puede tomar en cuenta. En el Perú, De la Riva-Agüero se sorprendía que escritores, y hasta doctores en leyes, en periódicos y aun en "libros que se revisten de cierta reputación", se califique a las encomiendas como *propiedades feudales*, desconociendo por completo lo que en Derecho significan los términos *feudo y feudal*, que por supuesto no se dieron en América. Es evidente que la propiedad territorial en Indias no ha tenido su origen en las encomiendas. Estas confusiones originadas en la imprecisión jurídica, son las que han creado "ambigüedades o intencionadas tinieblas, recriminaciones infundadas y venenosas". La indignación del autor sube de tono, y con razón, cuando vio afirmar que las encomiendas fueron suprimidas después de la Independencia, ignorando la real cédula de Felipe V del 20 de junio de 1720 "nada menos", y atribuir la decisión a San Martín o Bolívar.

Siguiendo nosotros adelante, lo primero es distinguir entre *repartimiento* y *encomienda*, palabras que muchas veces se confunden como sinónimas, pero que tienen sentido distinto, aunque en parte se identifiquen. El repartimiento se inicia cuando se entregan indígenas a los primeros españoles con simple finalidad de trabajo, mientras que en la encomienda se entregan indígenas, pero ya con una serie de derechos y obligaciones en quien los recibe. Por eso, puede decirse en el caso de la encomienda, que sería un *repartimiento en encomienda*, y para evitar confusiones, muy pronto se individualiza el término simple de encomienda.

Cuando el Alcalde Mayor Roldán se subleva contra el gobierno de Colón en La Española, él y sus compañeros se reparten indios para que les sirvan con su trabajo. Colón, para neutralizar a Roldán, y porque así se lo reclaman, también reparte indios. Luego, cuando le informan a la Reina Isabel que por su declaración de la libertad de los naturales, éstos ya no colaboraban con su trabajo y volvían a la holganza, dispuso, también, al gobernador Obando que se repartieran naturales a los españoles, y se preocupen de integrarles a la vida de trabajo, se les forme o acerque a la Fe, y se les retribuya convenientemente. Con todo lo dicho, tenemos el origen de los repartimientos.

En 1509, una real cédula del 14 de agosto, el Rey Fernando, muerta ya Isabel, le faculta al virrey Diego Colón para que de nuevo se repartan indios *"para que las tales personas a quien así se* encomendaren, *se sirviesen de ellos en cierta forma e manera"*.

Ahí tenemos, por primera vez, que el reparto se matiza con *encomendar;* y, aunque todavía un poco difuso, aparecen, también por primera vez, los perfiles jurídicos de lo que será la institución encomienda, pues al señalar las personas a

quienes se encomiendan: oficiales o Alcaydes, caballeros, cobradores..., se dice es para que *"los tengan e se sirvan dellos"*. Observamos que es por razón de trabajo, que conlleva un beneficio económico. Se dice, además, que *"los instruyan e informen en las cosas de la fe"*. He aquí planteado en los orígenes americanos un elemento que va a ser de batalla permanente: se compagina el ideal de la doctrina y la conciencia con el aprovechamiento material. Sigue otro elemento, que se perfilará en la naturaleza jurídica de la nueva institución: *"no les puedan ser quitados ni embargados sino por delitos"*, de los que los reciben, claro. Y se remata con una razón de política, de Estado, como lo es la fiscal: darán *"por cada cabeza de indio un peso de oro"*.

Nos atrevemos a apuntar, cara al futuro, que a pesar de los fallos en muchas ocasiones, y esto nadie lo discute, la aplicación de las leyes, y la tenacidad y buena voluntad de la Corona, junto a la Iglesia, salvaron con eficacia la futura condición de los naturales; de otra manera hubieran sucumbido y no se hubiera realizado, mayoritariamente, la fusión de razas en lo que con tanto empeño insistió el Estado indiano.

a') Naturaleza y clases

En concreto, jurídicamente, ¿qué es la encomienda? Es una merced de Rey, por la cual éste renuncia al derecho que tiene sobre todos los vasallos de sus reinos a recibir la contribución para el sostenimiento del Estado, el cual cede a una persona, el encomendero, por una o varias vidas, como retribución a servicios prestados, con la obligación de que integre a la civilización y eduque en la fe a los naturales encomendados, y al mismo tiempo se responsabilice de la defensa del territorio.

De ahí derivan, lógicamente, una serie de consecuencias, también jurídicas, que estructuran la institución. Los excelentes juristas indianos León Pinelo y Solórzano Pereira, cuyos criterios recogería en buena parte la Recopilación de las Leyes de Indias (libro VI, tít. VIII, ley 1 a 51), nos van a permitir el analizar el perfil jurídico con precisión.

En cuanto a las facultades dominicales, la ley reguló con detalle la peculiaridad de la merced o concesión real, según la cual el encomendero no tenía título jurídico para transmitir sus indios a otro, dígase enajenación, venta o traspaso, ni alquilar o dar en prenda.

La encomienda es indivisible. Y aunque era una liberalidad del Monarca, ésta sólo se pierde por delito u *"oídos y vencidos por Derecho"*.

El encomendero carece de jerarquía y jurisdicción civil o criminal. No tiene dominio directo ni usufructo sobre las tierras, ni sobre los indios. Cierto es que

los encomenderos intentaron lograr el señorío a perpetuidad, en tal sentido ofrecieron un fuerte donativo a Felipe II en 1560, en un instante de grave crisis de la Hacienda Real, pero se neutralizó por la decisión de los indígenas ayudados por los religiosos.

La transmisión se realiza por ministerio de la ley, es decir, no por ser heredero. La encomienda se recibía como podía recibirse globalmente la herencia. El orden de la sucesión no se altera ni por el Monarca, de no haber causa grave. Así que el heredero directo, sea en primera, segunda o tercera vida siempre recibe la encomienda como merced. Cuenta Solórzano que en un caso, en que se desheredó al primero de los hijos, y se dejaba la herencia al segundo, el Consejo de Indias concedió la encomienda al primero. Las deudas hereditarias no pueden recaer sobre la encomienda. Sin embargo, nos dice el mismo Solórzano que los jueces sí dejaban gravar los frutos y aprovechamientos, si es que se cedían a terceros, pero siempre por tiempo menor al de la vida del encomendero.

Tampoco se podía enajenar por causa de dote. Sin embargo, en los casos que la ley permite que la mujer reciba una encomienda, ésta sí podía aportarla como dote. Lo mismo podía hacer el padre con la hija que le sucedería.

Dentro del Derecho sucesorio no se podía perjudicar al sucesor, estableciendo un legado, ni ofrecerse para causas pías o en bien del alma, tan frecuente entonces.

En cuanto a la prescripción, dice Solórzano que podía alegarse contra el Rey transcurridos 30 años, aunque otros sostenían 100 años. Y de un particular contra otro debían transcurrir 10 años entre presentes y 30 entre ausentes.

Respecto a las clases de encomiendas que estudiaremos de inmediato, en general cabe decirse que se reducen a dos formas esenciales: encomiendas de *servicio personal*, y *encomiendas de tributo*.

Las encomiendas de servicio personal fueron las del origen, en las cuales el encomendero recibía el trabajo personal de los indios. Esta forma durará hasta mediados del siglo XVI. Es la que ha confundido a los autores poco informados, al suponer que siempre fueron así. Es la encomienda conocida comúnmente como *encomienda antillana.*

La encomienda de tributo, también conocida como *continental,* clásica o reformada, como la llama Solórzano, quedó como resultado de las tasas o retasas del tributo a pagar por los naturales. Ya no se tenía relación personal con los indígenas, sino que se recibía el tributo correspondiente al número de ellos asignado

al encomendero. Es la forma que perdurará hasta la supresión a principios del siglo XVIII.

Los matices o variantes que puedan darse en un lugar o en otro, en el fondo, se reducen a la distinción general hecha.

b') Encomienda antillana y continental

La indicación del Rey Fernando a Diego Colón en 1509, de *repartir en encomienda* los indios de La Española y las Antillas, es el primer esbozo de la encomienda, y el intento de resolver de la mejor manera el trato con los naturales. Pero el agudo reproche del dominico Antonio de Montesinos en 1511, puso de manifiesto que el trato a los indígenas no era bueno. El Virrey Diego Colón informa al Monarca de lo sucedido, y éste ordena la reunión del Consejo de Castilla con otros especialistas y conocedores de los asuntos indianos. Figuras relevantes son Rodríguez de Fonseca, el doctor Palacios Rubios, los licenciados Santiago, Sosa y Gregorio, el catedrático de Teología de Salamanca Matías de Paz, el licenciado Enciso, y se hará venir al propio Montesinos para que exponga directamente su denuncia.

Parece ser, como confirma el mismo Las Casas, que se reúnen más de veinte veces. Los puntos básicos que quedan claros, son: libertad, instrucción en la fe, trabajo que no dificulte su conversión, trabajo sin forzarles con descansos necesarios, casas y haciendas propias, que vivan juntos naturales y castellanos para que éstos formen, y que los indios reciban el salario justo por su trabajo. Todos están de acuerdo en que se cuide el buen trato y se encomienden no más de ochenta, y no menos de cuarenta naturales a un castellano.

El resultado de las deliberaciones se concreta en las Leyes de Burgos de 1512–1513, que en realidad son unas Ordenanzas con 35 artículos de 1512 y 4 añadidos en 1513. Quien lo desee, en Muro Orejón encontrará un minucioso análisis de su articulado.

En el preámbulo de las leyes, se destaca que se desea el mejor trato para los naturales, en especial el de las mujeres y niños. La razón para encomendar tiene por finalidad el que no tiendan al abandono y vuelvan a sus malos hábitos. Y se ha llegado a dicha legislación contando con personas de muchas letras, conciencia y conocimiento de la realidad.

Las leyes manifiestan gran preocupación por el adoctrinamiento religioso, y ordena que para ello se construyan iglesias, incluso en los lugares de las minas. Se reglamenta el horario de trabajo con los descansos necesarios y se tienen en cuenta las experiencias anteriores. Se ordena que por lo menos uno de cada cincuenta indígenas sepa leer y escribir, para que ayude mejor a los demás. Los

domingos y días de fiesta se cuide su asistencia a Misa, dándoles los encomenderos las mayores facilidades. Respecto del matrimonio, se les aclare bien el valor de la monogamia. Que se les construyan casas y se les den tierras de labranza con las semillas del caso que se especifican, así como debe dárseles animales domésticos. Hay que entregarles hamacas para que no duerman en el suelo. Los encomenderos darán facilidades y cuidarán anden vestidos. Trabajarán cinco meses continuados y tendrán cuarenta días de descanso para cultivar sus tierras y cuidar sus animales. La mujer a los cuatro meses de embarazo no trabajará en minas ni en labranzas, y luego de dar a luz se dedicará a la crianza de sus hijos por tres años, etc. Se ponen serias penas a los infractores de estas leyes.

Opinamos que la posición preferente dada a los caciques, quienes mantienen muchos privilegios, al confabularse con los encomenderos fue una más de las causas por la cual una intención y leyes excelentes fueran un fracaso en la práctica. Era natural pensar en la conveniencia de vivir juntos españoles e indígenas, para que aquellos influyeran en éstos, y poco a poco se incorporaran a la civilización contemporánea, pero el resultado tuvo efecto contrario, por el egoísmo y afán de enriquecimiento del blanco aprovechando al indio.

Otro fruto de la Junta que redactara las leyes, fue el famoso *Requerimiento* redactado por el mejor jurista de su tiempo, el doctor Palacios Rubios, al ir expansionándose la conquista en nuevos territorios, por el que se informa y exige la sumisión de los naturales a los nuevos monarcas.

Véase un ejemplo del título de encomienda de *servicio personal*, que el profesor Muro nos ofrece de ese instante, 1514:

> *Yo... repartidor de los indios y caciques de la Isla Española, por el Rey y la Reina, nuestros señores, y por virtud de los poderes reales... que tengo... por la presente vos encomiendo a vos... vecino de... al cacique... con 38 personas de servicio, hombres 22, mujeres 16, encomendándosele... siete viejos que no son de servicio... y asimismo dos naborías de casa... los nombres de los cuales están declarados en el libro de la visitación... los cuales vos encomiendo para que vos sirváis de ellos en vuestras haciendas, minas y granjerías, según sus Altezas lo mandan conforme a sus ordenanzas... vos los encomiendo por vuestra vida y por la vida de un heredero hijo o hija si los tuviereis... con apercibimiento que vos hago que no guardando las dichas ordenanzas vos serán quitados los dichos indios; el cargo de conciencia del tiempo que los tuviereis vaya sobre vuestra conciencia y no sobre la de sus Altezas...*

Los problemas siguieron. La buena voluntad de gobierno se estrella con la realidad práctica, que se agrava por la distancia enorme del poder central, la lenta comunicación inevitable, y la inmensidad de los territorios que se van

incorporando, como lo es prácticamente toda Sudamérica, América Central y buena parte de la del Norte.

En las islas y a continuación en Tierra Firme, el empeño del Regente Cisneros enviando a los Jerónimos, ya se vio fueron incapaces de cumplir el cometido. El problema se agrava en los primeros años del Emperador Carlos, pues en realidad se abusa de los indios, y el padre Las Casas fustiga sin descanso. Además, junto a las consecuencias del mal trato que merma a los naturales, se une algo que hoy es claro y entonces no era fácil distinguir: los virus y bacilos traídos de Europa hacen estragos en las vidas vírgenes de los indígenas. El número de éstos se reduce considerablemente, y es una razón más para los abusos encomenderos.

Por todas estas causas, el gobierno de las Indias es titubeante. De todas maneras, se van afianzando instituciones americanas: la Casa de la Contratación de Sevilla y el Consejo de Indias. Éste, segregado del Consejo de Castilla, tiene plena autonomía a partir de 1524. Las leyes se multiplican sin descanso en el afán de controlar un Mundo Nuevo, que, con creces, desborda al Viejo Mundo, pero entre ambos se da una diferencia de siglos de cultura y civilización.

Carlos V de Alemania y I de España, el último gran emperador de Europa, hace honor a su dignidad, pero los conflictos europeos y las contradicciones de los asesores americanos le atan las manos. Las continuas arremetidas de Las Casas, que aglutina toda la actitud de la defensa de los indios, hace mella en el espíritu del gobernante. En 1542, para comprobar si es verdad lo que se dice, o son habladurías, personalmente inicia una *visita* al Consejo de Indias -hoy llamaríamos una fiscalización-, y, en efecto, encuentra irregularidades que se sancionan con firmeza: Consejeros destituidos, multas considerables y hasta reclusión en un Cortillo de uno de los Consejeros. Y lo más importante: dicta las *Leyes Nuevas* el 20 de noviembre de 1542, en un intento de reajuste total del gobierno indiano.

De nuevo la tragedia de todo legislador bien intencionado: se le sublevan los dos grandes reinos americanos: Nueva España (México) y Perú. En Nueva España se controla la rebelión gracias a la prudencia de su virrey Antonio de Mendoza y el Visitador General en esos instantes, Tello de Sandoval. En Perú, que se estrena el virreinato creado por el capítulo 10 de las Leyes Nuevas, el virrey nombrado, Núñez Vela, se empeña en aplicar las Leyes Nuevas, pues en ellas está la gran defensa de los indios, pero su falta de agilidad le hace perecer en Quito a manos de Gonzalo Pizarro, veterano de la anterior conquista peruana, y curtido en las guerras civiles.

Analicemos el valor jurídico de las *Leyes Nuevas.* De nuevo nos servimos, en buena parte, de Muro Orejón, limitándonos en este instante a lo que nos ocupa, es decir, a los indígenas, pues en su momento analizaremos su gran aporte al gobierno indiano.

Carlos V, siguiendo la pauta de su abuelo el Rey Católico con las *Leyes de Burgos,* se hace asesorar por el Consejo de Indias y otros competentes juristas y teólogos antes de dictar las *Leyes Nuevas,* de las que dirá categóricamente: *"mandamos que sean de aquí adelante guardadas por leyes inviolablemente".* En la edición de 1543 hecha en Valladolid bajo la dirección del Príncipe Felipe, y en la que se añaden seis nuevos capítulos, dice Felipe su hijo: *"quiero que tengan valor de leyes como si hubieran sido votadas* en Cortes". Es decir, se quiere dar la máxima formalidad, firmeza y difusión a las medidas tomadas.

El planteamiento general es categórico en el capítulo 7: *"Nuestro principal intento y voluntad ha sido y es de la conservación y aumento de los indios, y que sean instruidos y enseñados en las cosas de nuestra santa fe católica, y bien tratados como personas libres y vasallos nuestros como lo son, encargamos y mandamos a los del dicho nuestro Consejo [de las Indias] tengan siempre muy gran atención y especial cuidado sobre todo de la conservación y buen gobierno y tratamiento de los dichos indios y de saber cómo se cumple y ejecuta lo que por nos está ordenado".*

El capítulo 20 dice a las Audiencias: *"Una de las cosas más principales que en las Audiencias han de servirnos es en tener muy especial cuidado del buen tratamiento de los indios y conservación dellos, mandamos que se informen siempre de los excesos y malos tratamientos que les son o fueren hechos por los gobernadores o personas particulares".*

Para evitar el peligro de abuso personal, si se les tuviera en el servicio de la casa, el capítulo 22, breve y conciso, dice: *"ninguna persona se pueda servir de los indios por vía de naboría ni tapia, ni otro modo alguno contra su voluntad".*

De la misma manera, para evitar se les cargue abusivamente, dice el capítulo 24: "Mandamos que sobre el cargar de los dichos indios las Audiencias tengan especial cuidado que no se carguen…de manera inmoderada", y si ellos lo quieren voluntariamente, se les pague lo debido.

Un abuso que por rentable se había dado y podía seguir dándose, era el de la pesquería de perlas. Sobre esto dice el capítulo 25: *"Nos ha sido hecha relación de la pesquería de las perlas, haberse hecho sin la buena orden que convenía, se han seguido muertes de muchos indios y negros, mandamos que ningún indio libre sea llevado a la dicha pesquería contra su voluntad, so pena de muerte".* Y los que voluntariamente así lo quieran, se tomen las medidas con-

venientes, pues *"estimamos en mucho más, como es razón, la conservación de sus vidas que el interés que nos puede venir de las perlas"*.

A partir de estas leyes, y así se verá ratificar en el futuro, en todos los pleitos de los indios, la Audiencia cuidará en sí misma y en los tribunales dependientes, que se tramiten sumariamente y *"guardando sus usos y costumbres"* (cap. 20).

Lo novedoso, conflictivo y provocador de las *Leyes Nuevas,* fue todo lo relativo a las encomiendas. Un avance extraordinario, que además quedará para lo sucesivo, fue el suprimir la encomienda de servicio por la de tributo. El Monarca *cede* el tributo de los indios a un encomendero, lo que significa no usar a los indios personalmente. Ya en 1523 el Emperador, adelantando conceptos de lo que ahora expresan las Leyes Nuevas, prohibió conceder nuevas encomiendas. Esto obligó a que Cortés en México introdujera la *encomienda de depósito*, en espera de una solución definitiva. Salidas las Leyes Nuevas, como se vio, vino la revuelta, moderada en Nueva España y efectiva en Perú, pues Francisco Pizarro había continuado concediendo encomiendas de servicio personal. Las Leyes Nuevas, además, suprimían la potestad de conceder nuevas encomiendas, de modo que las existentes se extinguirían con la vida de los poseedores. Esto es precisamente lo que provocó el levantamiento.

La razón que ya expusimos, sin pretender justificar nada, es que las conquistas de los grandes territorios, como Nueva España y Perú, se habían realizado sin aporte del Estado, sino por iniciativa y esfuerzo particular, así que no querían admitir, que luego de tanto sacrificio y aportes personales, el Estado les dejase sin nada. He ahí el origen del forcejeo, que desde ese instante se observa. El resultado será que, prácticamente, desde mitad del siglo XVI se afiance la *encomienda de tributo*, para evitar el abuso personal de los indios; el que se dé un gobierno central cada vez más seguro y menos dubitativo que acabará logrando el control definitivo. Así se llegará a 1720, en que Felipe V extinga las encomiendas definitivamente, que ahí sí se extinguirán con la vida de los últimos poseedores.

Carlos V y luego Felipe II tuvieron que ceder en México y Perú. Aquí por la violencia que supo canalizar Gonzalo Pizarro; que muy bien pudo declararse reino independiente; y en México por la habilidad con que encomenderos y autoridades supieron manejar sus puntos de vista.

Veamos un formulario del título que concede una encomienda de tributo en 1559:

Encomiendo en vos… en los términos de la ciudad del Cuzco, el repartimiento de indios de… que el difunto… tuvo encomendado, con todos los Caciques, Principales y pueblos, estancias y chácaras de coca… para que haya y cobre los

tributos que hubieren de dar, conforme a la tasa que de ellos está hecha... con que por sí ni por interpósitas personas no se sirva de ellos de ningún servicio personal en su casa... ni obras, so las penas contenidas en las provisiones reales que cerca de ello están dadas, con que los tratéis bien y procuréis su conservación y multiplicación y defensa y los hayais doctrinar en las cosas de nuestra Santa fe católica, ley natural y buena policía...[1]

La última etapa de la encomienda, luego del impacto que causaron las Leyes Nuevas es lo que los autores, y en particular Solórzano Pereira, han llamado *encomienda reformada, continental,* etc.

Aun en las de tributo, Felipe II señaló como beneficio máximo 2.000 pesos, y en realidad se reducirán a menos. La condición de encomendero hasta su extinción, acabará quedando más bien como distinción social, así lo veremos en los Cabildos nuestros de Quito y Guayaquil, sucediendo lo mismo en otros lugares, hasta que ya en los últimos Cabildos vemos desaparecer su referencia.

Es interesante observar el cuadro que trae Dougnac sobre un documento del siglo XVI del Perú y Provincia de Quito, para comprobar cuánto se han deformado las opiniones sobre el predominio encomendero:

Había 25 a 30 encomenderos sobre 500 a 600 vecinos
En Guayaquil 15 a 20 sobre más de 100 vecinos
En Huanuco 15 a 20 sobre más de 200 vecinos
En Lima 15 a 20 sobre más de 2.500 vecinos

Según Dougnac, algunas peculiaridades, aunque sin alterar nada fundamental, pueden verse en las encomiendas de Chile, La Plata y Venezuela.

c') Encomendero

La mejor manera de completar cuanto se lleva dicho de la encomienda, es concluir con la figura del encomendero, por servirnos para añadir matices colaterales al tema, tratado, por cierto, por abundantes autores y en especial por el mexicano Silvio Zabala.

Encomendero es aquel a quien el Rey concede la *merced o gracia* de serle atribuidos unos indígenas, *repartimiento en encomienda*, que así se llamó al principio, para que aprovechara el trabajo o tributo, con la responsabilidad de integrar al indígena a la civilización y le adoctrinara en la fe.

SIB-UCE

[1] Policía en aquel tiempo era equivalente a orden, educación y comportamiento cívico, que diríamos hoy.

La encomienda fue una institución jurídica típicamente americana, pues los escasos precedentes castellanos son muy lejanos a la realidad de hecho conseguida. En rigor, no se dio una forma exclusiva de encomienda, como tampoco lo fue la figura del encomendero. Más bien el tiempo y lugar marcaron matices específicos.

En ocasiones se ha querido identificar español con encomendero, y éste con conquistador, lo cual es inexacto, pues no hay correlación, aunque en algunos casos y al principio pudo darse.

> Como institución jurídica fruto de la relación de un español y los indios, tanto la encomienda como el encomendero nacieron como producto de la voluntad del legislador, y no como resultado de fuerzas sociales o económicas.

El Estado, llámese Rey o Corona, declaró, y fue firme en ello hasta el final, que el indio americano era libre y vasallo como los demás españoles, y como tal debía contribuir al fisco. Ahora bien, al tener que gratificar a los primeros conquistadores el aporte realizado, encontró en la encomienda la forma de compensación, y por la gracia de la merced concedida, responsabiliza al encomendero que cumpla lo que era función propia del Estado: incorporar al indio a la civilización y tratar de ganarle a la Fe, tal como la Santa Sede había concedido a la Corona de Castilla en 1492. En realidad se pide al encomendero resolver la compleja problemática económica, social, política y religiosa. Y esto era mucho pedir, como lo evidenció la realidad.

En este sentido estuvieron orientadas las normas dadas a Obando en 1503, a Diego Colón en 1509 y a los Jerónimos en 1516, observándose que cada vez la cuestión se volvía más insoluble.

Los nuevos aires llegaron desde Nueva España. Para el legislador fue un gran aporte el observar la diferencia notable que se daba entre los primeros territorios antillanos y la realidad continental que empezaba. Las nuevas estructuras políticas de México y Perú muestran ya pueblos organizados, con poder central bien definido, ciudades organizadas y recursos materiales controlados. Y el español se enfrenta con una guerra dura, considerable pérdida de vidas, sufrimientos incontables y el riesgo, en momentos determinados, de fracasar en su guerra.

La nueva realidad es captada con claridad por Hernán Cortés, no en balde era de los más capaces entre los grandes conquistadores, y supo aprender de la anterior realidad antillana y su fracaso. Pero sus hombres arriesgaron mucho, y con sus propios recursos, por lo que reclaman participar en el botín, como todos los guerreros de su tiempo. La gran dificultad para Cortés es que el Emperador ha prohibido conceder nuevas encomiendas en 1523.

Cortés necesita un nuevo encomendero, un hombre capaz que se responsabilice en mantener lo conquistado, se arraigue en la tierra y sea el origen de una nueva clase social dirigente, acomodada y en condiciones de estructurar la nueva sociedad a desarrollarse. Hay que reconocer que este fue su gran desafío y que en buena parte consigue resultados positivos.

El Perú en este sentido no aportó mayormente, pues el encomendero de Francisco Pizarro vino a continuar en la primeriza estructura abusiva.

Pero el legislador sí ha ido aprendiendo con el tiempo. Al encomendero continental, además de lo esencial de educar al indio humanamente y en la Fe, se le pide defender la tierra; residir en población próxima a la encomienda, pero no en poblado indígena; que construya casa de piedra para que se estabilice; si no es casado, que se case para dar continuidad; no puede ceder indios, alquilarles o traspasarles; no puede establecer obrajes en su encomienda, ni trabajos de minas, tener ganado, para evitar abusos; y tiene que contribuir al fisco en parte de lo que recibe, etc.

Por otro lado, *se prohíbe* ser encomenderos a los hijos o herederos, pues sólo puede serlo el primero; los miembros del Consejo de Indias; los Virreyes, Presidentes, Gobernadores, Alcaldes del Crimen, Fiscales, Oficiales reales, contadores, etc.; eclesiásticos o instituciones religiosas; mulatos y mestizos; extranjeros; infantes o niños; ausentes de las Indias o quienes ya tuvieron una encomienda anteriormente.

La encomienda, como el encomendero, dijimos que fueron un fruto de la *voluntad del legislador,* para enfrentar y resolver las necesidades apremiantes de un Mundo Nuevo, en el que se hallaba desorientado. Pues de la misma manera, controlado el poder y el pleno gobierno, que en un primer momento tuvo que compartir con intereses particulares, la *voluntad del legislador* eliminó la encomienda y al encomendero.

c) Obrajes

Buena fue la atracción que ofreció a los primeros conquistadores el territorio de Quito, de ahí su importancia en la primera época. Razones: el haberse informado de su riqueza aurífera, y, luego, la relativa densidad de la población indígena. Respecto a la riqueza aurífera, pronto se vio que, si bien era estimable, no tenía las dimensiones que se había creído, por lo que su duración no llegaría más allá del siglo XVI. Sin embargo, si permaneció considerablemente su realidad demográfica.

Esta realidad originó, ya en el siglo XVI, y de lleno en el siglo XVII, una valiosa actividad textil apoyada en la abundante ganadería ovejera, así como los

cultivos de algodón, y que en la época canalizaban los llamados *obrajes* de tejidos, precedente de las futuras empresas del ramo.

Tenemos sobre la materia algunas buenas monografías de autores nacionales, y aun de extranjeros como Robson Brines Tyrer.

No es un tema que involucre mayormente el aspecto jurídico, propio de nuestro caso, pues es sencillamente una de las varias formas de contratación laboral, con la cual los naturales podían cubrir el tributo que se les había tasado. La realidad práctica, sus complicaciones como en todo lo relativo al comportamiento más o menos abusivo que se diera, entra en el campo de la sociología, que es como mayormente se ha tratado el tema.

Sobre este último aspecto, no debe sorprender a nadie, luego de la abundante literatura, y aun análisis históricos, que han facilitado los autores ingleses de las terribles y abusivas instalaciones textiles de Manchester a finales del siglo XVIII y todo el siglo XIX, en que hasta mujeres y niños eran hacinados y explotados. Si el precedente de los obrajes es de los siglos XVI y XVII, poco puede extrañarnos.

Sabemos que en el siglo XVII eran florecientes catorce *obrajes de comunidad* en Riobamba y Latacunga, así como dos en Otavalo, y eran abundantes los obrajes menores en la ciudad de Quito y Ambato, pero no de comunidad, sino particulares o privados.

Durante el siglo XVI, la posición oficial es que los obrajes queden más bien en manos de los indios, pero al ver su eficacia y rendimiento, durante el siglo XVII estos obrajes de comunidad son controlados, y las autoridades que en ellos intervienen se vuelven abusivas en bastantes ocasiones.

Fueron los particulares, encomenderos o no, los que cada vez se interesaron más en los obrajes, hasta prácticamente a finales del siglo XVII tener su mayoría, bien fuese por lograr los arrendamientos de los de comunidad, o por propias instalaciones.

Es de sobra conocido que el florecimiento de los obrajes en los siglos XVI y XVII dieron prestigio y rendimiento a la Real Audiencia de Quito, que hace llegar sus tejidos a Nueva Granada, Perú, Bolivia, Chile y aun al Mar del Plata. La crisis de grave repercusión en Quito y su altiplano en el siglo XVIII, es producida por no poder enfrentar la calidad y precios de las mercancías que llegan a través del Cabo de Hornos.

A dicha crisis, para los obrajeros, se une la disposición regia que prohibe en 1704 los obrajes con mano de obra forzada, siempre en el empeño de evitar el

abuso de los indígenas. Prácticamente en 1720 están cerrados los obrajes de comunidad que trata de absorber la élite criolla, si bien estos mismos irán retirándose ante la imposibilidad de la competencia que les llega a través del Cabo de Hornos.

d) Mita

Es una institución indígena de origen incaico, que según su idioma el *quechua* significaba *turno, relevo, vez*, revitalizada por el Virrey peruano Francisco Toledo. Parece ser que algo similar existía en Nueva España, denominado *cuatequil*.

Tanto las tierras del Inca, como las de los Orejones, Caciques, servicios públicos o tierras del Sol dedicadas al culto, las de los enfermos, etc., por turnos durante el año eran cultivadas por los indios obligatoriamente. Al encontrarse el Virrey Toledo, buen administrador, ante la necesidad de poner orden a la explotación minera de Potosí, nada mejor que dar nueva vida a la tradición incaica, aunque también se aplicase a otros diferentes servicios.

Tampoco aquí, jurídicamente, hay mucho que decir, pues es una de las formas de la contratación laboral. Sin embargo, será un buen campo de cultivo para la sociología, dadas las múltiples irregularidades y abusos que podían darse y se dieron de hecho. Para los indígenas, era un medio de cubrir su obligación del tributo.

La variedad de este servicio personal, *forzoso y remunerado* de los indígenas entre 18 y 50 años, podía aplicarse a las minas, haciendas, pastoreos, obrajes, tambos, correos, obras de servicio público, etc.

La mita más estable y conflictiva fue la minera. Su eliminación no llegará hasta las Cortes de Cádiz, 1812, en las que nuestro representante del Cabildo de Guayaquil, Joaquín Olmedo, la fustigará brillantemente. Los demás modos o formas de la mita, con el tiempo languidecerían, por la actitud definida de la Corona ya desde las Leyes Nuevas de 1542, en que se quiso eliminar el trabajo personal frente al abuso encomendero.

Fue Toledo en el Perú, el que reglamenta minuciosamente la mita minera de Potosí, con sus ordenanzas de 1573, que prácticamente regirán con algunas variantes hasta 1812. Hombre capaz y responsable, visitará personalmente la mayor parte del Virreinato, dando tan abundantes ordenanzas que se le conocerá como "el Solón peruano".

De acuerdo con las indicaciones regias de evitar peligros a la salud de los indios, divide el virreinato en provincias próximas a las minas de Potosí y Huancavilca -estas de azogue-, para que las atendieran indios mitayos acostumbrados al clima y altura, y el resto de provincias de las que no saldrían mitayos. Total dieciséis provincias elegidas para ello, y catorce eliminadas. Se señalaba con precisión el horario de trabajo, descansos y sueldo a pagar. Claro que a pesar de la vigilancia, de continuas visitas y demás, los "mineros" -concesionarios- sabían encontrar evasiones y ventajas. Por ejemplo, no pagando bien a los indios durante los traslados de los pueblos a las minas; aceptando que indios les paguen parte de lo que ganarían y no iban, son los llamados, por eso, "indios de faltriquera". Otras veces alquilan sus indios mitayos a otros "mineros", etc., siempre irregularidades en detrimento de los naturales.

También los indios sabían buscar soluciones de escape, como desaparecer por el camino y aun llegados, y quedarse en provincias donde no se reclutaban mitayos.

Estas y otras circunstancias más, hizo que el número de mitayos de la distribución inicial de Toledo, poco a poco fuera disminuyendo.

La Recopilación de las Leyes de Indias en 1680 puede tener ya suficientes datos de la experiencia de ciento cincuenta años, por lo que el libro VI, título XV, ley 1ª, dice: *"Declaramos que a los indios se les puede mandar que vayan a las minas, como no sea mudando temple, de que resulte daño a su salud, teniendo Doctrina y Justicia que los ampare, bastimentos de que puedan sustentar, buena paga de sus jornales y hospital donde sean curados"*. La ley 9 ordena se les pague el sábado por la tarde; y las leyes 18 y 19 referidas a Zaruma dice se cuide no enviar indios mitayos si es que no hay minas asignadas, así como se marca el horario de trabajo y cuidarse que los mulatos, mestizos y negros les maltraten.

Entre nosotros, a mediados del siglo publicó un libro sobre la mita Aquiles Pérez. Sin duda es un loable esfuerzo de trabajo, donde se ponen de manifiesto tantos desórdenes y abusos de la mita, aunque no siempre se trate el tema con rigor científico. Quizá por ello, el docto Pío Jaramillo Alvarado con cierta ironía, luego de celebrar el esfuerzo de Pérez, concluya la presentación del libro con el siguiente comentario: *"¿Y qué ha hecho Iberoamérica independiente por los millones de indios que aún existen en su territorio?"*. Y luego de esta interrogante, dice, como desafiando, *"Mantener una discriminación racial en los hechos y en las leyes que entorpece la única solución radical del problema indígena: el mestizaje"*, que es lo que precisamente fomentó el período anterior, al prohibir el libre acceso a las Indias de mujeres.

8. Consideraciones jurídicas

Vamos de un modo más directo al aspecto jurídico del tema, y si bien de paso tendremos que referirnos a puntos tratados para enlazarlos, nos interesa destacar la intensa actividad jurídica, que se desarrolló en torno al indígena americano, dentro del conjunto del sistema jurídico indiano.

Ante el tema no podemos menos de recordar a García-Gallo, siempre apasionado de lo jurídico en la historia, con unas palabras iniciales, que deben centrar a todo jurista, si no quiere ser superficial: «Conviene no confundir el Derecho con la ley, y juzgar aquél inoperante porque la ley no se cumpla; también la costumbre es Derecho, que a veces actúa al margen de la ley y aun contra ella, de tal manera que no siempre cabe decir que se vive al margen del Derecho cuando la ley no se aplica». Y en el caso de las Indias, tanto la ley como la costumbre y los usos se aplicarán profusamente. Muestra de ello es la rica documentación que se conserva en los archivos de la Península, como en los de todos los países americanos, que poco a poco vamos desentrañando, tantas veces cargados de polvo centenario.

Asombra ver al legislador tenaz y esforzado, en un principio desorientado por la novedad y peculiaridad del territorio y de las personas, pero, con buena voluntad y constancia, se le verá centrarse. Cuando por fin se logre recopilar las leyes, luego de más de siglo y medio de experiencia, no cabe duda que el Derecho ha logrado, si no imponerse, sí penetrar profundamente. La Recopilación de las Leyes de Indias, con sus defectos, son buena prueba del esfuerzo realizado, y así seguirá el legislador, sin interrupción ni desánimo hasta la misma Independencia.

a) Precedente medieval

Conviene no olvidar, desde el punto de vista del Estado, la orientación del legislador, tanto desde el punto de vista del Derecho público como del privado. En todo el mundo conocido de entonces, el europeo, rige el Derecho común.

De acuerdo con este Derecho, todo reino o pueblo se considera en posesión de la plena capacidad de sus derechos que podían, incluso, imponer a los demás. De ahí las guerras continuas, las anexiones de territorios y la piratería tolerada. En estas se daban expediciones llamadas de *salteo,* lo que suponía, en pueblos de religión y cultura no cristianos, el pingüe botín y la captura de esclavos.

En cuanto a la *libertad,* en principio era propia de todo ser humano, si bien el Derecho la excluye en el esclavo, se pierde por delito y se limita en la capacidad de obrar. En este sentido, dirán las Partidas, inspiradas en Justiniano, *"Libertad*

es poderío que ha todo home naturalmente de facer todo lo que quisiere, solo que por fuerza o derecho de ley o fuero non se le embargue".

Con toda la carga de esta mentalidad, entramos en América. Ocupar tierras para Castilla, nada tenía de excepcional. El dominar y sujetar a los nativos, por no cristianos, estaba en lo ordinario. Para Colón y sus acompañantes iniciales, todo está en las reglas de juego de la época y del Derecho. Recuérdese que por brevísimo tiempo así pensaron respecto a los indios los mismos Reyes, hasta que Isabel reflexiona en los breves días de 1495, y, según el dictamen de la Junta que convocara y su respuesta en 1500, Isabel declara libres a los indios contra la *mentalidad contemporánea*, por ser vasallos de la Corona y tener que ser cristianizados y colonizados.

El enfrentamiento del Derecho y la realidad práctica se inicia. Las Casas, apoyado en el Derecho natural, que cultivara Tomás de Aquino, y Francisco de Vitoria en el Derecho de gentes, desplazan en América el Derecho común, y surgen esas grandes *Leyes de Burgos*, y los capítulos sobre los indios en las *Leyes Nuevas*, que quedarán ante la historia como monumentos de humanidad. Los intereses particulares y las ambiciones, amortiguarán inicialmente el esfuerzo del Derecho, pero éste con el tiempo ganará muchas batallas, como lo demostrará la considerable aplicación de la Recopilación de Indias y la continuidad legislativa.

b) Protector y Corregidor de indios

El primer Protector de indios en los inicios americanos será Las Casas, enviado con ese título por el Regente Cardenal Cisneros junto a los Jerónimos en 1516. El oficio pasará por alternativas. Durante unos cuantos años son acompañados -sin función de poder- por los Obispos. Fue el Virrey Toledo en el Perú quien en 1575 dio ya una primera reglamentación, y algo similar harán en Nueva España otros virreyes, en especial Luis de Velasco el Mozo. Luego de suprimirse un tiempo, restaura el oficio Felipe II en 1589.

Con la misma función y sentido de Protector, aparece en México y luego en el Perú el oficio de *Corregidor de indios*, tal vez porque hasta el nombre encaja mejor en la estructura administrativa indiana. Desde el primer momento se prohibe lo ejerzan encomenderos. Deben ser personas responsables y de conciencia, pues administrarán justicia aunque lo sea en el último nivel o asuntos ordinarios sencillos. En materia criminal, instruido el caso, lo enviarán al Corregidor de españoles más cercano. Las sentencias de su competencia pueden ser apeladas, a voluntad del apelante, ante la Real Audiencia, el Corregidor o Alcalde Ordinario más próximo. Lamentablemente, no siempre se cumplirá a cabalidad el oficio, y el funcionario que más debe cuidar y proteger al indígena, por su contacto directo, es el que más podía abusarlo.

Así, el capítulo 70 de las Ordenanzas de la Audiencia de Quito, entre los varios dedicados a "Indios y Cosas tocantes a ellos", se dice: "Iten que los dichos nuestro Presidente e Oidores tengan siempre mucho cuidado y se informen de los eccesos y malos tratamientos que se hicieren o han hecho a los indios, que estuvieren en nuestra Corona Real como a los que estuvieren encomendados a otras personas particulares, inquiriendo cómo han guardado y guardan las Ordenanzas e Instrucciones que les han sido dadas acerca de ello, castigando los culpados por todo rigor y poniendo remedio, procurando que los dichos indios sean muy bien tratados e instruidos a nuestra Santa Fe Católica y como vasallos nuestros libres, que éste ha de ser su principal cuidado y de lo que principalmente les hemos de tomar cuenta y en qué más nos han de servir". Y el capítulo 7° y primero de los seis que se dedican al Fiscal, luego de referirse a otras actuaciones en la Audiencia, concluye: "y el dicho nuestro Fiscal tendrá gran cuidado en ver si se guardan las Provisiones dadas y las Ordenanzas que están hechas, mayormente las que tocan a la instrucción y conversión, buen tratamiento y conservación de los indios".

El Virrey Toledo, en su afán regulador del virreinato en el que estábamos incluidos, dictó dos Ordenanzas sobre el Corregidor de indios, una en 1579, y otra más extensa en 1580. En la primera, regula el cuidado a tener en deslindar las tierras de los indios, y que se repartan con la cautela necesaria los trabajos que deban hacer, como en las minas, ingenios de metales, obrajes, cuidado de ganados, etc. En las Ordenanzas de 1580, ya más precisas, se pone énfasis en que se vigilen sus contrataciones para que no les abusen. Que los Corregidores de indios vigilen la buena tasación del tributo y que los encomenderos no exijan tratos personales. Que los Caciques tampoco reciban de los indios más de lo regulado, y que en los repartimientos que se hacen cada año estén vigilantes. Medidas todas, que si bien no logran de inmediato ser todo lo efectivas que deberían ser, acabarán por imponerse.

Esto mismo se hace evidente con las Ordenanzas del Virrey García Hurtado de Mendoza en 1594, al destacar que los indios no trabajen en tierras de dichos Corregidores, ni los usen para sus intereses o negocios, como se ve ocurría en ciertos obrajes, o haciéndoles vender productos en su beneficio. Interesante la referencia a la confabulación de Corregidor y Cacique. Se ve que en sus coaliciones había consecuencias negativas para los indios.

Lo que podemos comprobar, es que por la legislación general de la Metrópoli, o de la criolla, hay un empeño continuo de corregir y rectificar incorrecciones interesadas.

c) Nobleza indígena

La Recopilación de Indias, aparte de algunas leyes en que de paso trata de los Caciques y Principales, les dedica especialmente el título VII del libro VI con diecisiete leyes.

La primera ley, que recoge una real cédula de Felipe II de 1557, reconoce su calidad de Caciques o Personas Principales con derecho a ser tratados con la deferencia debida. Así también lo recordaba el segundo Concilio Limense, pidiéndose se les tratase con amor y honrosamente. Y de acuerdo con el Derecho castellano, se les asimilaba a los hijosdalgo.

Podían utilizar el *don* en su tratamiento, vestir a la española si lo deseaban, e incluso exhibir escudos de armas, de poseerlos. Entre nosotros son casi legendarios los Caciques de la Isla Puná, quienes bien situados a la entrada del golfo de Guayaquil, punto de paso indispensable de los buques, sabían aprovisionarse -era contrabando- de *ropa china*, por lo que su vestimenta con sedas les hiciera espectaculares.

También la Recopilación les concede el privilegio de que todo lo relacionado con su cacicazgo sea visto directamente por la Real Audiencia.[2] En cuanto a la sucesión en los cacicazgos, deben respetarse sus costumbres y tradiciones.

Estaban exentos de tributos, así como de servicios personales. Y ya por una real cédula del Emperador de 1549, no se debía proceder legalmente contra Cacique o Principal, salvo el caso de delito, que debía informarse a la Audiencia, si es que procedía. O decir que no era competente cualquier juez ordinario.

d) Pueblos de indios

Donde quizá más se comprueba la lucha tenaz del legislador, es en el empeño de agrupar a los indígenas, para unir la colonización y la colaboración en el trabajo.

La Orden de Isabel de agruparles, que se mantendrá indeclinablemente, mostró una gran dificultad práctica durante los tres largos siglos de dominio.

---

[2] Ya con anterioridad, el capítulo 73 de las Ordenanzas de nuestra Real Audiencia de Quito, dice expresamente: *«Que ninguna justicia ordinaria del distrito de la dicha nuestra Audiencia se entrometa a privar los Caciques de sus cacicazgos por acusación que ante ellos se de, so pena de privación de sus oficios y de cincuenta mil maravedís para la nuestra Cámara. Indicación que se le recuerda en la Instrucción que se le da al primer Presidente Hernando de Santillán».*

Todos los intentos de primera hora acabaron en fracaso, por el mal ejemplo de los españoles. Ni Obando, ni Las Casas incluso nombrado Obispo de Chiapas, ni el ex Oidor Vasco de Quiroga Obispo de Michoacán, queriendo aplicar la Utopía de Tomás Moro, dan soluciones adecuadas. Las Leyes de Burgos y las Leyes Nuevas tampoco lograrán la eficacia que se esperaba. Tan sólo se consigue una buena realización, en el siglo XVII, con las Reducciones del Paraguay, y éstas, por razones políticas, acabaron mal también.

Pero el legislador no cedió, como lo muestra la Recopilación en 1680, y la legislación que seguiría. La ley 1ª, del título III, libro VI viene a resumir el empeño continuado del Derecho: *"Con mucho cuidado, y particular atención se ha procurado siempre interponer los medios mas convenientes, para que los indios sean instruidos... vivan en concierto y policía, y para que esto se executase con mejor acierto se juntaron diversas veces los de nuestro Consejo de Indias, y otras personas religiosas, y congregaron los Prelados de Nueva España el año de 1546 por mandado de el Señor Emperador... los cuales con deseos de acertar... resolvieron que los indios fuesen reducidos y separados de las sierras y montes, privándose de todo beneficio espiritual, y temporal", por lo que se encarga a "Virreyes, Presidentes, y Gobernadores, que con mucha templanza, y moderación executasen la reducción y población".*

Como se ha podido comprobar, en bastantes lugares se cumplió la ley octava del mismo título: "Los sitios en que se han de formar pueblos y reducciones, tengan comodidad de aguas, tierras y montes, entradas y salidas, y labranzas, y un ejido de una legua de largo, donde los indios puedan tener sus ganados, sin que se revuelvan con otros de españoles". Si con el tiempo no pocas de estas ventajas se desvirtuaron, fue por el abuso primero de criollos y luego de republicanos.

Entre nosotros, y en el Perú, quedarán claras reminiscencias del *ayllu* incaico, como conjunto familiar.

Como estímulo a los agrupados en pueblos, inicialmente se les reducirá el tributo, para que paguen menos de lo que antes pagaban. Así lo expresa la ley 2ª del título V, del mismo libro VI: *"Los indios pacificados, y congregados a pueblos, que tributaban en tiempo de su infidelidad, han de tributar por tiempo de dos años de su reducción en cantidad que no exceda de la mital del tributo que pagaren los demás; y si fueren infieles, la parte que se debía aplicar para la doctrina, se ponga en caja separada para formar hospitales en beneficio de los mismos indios".*

Esas *cajas de comunidad* que tantos beneficios ocasionaron a los indígenas, y que en nuestras fuentes documentales aparecen citadas con frecuencia, es lo que reguló la ley 2ª del título IV: *"En las Cajas de comunidad han de entrar todos*

los bienes, que el cuerpo y colección de indios de cada pueblo tuviere, para que de allí se gaste lo preciso en beneficio común de todos, y se atienda a su conservación y aumento, y todo lo demás que convenga, distribuyéndolo por libranzas, buena cuenta y razón".

Para iniciar en la responsabilidad social y política de los indígenas, el legislador les concede funciones en su comunidad o pueblo. No olvidemos que en nuestro caso los Incas absorbían totalmente al indígena, tanto que últimamente oímos a los comunistas, erróneamente por supuesto, que el incario había sido un precedente del régimen comunista. Pues bien, se creó, y funcionó el *Cabildo indígena*, con Alcaldes y Regidores, tal como lo expresa la ley 15 del título III del libro V: *"Ordenamos que en cada pueblo, y reducción haya un Alcalde indio de la misma reducción, y si pasase de ochenta casas, dos Alcaldes, y dos Regidores, también indios, y aunque el pueblo sea muy grande, no haya más que dos Alcaldes y cuatro Regidores".*

En leyes siguientes del mismo título se les concede jurisdicción para *"inquirir, prender y traer a los delincuentes a la cárcel del pueblo de españoles de aquel distrito";* incluso pueden poner pequeñas penas ante las infracciones que se dieran de sus costumbres y hábitos, pues así lo autorizó el Emperador en 1555, al decir que subsistieran -de no ir contra la ley natural y la fe- *"las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía".*

Más todavía, "permitimos que en los pueblos donde hubiere Alcaldes Ordinarios indios, y estuviere ausente el Corregidor y Alcalde Mayor o su Teniente, si los negros o mestizos hicieren algunos agravios, o molestias, puedan prenderlos y detener en la cárcel hasta que el Corregidor, o Alcalde Mayor o su Teniente llegue y haga justicia" (6, 3, 17). La ley 21 prohibe que en los pueblos de indios vivan españoles, negros, mulatos y mestizos, por haberse experimentado que abusaban y explotaban a los indígenas. Asimismo, la ley 22 prohibe tengan esas personas propiedad alguna en pueblo o sus alrededores. Ni siquiera se permite que estén allí más de dos días (6, 3, 23), y si son comerciantes, no más de tres días (6, 3, 24).

e) Capacidad jurídica y de obrar, y privilegios.

El criterio platónico–aristotélico que desde antiguo había recogido el Derecho Romano, en el sentido de que las personas menos capaces deben ser gobernadas por las de mayor capacidad, se incorporó al Derecho medieval de la Baja Edad Media, y ahí lo encontramos en las Partidas, resumen logrado del Derecho común que dominaba todo el Derecho europeo. Criterio que pasa al Derecho moderno, sólo que reducido a los casos de incapacidad jurídica declarada.

Según el Derecho castellano, se precisa que, siendo todos los hombres libres y capaces, por razón del Derecho se da la incapacidad relativa, ya sea por deficiencias transitorias o estables de carácter físico-somático o por razón de condición social. Sean de uno u otro tipo, tendríamos dos casos: del menor, la viuda, la mujer casada, el deficiente mental, el pródigo o, como aquí ahora nos interesa, el rústico o ignorante, del que se da por supuesto desconoce la ley, y debe ser protegido como en los casos anteriores. Este último caso es el que da origen a la expresión de *incapaz relativo o miserable*. Término jurídico no peyorativo, sino más bien de benevolencia legal y privilegio, que afectará, como es lógico, a la capacidad de obrar. Por esta razón, cualquier injuria que se les cometiera se declaraba *caso de corte,* por atenderla el tribunal real, que era el competente para tal declaración.

Lo dicho pone de manifiesto, que en cuanto a la capacidad jurídica y más a la de obrar, se daban diferencias que podían ser notables. Pues añádase a la enumeración anterior lo que llevaba consigo la distinta condición social, como era el ser noble, eclesiástico, extranjero o simple hombre libre. El aporte valioso en este sentido de la Revolución Francesa, fue el declarar la igualdad entre los hombres, y eliminar toda clase de servidumbre o dependencia. Pero tengamos en cuenta que para esto hay que llegar a 1789.

Con estos precedentes precisos, podemos comprender mejor la mentalidad del hombre castellano al entrar en el siglo XVI.

Ya conocemos muy bien, por las lecciones anteriores, lo que significaba en la época la condición de *infiel*, que era la del indio americano. Pero precisamente al iniciarse el siglo, en 1500, la Reina Isabel viene a declarar, y el legislador indiano no cederá en la posibilidad de alterarlo, que el indígena americano es *libre*, por ser un *vasallo* más de la Corona.

Ahora es necesario no olvidar que estamos bajo la orientación del Derecho castellano, y según éste, la amplitud del ejercicio del Derecho estaba sujeta a las condiciones personales. Y en el caso del indio se vio, inmediatamente, que por la diferencia de siglos de civilización, su mentalidad y forma de vida *legalmente* se le equipara al *rústico*, o campesino castellano, contenido que abarca el término jurídico *miserable*.

El legislador indiano pensó, que el castellano arribado a las Indias, comprendería y se adaptaría al trato con los indígenas, pero ni con el tiempo se logra dicha compenetración, unos por abusivos, y otros por negligentes. Esta es la razón por la cual ya desde mitad del siglo XVI está perfilada la *república de los españoles* (república equivale a cosa pública, según el Derecho Romano), y la *república de los indios*, es decir, el legislador tiene que orientar las leyes para unos y para otros, pero no conjuntamente. Y por eso declaró que de no ir contra la ley

natural y la fe, los naturales podían regirse por su Derecho, es decir, por sus usos y costumbres tradicionales.

En cuanto a la facilidad de trámite judicial entre indígenas o con indígenas, fue empeño del legislador simplificarlo al máximo, de ahí la declaración de que sea *sumario*. Así lo contenía el capítulo 21 de las Ordenanzas de Audiencias que hiciera el Virrey Antonio de Mendoza de México, y luego brevemente Virrey del Perú. Luego, una provisión del 11 de marzo de 1550 a los Presidentes y Oidores de las Audiencias indica que no se aplique la vía judicial ordinaria, *"lo cual no se sufre entre indios por la simplicidad, flaqueza y pobreza de ellos... de aquí en adelante los pleitos que los indios tuvieren se determinen simpliciter y de plano, sin estrépito ni figura de juicio, solo de verdad sabida, sin dar lugar a ello a dilación alguna"*.

Es lo que el capítulo 71 de las Ordenanzas de la Real Audiencia de Quito, dice ya muy precisamente: "Mandamos que el dicho nuestro Presidente e Oidores tengan mucho cuidado de no dar lugar que en los pleitos entre indios o con ellos se hagan procesos ordinarios ni hayan cargas, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos, y los dichos nuestro Presidente e Oidores tengan cuidado que esto mismo se guarde por los jueces inferiores". Realidad que hemos comprobado en abundantes sentencias de la Real Audiencia de Quito de ahí en adelante, pues ya vimos que competía a las Audiencias, como casos de corte, el atender los juicios de los naturales.

El profesor norteamericano Woodrow Borah, en un estudio serio y minucioso del *juzgado de indios* en México, trae abundante información de dicho tribunal, que la Recopilación califica de *"Hase reconocido por muy conveniente y necesario"* (6, 1, 47). Según Borah, se dieron toda clase de casos y reclamos de los indígenas en el tribunal: sobre que los españoles no residieran con ellos según había establecido la ley; sobre invasiones de tierras comunales; que se les obligara a servicios personales prohibidos por la ley; contra los doctrineros; contra los Alcaldes Mayores y otros funcionarios que querían emplearlos en sus empresas o negocios; sobre interferencias en sus elecciones del Cabildo; crueldades cometidas; servicios forzosos; disputas de límites entre pueblos; derechos de aguas; etc., etc. Fue la constante atención de virreyes y fiscales a quienes competía dirigir y controlar dicho tribunal.

Entre los *privilegios* en materia procesal que se conceden a los naturales, estuvo *el no someter a confesión,* y así evitar posibles perjurios; *podían retractarse o desdecirse de las declaraciones hechas*, sin que fuera delito; podían alegar en *cualquier momento del juicio*; en el procedimiento penal *no se les exigía fianza en querellas por calumnia;* etc.

En materia de Derecho Civil, no se les exigió ejercer la tutela u otros encargos civiles, como el presentar inventario de bienes cuando la ley lo exigía; el testamento era válido en forma simple ante el Cacique y testigos, aun de mujeres; y la Recopilación exigía que nadie presionara la libertad al testar (6, 1, 32); cabía el retractarse luego de la venta de bienes.

Se debían poner bien claros, y difundirse, los edictos de los juicios de residencia de los funcionarios que cesaban, para que los indios se enteraran y reclamasen lo conveniente (5, 15, 28); y la ley 13 de ese mismo libro V, dice categóricamente: *"Para que se de satisfacción a los indios de los vejámenes, y agravios, que reciben de algunos jueces, y repartidores de obrajes, y grana. Es nuestra voluntad, que se les tome residencia por juez de toda confianza que proceda breve y sumariamente en desagravio de los indios, con la menor costa que sea posible"*. En las sentencias de la Real Audiencia de Quito hemos visto varios casos de jueces locales, Corregidores y Tenientes que la Audiencia les metió presos, o los mandaba visitador por su cuenta, para indagar realidades como ésas.

En materia penal, el legislador, conocida la condición del indio, mitiga su postura al decir: "Ordenamos y mandamos que sean castigados con mayor rigor los españoles que injurien, o ofendieren, o maltrataren a indios, que si los mismos delitos se cometieren contra españoles, y los declaramos delitos públicos" (6, 10, 21). De ello tenemos constancia en las sentencias de la Audiencia de Quito.

f) Corolario

Nos hacemos eco de un investigador tan serio y estudioso de la realidad jurídica, social y cultural americana, como lo fue García-Gallo, para afirmar que es *anticientífico* el decir hoy que todo el Derecho indiano fue letra muerta.

Por otro lado, no faltan quienes precisamente por la eficacia legal que se despliega en América, hayan dicho que por tal vigilante *paternalismo*, no se dejó desarrollar a los naturales.

Que hubo abusos y explotaciones, se lo acabamos de oír al mismo legislador. Que el Derecho en América fue un gran factor de protección del indígena, sin el cual muy distinta hubiera sido su situación, es algo que hoy ningún estudioso puede rechazar.

Por último, no se olvide que el gran y permanente problema del Derecho y de la ley, es el de su aplicación, algo que en la América actual sigue siendo el tormento de todo legislador empeñoso.

D. EL DERECHO Y AMÉRICA.

1. Introducción

El hecho asombroso y desproporcionado para la época, de descubrir e incorporar un Continente a la Civilización Occidental, única y dominante en ese instante, no puede reducirse, por ejemplo, a la simplificación de: unos indios explotados y unos europeos explotadores.

Fue una realidad demasiado importante, tanto en su momento como posteriormente, para desvirtuarla en enfoques parciales. Por otro lado, si nos colocamos históricamente a fines del siglo XV y principios del XVI, toda conquista de territorio infiel conllevaba el *dominio más absoluto* sobre toda su población.

No debe olvidarse, según nos enseña el Derecho Político, que nos encontramos ante el inicio del concepto *nacionalidad*, pues durante el final del siglo XV y las dos o tres primeras décadas del siglo XVI, los reinos europeos existentes se encuentran en una batalla decisiva por afianzar su señorío territorial, frente a una nobleza rebelde, heredera de privilegios y de señoríos regionales.

Si el concepto *nacionalidad* era incipiente, el concepto *Estado* era todavía más difuso.

Una excepción notoria es la del Reino de Castilla, unido al Reino de Aragón por el matrimonio de los Reyes Católicos, por lo que se logra la unificación de casi toda la Península, e integran la nobleza en la comunidad de la Corona, adelantándose como nación a los demás reinos europeos en varias décadas.

Cuando ya los Reyes Católicos, la Corona, se hallaba discretamente robustecida, política y administrativamente, se encuentra con el impronto de tener que conquistar, civilizar y estructurar un Continente. Para lo cual ni tiene experiencia, ni tiene dónde recurrir para que se lo enseñe. Un aluvión de pueblos variadísimos, culturalmente atrasados para la mentalidad europea, unos territorios descomunalmente inmensos y una geografía con accidentes totalmente novedosos y desconcertantes, exigen de pronto: encauzamiento social, político, religioso, económico, etc.

Como era de esperar, ante la prodigiosa realidad americana, vino la perplejidad interna y externa, a la que pronto se uniría la envidia y la ambición de las nacientes nacionalidades europeas; primero con animosidad expectante, y luego, con agresividad. Ante semejante situación, la Corona tenía y debía improvisar, nada menos, que la creación de un verdadero Estado indiano.

He ahí, pues, cómo de improviso, y de manera apremiante, el quehacer de una discreta Monarquía, va a tener que convertirse, por necesidad, en una Monarquía Universal.

No sería objetivo, pues, polarizar la múltiple complejidad americana en unos cuantos funcionarios incompetentes entre tantos miles eficaces, ni simplificarlo en un problema indígena, bastante magnificado por las polémicas y enfrentamientos socio-políticos. Si esos hubieran sido los únicos problemas, habría que concluir que son insolubles, pues hoy a casi dos siglos de Independencia siguen prácticamente idénticos. Más bien cabe pensar en la estabilidad de un gran puñado de naciones vigorosas y llenas de porvenir, cimentadas en sólidas bases institucionales y de principios, algo que en la Historia no se improvisa.

La vitalidad americana, en germen desde el comienzo, y ya proyectada en siglos, tiene que ser vista y analizada globalmente y con seriedad histórica desapasionada. Hay que ver y abarcar todos los aspectos humanos: sociales, políticos, religiosos, económicos, y por supuesto, jurídicos. Todos ellos igualmente forjadores de los actuales Estados. Análisis que debe ser visto positiva y constructivamente, sin dejar de lado los pros y contras que se dieron en la realidad. Hechos positivos y negativos que los hubo ayer, como los hay hoy en todo Estado, a pesar de la super civilización de que nos jactamos al abordar el siglo XXI.

A nosotros, aquí y ahora, nos compete analizar el papel esencial que jugó el Derecho. Pedimos de nuevo a los estudiantes, que sepan colocarse en el período indiano que nos ocupa, y no admitir la más mínima interferencia de *mentalidad contemporánea*. A su vez, tampoco olviden que, si la genialidad del Derecho, fue capaz de integrar pueblos tan dispersos como los que constituyeron el Imperio Romano, también el Derecho, en nuestro caso, va a ser uno de los ejes fundamentales para la integración de la mayor parte del nuevo Continente americano.

Si el Derecho tiene por misión encauzar y regular la buena estructura de la sociedad, aquí se encuentra, de improviso, ante una de las situaciones más comprometidas y arriesgadas de su misión.

El Derecho existente en Europa, y por consiguiente en Castilla, como se ha reiterado, es el *Derecho común*, cuyo nombre toma, precisamente, por su general aplicación. Es un Derecho de neta raigambre romano-canónica. Elaborado científicamente por juristas de la Baja Edad Media, es, por tanto, un Derecho medieval que entra en la Edad Moderna al iniciarse el llamado Renacimiento.

La asombrosa realidad americana va a ser, ahora, la que violente, en buena parte, los cimientos del prestigioso *Derecho común*, creándose una tensión como

quizá pocas veces ha conocido el Derecho. La solución de dicha tensión va a ser, quizá, el gran mérito y el valor del nuevo sistema jurídico indiano.

Tres van a ser los principales ingredientes del nuevo Derecho a forjarse, a los que nos referiremos de inmediato: Derecho indígena, Derecho castellano íntimamente compenetrado con el Derecho común, y Derecho dado para las Indias.

2. Supervivencia y transformación de lo jurídico indígena

Sería muy poco humano llegar a concluir que, cualquier pueblo, por primitivo y elemental que se viese, ante el encuentro con una civilización superior, se le desechasen los valores y estructuras que le eran ancestrales. Razón por la cual, por mucho que se haya silenciado lo ocurrido en América del Norte, resulta chocante se pensase que sus aborígenes nada podían aportar de positivo, y lo único conveniente fuera eliminarles, para acabar con su existencia.

Muy distinto y contrario fue, desde el principio, el enfoque hispánico: había que incorporar, integrar e incluso fusionarse con el elemento humano aborigen.

Ahora bien, el criterio universalmente seguido hasta entonces en el transcurso de la Historia, era que el invasor de todo pueblo aplicase al territorio nuevamente incorporado: sus principios, su política, su régimen jurídico, sus costumbres, etc. Aplicado el criterio al área que aquí nos ocupa, que es la mayor parte del Nuevo Continente, resultaba natural que todo se castellanizase, por lo que llevaban consigo y vivían. Pero pronto, y muy pronto, se vio que era *conveniente* y *necesario,* y esto como imperativo de la misma Corona, el integrar e integrarse con los pueblos aborígenes.

El planteamiento se ve muy simple, pero la realización era de lo más problemática, y más cuando esa Corona no disponía de medios ni recursos para realizarlo directamente. No tuvo más remedio que contar, durante más de medio siglo, con el aporte de los particulares, lo que suponía: ambiciones desmedidas, afán de riqueza, espíritu desbordado de aventuras, deseos de poder y de dominio, todo tan familiar en la formación de los hombres salidos de la Baja Edad Media. Y en el caso de Castilla, frente a otros reinos europeos, remozado y exaltado por estar recién terminada la Reconquista frente a los musulmanes.

Los Monarcas castellanos captan de inmediato la envergadura del problema y la trascendencia del Descubrimiento, y no están dispuestos a que la empresa se les vaya de las manos. Buscan el asesoramiento de lo más granado del reino: magníficos juristas, hombres de estado incondicionales de la Corona, y por su honda tradición cristiana, teólogos y moralistas de primer orden. Había que compaginar el papel del Estado y el aporte privado. La solución político-jurídica fue regularizar contratos con los arriesgados capitanes conquistadores a través de

capitulaciones: contratos semipúblicos en que se norman las aventuras asegurando su control.

El Derecho entra en juego de lleno: las nuevas conquistas serán bien precisadas con privilegios y obligaciones. Hay que asegurar y respetar lo mejor que se pueda los derechos de los naturales, pues desde el primer instante se les declara vasallos de la Corona, es decir libres, y es obligatorio formarles.

Pero los juristas, y con ellos el Derecho de las primeras décadas, es de tanteo, tal es la realidad desconcertante que se ha presentado, y el viejo Derecho, el Derecho común, se manifiesta insuficiente ante los abrumadores hechos que se ofrecen. A pesar de la buena voluntad, se da un revoltijo jurídico: Derecho común, Derecho castellano, Derecho natural y Derecho de gentes. Y para completar el cuadro, se ve que debe integrarse un nuevo Derecho: el Derecho aborigen. Es por esto que se impuso el distinguir entre la república *-res* (cosa) *publica-* de los españoles y la república de los indios. Es decir, el Derecho de los naturales debía ser aceptado y respetado, en tanto no fuera contra el Derecho natural, contra la religión y contra el Derecho positivo legislado. Principio éste clásico y universal en toda ocupación de nuevos territorios.

La Corona va a ser, precisamente, la celosa y tenaz vigilante de ese Derecho aborigen, hasta el extremo de dictarse una abrumadora legislación en beneficio de los naturales, como jamás pueblo conquistador haya dado para los pueblos ocupados. Es una lucha sin precedentes, que el poder real va a tener con los vecinos europeos del Nuevo Mundo, y que sin desfallecer, a pesar de la continua resistencia, se mantendrá hasta la Independencia.

Tan pronto se vio clara esa conveniencia, se encarga a las autoridades indianas, que letrados competentes de sus territorios, indaguen lo mejor que se pueda las costumbres y los usos tradicionales de los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, lo realiza en Nueva España, México, Alonso de Zorrilla, y entre nosotros el que será primer Presidente de la Audiencia de Quito, Hernando de Santillán, entonces Oidor en Lima. *"Nos deseamos"*, dice la real cédula a la Audiencia de Lima, *"que vos, el Presidente, con uno de los Oidores de esa Audiencia os informéis y sepáis de indios viejos y antiguos..."*. Es lo mismo que con gran empeño y eficacia realizará en su momento el Virrey Toledo en todo el Perú, con una legislación regional extraordinaria, empeñosa en reconocer e incorporar lo tradicional, uniéndolo a las exigencias de los nuevos tiempos.

Así veremos entre nosotros cómo el incaico *ayllu* se transforma en el *huasipungo*. Institución agrícola ésta, aunque la literatura puede haberla desorientado, que tuvo su sentido en una época en que los abusos en el campo agrícola, tanto en la Península como en toda Europa, degradaban a la persona. El *huasipungo*, que ha llegado hasta hace pocos años, ofrecía sus ventajas y garantías al indíge-

na campesino: el hacendado daba en posesión vitalicia, transferible familiarmente, una parcela de terreno en su hacienda y la obligación de darle trabajo al huasipunguero, lo cual aseguraba un mínimo de tierra para su vivienda, cultivos indispensables, animales domésticos y seguridad de trabajo.

Todas nuestras ciudades antiguas conservan todavía las zonas llamadas *ejido*. Eran los campos comunales, que siguiendo la tradición incaica, los indígenas utilizaban para sus ganados.

Entre los autos acordados de la Real Audiencia de Quito, encontramos regulaciones de sus Presidentes o del Real Acuerdo sobre los *tambos*, especie de posada de paso, en que los viajeros, indiscriminadamente, podían pasar la noche, ser atendidos en sus cabalgaduras y alimentarse. Tales regulaciones sancionan cualquier abuso a los indígenas.

De la misma manera se dan normas que regulan los viejos caminos, así como los *chaquiñanes* -senderos para acortar distancias-, que pasaban por propiedades del Estado o privadas, para que se garantizasen los traslados de personas y animales de unos lugares a otros.

Igualmente se mantienen y garantizan las viejas acequias o canales de agua, ya fueran riachuelos o conducciones tradicionales de los indígenas, pasen por donde pasen.

Que en estas realidades y otras similares, se continuara abusando y maltratando a los indígenas, esto ya no es cuestión del Derecho, sino de la permanente bajeza o grandeza del ser humano, y que los buenos historiadores saben matizar sin carga de dramatización. Aquellos hombres europeos -dicen algunos- no eran ni mejores ni peores que todos los hombres en circunstancias semejantes, llámense de guerra, de lucha contra un ambiente difícil, al encontrarse ante sufrimientos propios y de colegas, etc. Son situaciones que de ordinario agudizan actuaciones desproporcionadas y, aun en algunos casos, antihumanas.

La iniciativa surgida en México, presentando una nueva alternativa a las encomiendas, pasando del tributo pagado con trabajo personal, a que el encomendero recibiera su beneficio en dinero, fue un buen paso para ir erradicando el trabajo personal, y la poco afortunada relación indio-encomendero.

La carga de la legislación real contra el trabajo personal de los naturales fue tenaz y persistente. Su objetivo fue eliminar ese tipo de trabajo obligatorio, por un trabajo contratado y asalariado, que acabó tomando bastante forma a través de la hacienda española, pues el hacendado acabó dándose cuenta que era más rentable una mano de obra voluntaria, al margen de la intervención del Fisco, y por consiguiente bajo el control de los oficiales reales. Algo que desde finales

del siglo XVII va siendo un hecho consumado. El hacendado, el obrajero, el molinero o curtidor, dejaban de estar en una posición de privilegio, y por tanto dependiente, y se movían mejor en la propia capacidad de desarrollo.

Otro elemento, no despreciable, en la batalla a favor del indio, de sus costumbres y tradiciones, fue la acción definida de la Iglesia, con la que contó siempre la Corona. Pues aunque se haya querido minimizar, por sectarismo o por la realidad de situaciones abusivas, que las hubo, el rol global, y conjunto, es de una positividad manifiesta, desde el día que el padre Las Casas levantara su bandera, que sin extremismos, ni exageraciones, se mantuvo siempre levantada por extraordinarios prelados y religiosos abnegados.

Fue un objetivo y un logro de la corona, el disponer que se reconociese la calidad personal de los primitivos funcionarios o prohombres. Esta es la razón por la que se considera *hijosdalgos* a los caciques, a los que se conceden prebendas y beneficios fiscales, y se procura educar a los hijos según su condición.

A nivel administrativo-político, se erigen los Cabildos indígenas en sus pueblos, con sus alcaldes, regidores y demás, también portadores de *varas* como muestra de su autoridad, y se les concede una jurisdicción civil y criminal proporcionada a su medio. Así vemos, también, en nuestras Actas del Cabildo de Guayaquil, las referencias a la elección de Gobernador o Alcalde Mayor de los indígenas en lugares de la Costa.

Antes de concluir el apartado, hagamos una referencia general a las opiniones positivas que mereció para los juristas el Derecho indígena, sus normas y costumbres.

Juristas de nuestra región, como por ejemplo Matienzo, Polo de Ondegardo, Solórzano Pereira, León Pinelo, por citar algunos de los más relevantes, afirmaron una y otra vez el valor y respeto que merecía la tradición jurídica indígena. Observaron la buena solución dada en relación a la tutela, a la práctica de las decisiones sobre la herencia, así como al control del colectivismo agrario. Hablaron de normas *justas y justísimas.* De como la mejor manera de solucionar dificultades, era dejar que se rigieran los indígenas por su propia tradición. Alonso de Zorrilla llega a opinar, que muchas de sus normas estaban de acuerdo no sólo con el Derecho natural, sino con el Derecho civil y canónico, sin haber tenido noción de ellos.

No menor trascendencia tuvo, en toda esta materia que tratamos, la influencia del Inca Garcilaso a través de sus *Comentarios Reales*, en que se destaca para el Perú el sentido de equilibrio y buen gobierno que tuvieron los Incas, algo similar a lo ocurrido en México, pues de otro modo no se podría explicar el poder manifiesto en territorios tan extensos, si no hubieran estado gobernados con

acierto. Evidentemente soslayando todo lo idolátrico y antihumano que por primitivismo se diera.

El argentino Mariluz Urquijo ha puesto de manifiesto, incluso, como ciertos modos de proceder del Derecho indígena, influyeron en las instituciones castellanas, y no sólo en las Indias -pone el ejemplo de la mita incaica que se extendió a toda América-, sino en la misma España.

3. Derecho castellano y Derecho para las Indias

El Derecho castellano al salir de la Baja Edad Media, tal como vimos en su momento, se presentaba a nivel europeo como un Derecho bastante unificado, y en cierto modo codificado -aunque esta expresión tendrá su pleno sentido posteriormente-, siendo, sin duda, una buena sistematización para los inicios de la nacionalidad española.

Lo asombroso del caso castellano, así lo hemos considerado siempre, es que parece imposible, dado el batallar de dicho reino en la Reconquista, que lograse una tan certera regulación jurídica para su época. Solamente encontraríamos una justificación: tanto Alfonso X al redactar el texto básico de las Partidas, como en las sucesivas revisiones, se contó con un grupo selectísimo de juristas que, además de conocer lo esencial del Derecho tradicional en las distintas regiones castellanas, supieron incorporar magistralmente el Derecho vigente en toda Europa, el Derecho común, y así lograr esa obra maestra del Derecho medieval como lo fueron las Partidas. Sin tanta trascendencia, pues se limitaba al área regional del Derecho estrictamente castellano, otro tanto cabe decir de las Leyes de Toro, del Ordenamiento de Alcalá, y aún del Ordenamiento de Montalvo.

El Derecho común, como su propio nombre indica, era un Derecho supletorio de los distintos derechos regionales europeos, y era enseñado en todas las Universidades y que de inmediato se enseñará en las recientes Universidades americanas. Era un Derecho de juristas.

Es evidente, pues no podía ser de otro modo, que si eran los castellanos los que llegaban al Nuevo Continente, llevasen consigo la concepción jurídica castellana, que incluía toda la tradición jurídica europea del momento.

El problema grave que se presentó desde el inicio fue, que la realidad americana, la nueva sociedad que empezaba a incubarse, y las exigencias institucionales que todo ello reclamaba, no recibían la adecuada canalización como debía esperarse del Derecho castellano. Desbordado éste por las necesidades de lugar y tiempo, va a quedar como Derecho básico aplicable, siempre que se producía el

vacío legal no regulado por el nuevo Derecho, que empieza a surgir de inmediato adecuándose, o tratando de adecuarse, a la realidad existencial.

Como el nuevo Derecho regulado desde la metrópoli, o en tierras americanas, atenderá primordial y generalmente situaciones de Derecho público, el Derecho castellano tendrá su mayor efectividad en la esfera privada: matrimonio, sucesiones, negocios jurídicos, tutela y curatela, familia, procedimiento civil y criminal, Derecho penal y, por supuesto, en todo el régimen sobre la propiedad. Esta es la razón por la cual las Partidas, que por el régimen foral castellano se habían quedado reducidas a simple Derecho supletorio, en América, carente de tales particularismos, entran de lleno en uso y vigor por ser el mejor cuerpo legal que, en conjunto, abarcaba el Derecho privado castellano.

Si bien al final del período indiano podremos observar con claridad, que todas las instituciones castellanas trasplantadas a las Indias tuvieron notorias alteraciones, es indudable que algunas desde el principio sufrieron el impacto de la nueva tierra. Por ejemplo, el Cabildo o Municipio, que al finalizar la Baja Edad Media en la Península, estaba ya prácticamente controlado por el poder central por medio de los Merinos -equivalentes a los Corregidores en América-, en las Indias se revitaliza. Razones: en primer lugar, por la distancia del gobierno central; y en segundo lugar, muy peculiar del primer momento, los capitanes de la conquista necesitaban tener un sustento legal, pues en ello se jugaban mucho, y es indudable que esto se lo facilitaba la institución municipal, con todo el formalismo de sus Alcaldes y Regidores. Se dio mucho énfasis a esa formalidad, pues el Cabildo, categóricamente, representaba el poder real.

Sirvan de ejemplo tres casos bien representativos, vistos brevísimamente. Hernán Cortés va a la conquista de México bajo las órdenes del gobernador de Cuba, Diego Velázquez, quien arrepentido a última hora, quita el mando de la expedición a Cortés, que sale de Yucatán como rebelde, pues está decidido a realizar personalmente la hazaña. El único expediente que tiene Cortés a su alcance, si no quiere poner la cabeza en peligro, es fundar la Villa Rica de la Veracruz, y hacerse nombrar Capitán General por el Cabildo, objetivo que logra plenamente.

El otro caso, esta vez ocurrido en nuestro territorio, fue cuando Pedro de Alvarado, Gobernador de Guatemala, decide venir desde Centro América a conquistar el *Quitus*. Conocida la noticia por Francisco Pizarro, manda urgente a su Teniente General Almagro, para que indique a Alvarado que estaba en territorio de su jurisdicción, concedida por el Emperador, y por consiguiente, sería enfrentar una guerra civil. En efecto, Alvarado llegaba a la planicie de Riobamba con un ejército superior al que podía enfrentar Almagro. Éste lo que hizo fue fundar la ciudad de Santiago y a distancia, nada menos que la Villa de San Francisco de Quito. De este modo, cuando llega Alvarado, son los Alcaldes

Ordinarios los que le salen al paso, y reconocida la jurisdicción de Pizarro, Alvarado acepta un acuerdo compensativo y se retira.

El tercer caso es trágico. Por las Leyes Nuevas se había creado el segundo virreinato, esta vez en Sudamérica, con sede en Lima. Como sabemos, los capítulos de las Leyes Nuevas que suprimían las encomiendas levantaron en rebeldía a los encomenderos, quienes escogen como líder a Gonzalo Pizarro, hermano del Marqués Pizarro, y último quizá de los grandes conquistadores, muy golpeado personalmente luego de las guerras civiles entre pizarristas y almagristas. Gonzalo Pizarro, veterano de la guerra, lo primero que pide es que el Cabildo del Cuzco le nombre Capitán General, con lo cual tenía poder para reclutar soldados. Conseguido este poder, se enfrenta con el Virrey Núñez Vela, quien pierde la vida en la batalla de Iñaquito, y Pizarro se apodera de todo el territorio del nuevo virreinato, que estuvo al borde de perderse para la Corona, de no ser por la sagacidad de La Gasca.

Indiscutiblemente el Cabildo indiano llegó a tener, en períodos determinados, tanta o mayor vitalidad que el Cabildo castellano. Es uno, entre los múltiples ejemplos, que pone en evidencia cómo junto a la elasticidad del Derecho básico castellano, surge, a la par, un Derecho para las Indias, un Derecho teórico y práctico, que canaliza sobre el terreno el apremio de las nuevas necesidades. Basta observar la peculiaridad que ofrecen los corregimientos, gobernaciones, virreinatos y, en materia de justicia, las audiencias.

Es un Derecho que en su mayor parte se originará en la misma metrópoli, y en no escasa proporción en la misma América. Unas veces de modo formal con normas regulares, y otras en costumbres y usos a nivel local, regional o general para todas las Indias.

En todo este aspecto, la máxima responsabilidad va a recaer en el organismo creado para ese fin: el Real y Supremo Consejo de las Indias, que en 1524 aparece, al ser desbordada la Comisión interna del Consejo de Castilla, adquiriendo la total y absoluta jurisdicción en tierras americanas, como asesor principal del Monarca.

A partir de este instante, el Consejo de Indias se vuelve una verdadera catarata de legislación indiana, que abarcará, en su competencia, desde los principios rectores de mayor trascendencia, hasta las minucias normativas en el rincón más apartado del Nuevo Continente. Desde el punto de vista del Derecho y la legislación, el Consejo de Indias se merece un verdadero reconocimiento, por su esfuerzo, empeño, constancia, y ¿por qué no?, también por su competencia, a pesar de las naturales deficiencias, siempre insoslayables en toda empresa humana. El que autores juristas y no juristas se hayan entretenido demasiado en las pequeñeces del Consejo, no es suficiente para opacar una visión objetiva de

la dimensión global, que hasta la Independencia cumplirá el Consejo, cimentando la vida institucional-jurídica del futuro.

Asumida por el Consejo de Indias la jurisdicción total del gobierno, administración y justicia en América, se le hace manifiesto que las nuevas peculiaridades desbordan la capacidad resolutiva que podía tener el Derecho castellano, y con él el Derecho común, ante tantas situaciones novedosas. Por ejemplo, hay que regular adecuadamente las expediciones de descubrimiento; son totalmente nuevos los agrupamientos de población; el reparto de tierras alrededor de las abundantes poblaciones, tanto de europeos como de indígenas; la fundación de ciudades; el gobierno político y eclesiástico; el régimen de funcionamiento de las Audiencias, etc., etc.

Como no podía ser de otro modo, si se quería abarcar una verdadera posesión de tan descomunales territorios, se hizo connatural en los del Nuevo Mundo un afán creador y dinámico, lleno de iniciativas positivas compaginadas, a la vez, con egoísmos y mezquindades. De ahí que gobernantes, juristas, teólogos y moralistas, llenos de buena voluntad, asesorasen por todas partes, pues era una prueba de fuego para gobernantes y gobernados.

En unos casos se encontraron soluciones nuevas, en otros se trataba de adaptar criterios anteriores. Pero no había manera de dar criterios generales, y cuando se los daba, surgían reclamos de todas partes, dada la variada configuración geográfica y humana tan distinta de lo anteriormente conocido.

Por estas y otras muchas más razones, el Derecho que surge es inicialmente titubeante, por ser oportuno en unos casos y contraproducente en otros.

Desde la Metrópoli, para orientarse, se permitió y aceptó una total libertad de opiniones y de información, con lo cual llegaban al Consejo de Indias cantidades ingentes de: opiniones, criterios, soluciones, rechazos y críticas de todo orden, y que en vez de orientar, acababan por confundir. De ahí la volubilidad y tanteo de un Derecho, que si por esencia debería crear estabilidad, en ocasiones creaba inseguridad. Pero el Consejo fue tenaz y paciente, adelanta y retrocede, pero sigue la marcha, como si tuviera la intuición de que acabaría por entender, tal como de hecho ocurrió pasado poco más del primer medio siglo.

Para las cabezas rectoras, y por tanto para el Derecho, se presentaron, fundamentalmente, dos grandes dificultades: una de esencia doctrinal: fundamentar jurídicamente la incorporación y conquista de las nuevas tierras; y la otra, el lograr dar soluciones para el buen trato de los naturales. Esto cuando se había despertado ya la envidia y ambición de los demás países europeos, cínicamente escandalizados, cuando en sus territorios se trataba inhumanamente a las masas

de población desvalida. Pero qué cabía decir, cuando eran los mismos españoles los primero en difundir, a los cuatro vientos, las verdaderas incorrecciones.

La cuestión será enfrentada por el nuevo Derecho, desarrollando con claridad y fundamento una minuciosa exposición sobre la legitimidad de los *justos títulos*, tanto de origen papal, de acuerdo con el Derecho Internacional de la época, como según el Derecho común, por la posesión y conquista.

Y en cuanto a los naturales, el Derecho fue categórico desde el primer instante: se les declaró personas libres y, como tales, sujetos de derechos y obligaciones, como los demás ciudadanos. Doctrina ésta que ningún Derecho regional europeo, por seguir al Derecho común, reconocía en los *infieles*. De ahí que la integración en la práctica, fuese mejor o peor, pues dependía de la conducta de las personas, pero no del Derecho. Así se explica la permanente y radical protección de la Corona hacia los naturales, con una legislación verdaderamente abrumadora.

El enfrentamiento del Derecho común, en relación con los aborígenes, y el Derecho natural, de honda raigambre castellana, fue una victoria absoluta para el Derecho natural, que el nuevo Derecho positivo recoge ampliamente.

Así tenemos, pues, que se fueron encauzando jurídicamente las nuevas exigencias y realidades que apremiaban en el Nuevo Mundo. Las antiguas y nuevas instituciones, son reguladas en una fusión cada vez más equilibrada entre Derecho común, Derecho castellano, Derecho Natural y Derecho surgido en el propio terreno, que llamamos Derecho Indiano.

4. El Derecho Indiano, un Derecho especial

Una simple lectura del presente apartado podría llevar a la conclusión de llamar Derecho indiano a la suma de los distintos derechos enumerados anteriormente, y que, para no decir: en este caso se aplicó Derecho común, en este otro Derecho castellano, natural o indígena, sea más práctico generalizar, y aplicar al conjunto el término *indiano*. La calificación de *especial,* sólo vendría a reforzar la globalización territorial.

La realidad es otra. Y aunque las comparaciones nunca son exactas, nos podría servir el símil de varios metales, que, fundidos, presentan otro metal distinto. Claro que en nuestro caso concreto podríamos individualizar uno u otro Derecho. Pero esto mismo al ir pasando el tiempo quedó más diluido.

El mérito, precisamente, del Derecho indiano, será el haber conformado un *sistema jurídico,* integrando coherentemente los distintos Derechos que le sirvieron de base, con la visión jurídica, que desde la Metrópoli se captaba de las

necesidades americanas; y, desde la misma América, lo que la realidad exigía. El resultado fue, un sistema jurídico de tanta calidad, como la podían tener los demás sistemas jurídicos europeos: llámese francés, inglés, español, etc.

El fruto cara al futuro, será, como ya hemos repetido, dar suficiente base y fundamento jurídico a la autonomía del rico grupo de naciones americanas.

En cuanto a su principal gestación, la veríamos particularmente originada en dos vertientes: de una parte, desde la metrópoli, por el Consejo de Indias, expresando la voluntad de la Corona, junto a juristas, teólogos y moralistas consultados habitualmente para todas las cuestiones de mayor relevancia. De otra, brotando de los nuevos territorios, apremiados por la necesidad de nuevas instituciones o en la adaptación de las antiguas, y en lo que tomaron parte autoridades o gobernantes, juristas de tanta calidad como los europeos, que surgían de las mismas Universidades americanas, o de juristas americanizados, unidos siempre –característica de la época- a eclesiáticos competententes en Derecho como en ética social.

Sin exageración, creemos poder opinar que se trata de un sistema jurídico propiamente americano, con una extensión de aplicación superior al total del Occidente de aquella época.

Así como los europeos, dirá Bravo Lira, fueron los primeros en imponerle al Nuevo Mundo un nombre que lo abarcaba totalmente: América, así los promotores de la nueva civilización: arte, cultura, religión, derecho, etc., son los primeros artífices que aúnan lenguas, costumbres y demás modos de vivir ajenos entre unos y otros, y lograr hacer compartir formas semejantes de cultura desde México y La Florida a la Patagonia, y que el Derecho canalizó con identidad americana.

Es un Derecho dinámico con gran capacidad de adecuación a las cambiantes circunstancias. Lo más asombroso y sorprendente es, que entre los distintos gestores de esa realidad, figuran con frecuencia -al menos en la primera época- hombres culturalmente poco preparados, pues si se dan personajes como Cortés y Jiménez de Quesada, hay otros, no menos relevantes, como Pizarro o entre nosotros Benalcázar, que eran analfabetos, pero capaces de integrar territorios inmensos, que en otros lugares de rancia historia, serían verdaderos imperios.

Dinamismo de un Derecho prodigado en una legislación abundante, calificada por algunos, incluso, de descontrol legalista, cuando en realidad se enfrentaba con la novedad desbordante, que escapaba a cualquier previsión teórica e inexperimentada en los derechos tradicionales europeos.

Es un Derecho, como ha señalado Zorraquín Becú, capaz de idear, en definitiva, un sistema político, en el cual los juristas tenían una evidente preponderancia a través del Consejo de Indias, y de las Audiencias, que podían, llegado el caso, a que se anularan las decisiones gubernativas de Virreyes y Gobernadores.

Derecho nuevo que, en expresión gráfica de García-Gallo, tuvo que romper el cordón umbilical respecto al Derecho castellano al que convirtió en supletorio.

Aunque de paso, más o menos, se ha hecho referencia sobre algunas de sus particularidades específicas, por simple metodología, veámoslas agrupadas.

a) Casuismo

Recogiendo un sentir general de los historiadores del Derecho, el argentino Levaggi afirma que el *casuismo* fue la cualidad más notable del Derecho Indiano, que contrastaba con la tendencia unificadora del Derecho peninsular desde la Baja Edad Media.

El desconocimiento inevitable de la realidad americana, desde el primer instante lograda a través de informaciones parciales, y muchas veces contradictorias, obligaron a los Monarcas y al Consejo de Indias a tener que resolver los problemas muy particularmente, y renunciar a las visiones generales.

Recordemos, por ejemplo, el desconcierto del Rey Fernando, cuando le llegan las noticias de la crisis provocada en La Española por la predicación de Montesinos, y que dio origen a las famosas Leyes de Burgos. El Monarca, perplejo, podrá afirmar, y es la verdad, que en las Indias se había procedido con la mayor cautela y según Derecho, por lo que pudo reclamar justamente a sus expertos asesores, ¿por qué ocurría aquella crisis? Es verdad, ni el Monarca, ni los capaces juristas y teólogos pueden explicar lo que sucede. Porque lo que ocurre realmente es muy sencillo: empieza un Nuevo Mundo, que tiene que ser tratado como "Nuevo", y el Derecho, por raíces clásicas que tenga, debe reajustarse.

La Corona, que en materia política tiene una idea bien precisa: no permitir que en las Indias tomen cuerpo los señoríos territoriales -antigua nobleza europea-, en materia de Derecho captó, también muy pronto, que no va a poder dar normas generales, debido a la heterogeneidad de los territorios y de los pueblos. Las normas generales se deben limitar a lo estrictamente indispensable. La realidad exige al legislador un continuo tanteo, y permitir que la costumbre resuelva necesidades perentorias, y procurar que las normas particularizadas, en la medida de lo posible, vayan creando la conveniente mentalidad jurídica, para luego legislar con más fundamento, pues se ha podido comprobar que lo más bueno para un lugar, es inadecuado para otro.

Esta acertada captación del modo de enfocar la legislación desde los primeros instantes americanos, va a marcar una de las peculiaridades específicas del nuevo Derecho que, hasta el final, quedará como sello propio del Derecho indiano. Captada, asimismo, la idea, por la doctrina y literatura jurídica, no debe sorprendernos que en la época se hable de "provincialismo", y aun de "localismo", como la manera más adecuada de evitar el rigorismo inoportuno de la ley, y que dichos autores hagan una continua defensa de su necesaria flexibilidad.

Como era de esperar, pues no podía ser de otra manera, semejante criterio llevó en la práctica a una copiosa legislación, llegando en poco tiempo a tal abultamiento y, por falta de orden y registros oportunos, a un desbordamiento de normas que ni los mismos funcionarios lograban controlar, y menos, saber de su aplicación y hasta de su existencia. De ahí la intensa preocupación recopiladora que se despierta en el Consejo de Indias desde la segunda mitad del siglo XVI. Se trataba de saber, por lo menos, lo que estaba vigente y lo que no lo estaba.

La noticia que nos diera el profesor García-Gallo sobre la cantidad de leyes emanadas desde la Metrópoli, realmente es agobiante, pues él las calculaba en un millón. Y para completar el agobio, pensemos en la inmensidad del territorio, con dos virreinatos hasta el siglo XVIII, que en este siglo pasan a cuatro, las varias Capitanías Generales, innumerables Gobernaciones, Corregimientos, Cabildos, la docena de Reales Audiencias, etc., y cada una de estas instituciones con mayor o menor capacidad legislativa propia durante tres siglos. Es posible que, sin exageración, todo este Derecho "criollo" supere con creces la normativa de origen central, pues ahí están los innumerables archivos americanos: tan solo los municipales son incontables.

Tal vez este particularismo normativo, que tanto enriqueció el sistema jurídico indiano, explique el interés cada día mayor de los estudiosos, como venimos comprobando en el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

b) El recurso de suplicación ante disposiciones inadecuadas

a') Aclaraciones

El tema en sí no tuvo una gran trascendencia jurídica en la época, pero sí se le dio amplia difusión social, o quizá como hoy entenderíamos mejor: tuvo *gran comunicación social.* Y aun esto, fue posterior al fin del período indiano, conformándose como un ataque al conjunto del dominio político-administrativo-jurídico.

Por ello, de acuerdo con la amplia difusión del *slogan* "las leyes se acataban, pero no se cumplían" en América, publicamos un trabajo sobre la *aplicación del Derecho*, pues de aceptarse semejante aforismo, se anulaban

trescientos años del sistema jurídico indiano, lo cual es notoriamente falso. Aparte de que la mayor o menor aplicación del Derecho, sigue siendo un mal crónico latinoamericano. Tanto es así, que mientras escribimos estas páginas se dice en el País -por supuesto, exageradamente- que *la justicia no existe.*

Ahora bien, aunque enfrentábamos en nuestro trabajo los efectos de una deformación generalizada, éramos conscientes que el enfoque jurídico preciso, netamente técnico del tema, era y es el que realizó el profesor argentino Tau Anzoátegui, precisamente en la ponencia que nos presentó en el V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, realizado en Quito-Guayaquil. Trabajo que, como todos los suyos, es cuidado y minucioso, y que vamos a permitirnos resumirlo, para entender bien el *recurso de suplicación.* ésta es la ventaja, para los historiadores, si es que se dispone de buenos trabajos monográficos.

Para una visión superficial, la expresión *"la ley se obedece, pero no se cumple",* ha sido utilizada como que se dio en las Indias una continua rebeldía hacia las normas y autoridades de la Metrópoli. Cuando en realidad la fórmula no era más que uno de los procedimientos jurídicamente establecidos, y, en este caso, de defensa de los derechos garantizados a los súbditos.

Dentro del Derecho Procesal, el recurso de suplicación era uno más de los varios recursos, que el legislador permitía interponer en los casos de normas sancionadas, y que podían ser impugnadas legalmente, si es que se había atentado a la justicia, que el mismo Derecho proclamaba, ya fuera por falta de conocimiento del legislador, por atentarse a un Derecho ya reconocido, o por ir contra costumbre aceptada, etc.

Sírvanos unas palabras de García–Gallo, para captar fácilmente el contenido del recurso: la obediencia y el no cumplimiento subsiguiente de la ley, no era, pues, una corruptela que diese aparente legalidad a una situación anárquica de hecho, caracterizada por el desprecio de las disposiciones del Monarca, y el espíritu de soberbia de los súbditos. Constituía un verdadero recurso por vicio intrínseco de legitimidad, y como tal, regulado por las leyes.

b') Derecho castellano

Según Tau, el escaso conocimiento del Derecho medieval en América, ha hecho pensar que el aforismo «se acata pero no se cumple», respondía a una situación particular del Nuevo Mundo, y se trataba de una fórmula que las circunstancias indianas habían acuñado, al ritmo encontrado de gobernantes y gobernados.

La realidad, sin embargo, era muy otra, pues se trataba de una antigua fórmula bien conocida y tratada por civilistas y canonistas de la Edad Media.

En el Derecho castellano de los siglos XIV y XV, se registra cómo el mismo Monarca permite que se utilice el recurso, cuando en sus cartas se dispusiese algo contra Derecho, fuero, o en perjuicio de particulares. En este sentido es recogido por las Partidas.

Por consiguiente, el no cumplimiento de la disposición regia, nada tenía de rebeldía a la autoridad, ni era desprecio a la norma dada. Más bien priva un muy recto criterio de la justicia, y un gran respeto al individuo o, en su caso, a la comunidad. Tal como se ha venido diciendo, es una prueba más de la presencia del Derecho castellano en América.

Y la mejor demostración de que el recurso se hizo patente al sentimiento popular, es que Calderón de la Barca, en *La vida es sueño*, pone en boca de uno de sus personajes la siguiente expresión:

> En lo que no es justa ley
> no ha de obedecer al rey.

El propio legislador, como se ve en la Recopilación de 1567, en tiempos de Felipe II, incluye el título siguiente: *"De las provisiones y cédulas que se dan contra Derecho y en perjuicio de partes"*.

c') En las Indias

Muy al principio -hablamos de 1508 y 1509-, tanto a Diego Colón como al Gobernador Obando, el Monarca les indica que obedezcan lo que se les dispone, pero sobre su cumplimiento, consulten si es necesario, pues el Rey podía no estar bien informado y convenía se le indicase.

No se trata, pues, de una práctica introducida por súbditos, sino que es el interés de la Corona que las normas dadas sean las convenientes, según la más rancia tradición castellana de que sea el Monarca el primero que aplique la justicia.

Pero es indudable, destaca Tau Anzoátegui, que enseguida el recurso fue adquiriendo una extensión insospechada. El conquistador que había realizado la empresa con su esfuerzo, dominando la realidad indiana, lo llegó a considerar como un verdadero Derecho subjetivo, haciendo uso y también abuso. A su vez la Corona, imposibilitada de dictar normas con la firmeza y fluidez de quien conoce la realidad, debió acudir a esta figura, incorporándola a su política legislativa, para mantener el prestigio de la ley y de su

propia autoridad, y evitar el desmedro que podrían significar las normas erróneas o perjudiciales.

Fue, por tanto, la misma Corona quien con empeño cuidó el equilibrio, para que de una parte no dejase de ser un Derecho de los súbditos, y al mismo tiempo evitar el abuso por motivos egoístas. Quizá por esta última razón exigió se cumpliese *siempre* lo dictado, cuando era en beneficio de los indios, aunque se usase el recurso.

Equilibrio y control de la Corona que debió cuidar muy particularmente ante sus propios funcionarios, razón por la cual se llama la atención, en su caso, aun a los mismos Virreyes o Presidentes Gobernadores. Objetivos todos ellos que con la madurez del Derecho indiano, una vez pasada la primera mitad del siglo XVI, se manifiesta primero en los Sumarios de Aguiar y Acuña, y luego en la misma Recopilación de 1680.

Sin embargo, en esta materia nos ocurrirá lo que sucedía, en general, con todo el Derecho indiano: no hay un planteamiento definido del asunto, sino la habitual casuística que debemos entresacar dentro del conjunto legislativo.

Con la instauración borbónica, el recurso empieza a perder buena parte de su eficacia, para acabar prácticamente anulado. Esto obedece a la nueva concepción que afectará a todo el sistema jurídico. Mientras hasta el siglo XVII contaban las estructuras de reinos y pueblos, con sus marcadas peculiaridades, durante el siglo XVIII y XIX se impone el criterio del poder absoluto tan característico de las monarquías de la época, en que la obediencia al Príncipe es lo que priva como principio general del buen vasallo. Según esta corriente, la mejor manera de servir al Soberano, es la de obedecer dócilmente.

d') Fundamento doctrinal

Ya en la Alta Edad Media, la doctrina expuesta por Isidoro de Sevilla en sus famosas *Etimologías*, que vienen a ser un compendio del saber de la época, exige que la ley esté de acuerdo con la recta razón, y proteja el bien común, y que el Monarca respete el Derecho de sus vasallos, para que no sean atropellados por la misma ley. Doctrina que el Derecho Foral recogerá en varias fórmulas, según las cuales no cabían remates de bienes, ni coacción en las personas, de no ser vencidos en Derecho.

Supuso un buen refuerzo a esta doctrina el pensamiento iusnaturalista de Tomás de Aquino en el siglo XIII, así como el neoiusnaturalismo del siglo XVI entre los grandes maestros salmantinos.

Lo cierto es que la suplicación de las leyes, a nivel estrictamente jurídico, fue doctrinalmente expuesta en el Derecho común, como uno de los requisitos que aseguraban la recta expedición de las leyes. Lo importante es que el criterio era compartido tanto por el Rey como por el pueblo.

Sin embargo, a pesar de toda esta sólida raigambre doctrinal, el recurso de suplicación -nos dice Tau- no contó con una exposición en la doctrina teórica de los tratadistas, y se carece de tratados al respecto o, al menos, de exposiciones particularizadas. Tal vez se consideró que el tema era de simples casos particulares que, en su momento, bastaba dedicarles la reflexión indispensable para una solución.

De ahí que se tenga que espigar los casos, y su doctrina, en los escritos, por ejemplo, de Castillo de Bobadilla, Gaspar de Escalona y Agüero, Solórzano Pereira, Alonso de Villadiego, etc. Sin que olvidemos el caso de aplicación práctica más trágico en América: en el recurso de suplicación se apoyó, doctrinalmente, la actitud de Gonzalo Pizarro frente al Virrey Núñez Vela.

e') Realidad en la práctica

Es evidente que el recurso de suplicación se incluía en el procedimiento judicial, que hoy se distinguiría mejor en el contencioso-administrativo, pero dadas sus características tenía mayor flexibilidad que los demás recursos judiciales, lo que se manifiesta particularmente en la facilidad de los plazos de trámite.

Una vez *obedecida* la disposición por la persona o institución receptora, se analizaba la posibilidad de la suplicación ante la autoridad emisora. Con lo cual quedaba clara la distinción entre *obedecer* y *suplicar*.

Dentro del formalismo de la época, vemos, por ejemplo, que en el Cabildo de Guayaquil o Quito, el Alcalde Ordinario de primer orden o el que le subrogue, besaba la disposición y se la ponía sobre la cabeza, en manifestación de obediencia a la autoridad.

No existía un plazo señalado para la suplicación, pero lo ordinario era que una vez realizada la obediencia y estudiada la situación, en la sesión siguiente se planteaba el suplicar.

En general, la suplicación podía plantearse ante cualquier norma de gobierno, bien proviniera del poder central como del regional. Y lo mismo podía hacer uso del recurso un Virrey, un municipio, persona particular afectada, etc.

Se daba por supuesto que la causa o razón del recurso debía tener fundamento; para ello estaba el asesoramiento de letrado, para ver si realmente se había procedido contra Derecho, contra algún ordenamiento particular o contra costumbre inmemorial del lugar, pues lo que se pretendía era hacer más justo el servicio al Rey.

El efecto inmediato era la suspensión de la norma dada, y esperar que el legislador revocara o ratificara la decisión inicial.

Dadas las circunstancias de la época, y particularmente las grandes distancias y la prodigalidad con que se contaba con el tiempo, muchos recursos quedaban en simples intenciones de planteamiento, no se insistía o se debilitaba el interés inicial, con lo que el recurso de hecho se hacía ineficaz. Pero lo que sí quedaba siempre manifiesto, tanto en la doctrina, como en la práctica, es que el segundo mandato o la ratificación de lo dicho era ya invariable y no admitía nueva suplicación.

c) La costumbre

Ha sido ordinario, en toda gestación del Derecho, que junto a la ley propiamente dicha, haya tenido papel relevante la costumbre.

Del Derecho Romano pasó al Derecho común europeo la clasificación de la costumbre: *secundum legem*, *contra legem* y *praeter legem*, es decir, de acuerdo con la ley, contra la ley y sobre la ley o completando la ley. División por lo demás clásica en todo Derecho occidental. Lógicamente, el Derecho castellano así la incluía, y pasó al Derecho indiano.

Si la costumbre amainará en Europa, ante un Derecho cada día más elaborado, y la ley la irá desplazando, en las Indias va a suceder todo lo contrario, pues va a contar con un caldo de cultivo excelente, por razones muy evidentes: titubeo inicial en la legislación; elementalidad de ciertas estructuras jurídicas iniciales; territorios inmensos tantas veces aislados de los lugares de gobierno; desconocimiento de la ley, bien fuera por falta de los textos legales, o por el deficiente desarrollo de la imprenta en aquellos instantes; por conveniencia; resistencia a la autoridad, etc. Lo cierto es que todo ayudaba a un nuevo renacer de la costumbre en las Indias. Así puede apreciarse en el reconocimiento que hallamos en las distintas recopilaciones privadas, como en la Recopilación de las Leyes de Indias, que procuran encauzar bien y confirmar las buenas costumbres introducidas con el tiempo.

Tampoco aquí encontramos una doctrina general sobre la materia, debido a que tanto los juristas de la Metrópoli, como los indianos, daban por supuesta toda la abundante literatura ya recogida en el Derecho castellano, y siendo éste supleto-

rio del indiano, no era necesario darle mayor desarrollo. Los autores se limitan a dar breves referencias -frecuentes, por cierto- a la costumbre, pues era doctrina de sobre conocida.

En particular, algunas instituciones, por novedosas, estuvieron mayormente bajo la acción de la costumbre; digamos, por ejemplo, la fundación de ciudades; el reparto de tierras y concesión de mercedes, tan común en los primeros tiempos, como compensaciones del Estado a servicios prestados; reparto de encomiendas; puesta en marcha del Patronato indiano, y como consecuencia de éste la realidad práctica de la asombrosa evangelización; nuevo reajuste del "régimen de policía" que en aquel tiempo era hasta el más pequeño detalle de la convivencia social, la seguridad y la guarda de la moral pública, etc.

Donde más abundante y manifiestamente nos encontramos con la costumbre, es en el área local del Cabildo indiano, que siempre quedó, aun en la legislación, con un amplio margen de libertad en su desarrollo. Todo estudioso familiarizado con Actas capitulares puede comprobar dicha realidad. Pues por la revitalización del municipio indiano, sobre el antiguo castellano, se aprecia especialmente en el siglo XVI un continuo enriquecimiento en la actuación de los tradicionales oficios municipales, tanto en el Cabildo civil, como en el eclesiástico, sin dejar de lado el novedoso Cabildo indígena.

Tal vez la razón de la importancia que en América logra el Cabildo o Municipio, se debiera a que la vida real se desarrollaba en los núcleos de población, pues ante la realidad de una densidad poblacional deficiente, con dominio sobre grandes extensiones, tenía que apiñarse lo más posible para garantizar su propia defensa y estabilidad. Circunstancia, por tanto, que facilitaba un continuo resurgimiento de iniciativas, no siempre reguladas por el Derecho existente.

Ya al estudiar directamente el Cabildo indiano veremos su trascendencia inicial, su cierto estancamiento, como consecuencia de la venta de oficios, y su nuevo resurgir al finalizar el período indiano, como precursor de los Estados americanos.

d) Derecho criollo

Calificación ésta que estimaríamos acertada por referirse, dentro del Derecho indiano, al conjunto de normas originadas en las propias Indias. El concepto, introducido con cautela por Alfonso García-Gallo, ha sido ampliado por otro destacado especialista del Derecho indiano, como lo es Sánchez Bella. Si bien Sánchez Bella nos dice que es un campo todavía poco conocido, por la falta de estudios sistemáticos, ya un trabajo suyo es un buen principio, pues nos da, a título de referencia, abundantes datos que originarán estudios posteriores.

La expresión, propiamente, no se halla en las fuentes, si bien a partir de la segunda mitad del siglo XVI cada vez son más frecuentes las referencias a principios y normas emanadas en las mismas Indias, como manifestación implícita del valor que dichas normas, costumbres y usos, tenían junto al Derecho castellano. Dichas referencias cada vez se harán más abundantes desde esas fechas en adelante, hasta poder apreciar ampliamente su riqueza en el contenido de la Recopilación de 1680.

Si bien en las instituciones de mayor envergadura, como lo eran Virreinatos, Audiencias y Gobernaciones, se hace más asequible el captar la riqueza jurídica criolla a través de Ordenanzas, Autos Acordados, Reglamentos, Bandos, etc., habrá que rastrear con cuidado y atención su peculiaridad en ámbitos locales de jurisdicción más restringida.

Precisamente, en esta última dimensión, es donde se hará más evidente la riqueza de dicho Derecho, porque sus preceptos o indicaciones brotaban del lugar y circunstancias que allí se apreciaban, lo cual no era fácil captar desde la Metrópoli. Sírvanos un ejemplo que sacamos de nuestros Autos Acordados en tiempo del Presidente Morga. Al ir a visitar Cuenca tiene que seguir su viaje, naturalmente a caballo, y al ir pasando por los distintos *tambos,* capta, inmediatamente, que tanto españoles como mestizos y aun indios, recibían buena atención; y, sin embargo, no se pagaba adecuadamente a la familia *tambera*, si es que no se le estrujaba. El Presidente, gracias a esa visión directa, dictará un auto acordado regulando debidamente la obligación de pagar, y de no abusar de la atención en los tambos del Distrito.

De modo similar, pueden chequearse detalles interesantes en las Ordenanzas de Quito y Guayaquil -como en tantas Ordenanzas de Cabildos americanos- publicadas y comentadas por nosotros.

Basta seguir con atención el *Tratado de las Confirmaciones Reales* de Pinelo, o la *Política Indiana* de Solórzano Pereira, por citar obras sobresalientes, para ver cómo se ha enriquecido el Derecho criollo en el siglo XVII. Dada la calidad científica de los autores citados, podemos percibir cómo la normativa autóctona complementa y refuerza el Derecho indiano de procedencia metropolitana, a la vez que se individualizan detalles de origen netamente criollo.

El estudioso encontrará los matices vivos y palpitantes del rico contenido jurídico criollo en multitud de instrumentos de la vida ordinaria: contratos de compraventa, depósito, censo...; protocolos notariales; Ordenanzas o reglamentos dictados en las visitas de los Oidores al territorio; documentos de visitas concretas; de jueces pesquisidores; las mismas sentencias judiciales, etc.

De todos modos, el mismo autor que nos ha introducido en el concepto de Derecho criollo, es decir García-Gallo, nos ha dejado unas observaciones de prudencia a tenerse en cuenta, en el sentido de que no exageremos ligeramente el valor de dicho Derecho. Pues no se trata de un Derecho reaccionario frente al Derecho indiano de origen central, sino que debe ser visto como soluciones precisas sobre el terreno, que necesitaban resolverse de acuerdo con el ambiente, y que estaban concordes con la visión general del Derecho indiano. Aspecto éste muy lógico, si tenemos en cuenta que las autoridades y los mismos juristas, ya porque estuvieran adaptados a las Indias, o fueran nativos, tenían el empeño auténtico de cuidar celosamente las leyes y la voluntad del Monarca.

5. El Derecho y la unificación de finalidades

a) Principales fines

Si tenemos presente la concepción territorial europea al salir de la Edad Media, no causa sorpresa alguna comprobar en todos los reinos un gran afán de expansión territorial y de engrandecimiento. Y esto, no sólo como sentir de la realeza, sino de los mismos pueblos. A mayor expansión, a mayor poder, mayor orgullo nacional. La manifestación de esta realidad es constatar en los escritos dirigidos al Rey, que concluyan con frases más o menos similares a ésta: *"Que Dios bendiga a Su Majestad con mayores territorios"*. Algo tan real o protocolario como nuestro *"Dios, Patria, Libertad"*.

Pensemos en lo que debió suponer para aquel tiempo la noticia de haberse descubierto el camino a la India -aunque lo de la India fuera erróneo-; luego el asegurarse la conquista de unas grandes Islas; para acabar sabiendo que se ha descubierto un Continente mayor que varias Europas juntas. La sorpresa, la euforia y las envidias desplegaron sus velas al viento.

He ahí, sorpresivamente, el gran desafío que se le presentaba al Derecho, al tener que encauzar ideas y ambiciones tan contrapuestas y reales, como: grandezas de poder, fantaseado espíritu aventurero, afanes de riqueza y audaces celos evangelizadores. Demasiados factores desmedidos y aglutinados para que los equilibrara una ponderada justicia.

Por suerte, en cuanto al Estado o la Corona, se hallaba en un buen momento: los Reyes Católicos eran capaces y ponderados, asentados sobre firmes principios de gobierno. Isabel, titular del Reino de Castilla, que iba a ser como la piedra angular del Nuevo Mundo, era de moral intachable. Tal vez por esto, contra el sentir de la época, declaró inmediatamente a los *naturales* como libres y vasallos de la Corona, principio base que mantendrá dicha Corona hasta el fin, por encima de las irregularidades de la vida práctica.

Había que dar solución jurídica a la nueva realidad, y la primera gran misión del Derecho castellano era encontrar solución al problema internacional, en sí mismo apremiante. Para ello se resuelve el problema con Portugal por el tratado de Tordesillas. Se consigue de la Santa Sede la concesión legítima de las nuevas tierras descubiertas y por descubrir, y así se logra sin dificultad en un primer instante, por estar de acuerdo con el sentir de la época.

La presencia indígena plantea desde el primer momento problemas imprevistos para la mentalidad europea, pero dio ocasión a una legislación original que amplió, con creces, el viejo y elemental esquema del Derecho laboral, abriéndole cara al futuro, aunque tendrá mucho que caminar. Por su parte el Derecho privado enfrentará la condición jurídica de los naturales, aspectos del Derecho familiar y sucesorio, que son magníficas pruebas de la elasticidad del Derecho castellano, espoleado ya desde el principio por la realidad americana que, como ya sabemos, canalizará el Derecho indiano.

Es importante destacar la importancia que tuvo, para toda la política a seguir en las Indias, el hecho de la concesión pontificia. Algunos autores, y entre ellos uno tan relevante como Zorraquín Becú, llega a afirmar que toda la singularidad del Derecho indiano reside en que sus bases aparecen ya en las Bulas Pontificias de 1493, con sus principios de originalidad y coherencia.

También es verdad que la honda concepción cristiana de Castilla, afianzada por siete siglos de lucha contra el Islam en la Reconquista, era el mejor sustrato para asentar los planteamientos pontificios que se marcaron para América, colocando en primer lugar el imperativo de la evangelización de la tierra adquirida. Principio éste, dígase lo que se quiera, adoptado por la Corona como fin primordial, sin que esto elimine los otros fines del Estado, que por supuesto los tuvo.

Fijémonos, por ejemplo, en lo interesante que resulta, en esta cuestión de los fines, la breve formulación que hace un simple soldado, por culto que fuera, como lo es Bernal Díaz del Castillo: *"Para servir a Dios y a Su Majestad y dar luz a los que están en tinieblas, y también por haber riquezas"*.

Es difícil encontrar una formulación más breve y certera de la realidad de fondo que movió el sentir del Estado y de los castellanos. Sentir que se compagina muy bien, con aquel de la consulta hecha a Felipe II sobre la conveniencia de abandonar las Filipinas, por lejanas, costosas y nada rentables. A la que contestó el Monarca, que si era necesario hipotecaría todos sus reinos europeos y de América, antes que permitir se dejase de propagar la Fe en Filipinas. Se comprende, que estos criterios, y otros semejantes, no hayan caído bien a determinados historiadores, y se procure el silenciarlos.

Que el fin fundamental en las Indias tuviera una formulación trascendente, es ya obra de Isabel la Católica en 1504, ratificado por Felipe II en 1571 y por Felipe IV en 1536 en las Ordenanzas del Consejo de Indias, y que la Recopilación de las Leyes de Indias expresa con las siguientes palabras:

> *Según la obligación y cargo con que somos Señores de las Indias y Estados del Mar Océano, ninguna cosa deseamos más que la publicación y ampliación de la ley evangélica y la conversión de los indios a nuestra Santa Fe Católica.*

Ahora bien, decir que la expansión y poder del Estado indiano, y el aprovechamiento de sus recursos materiales, era algo muy secundario, sería otra tontería.

Que la problemática indígena, con todos sus abusos en la práctica, tenga entidad suficiente para haber provocado confusiones, aun entre estudiosos de buena voluntad, es una realidad evidente que ahí está. Pero a su vez habría que tener en cuenta apreciaciones como las del norteamericano Lewis Hanke, nada sospechoso y muy serio investigador, al decirnos que la conquista de América fue mucho más que una extraordinaria hazaña militar y política, fue también uno de los mayores intentos que ha presenciado el mundo, para que prevalezcan los preceptos cristianos en las relaciones entre las gentes.

En todo este entrecruzarse de aspiraciones, metas y fines, hay que situar el formidable enriquecimiento que se produjo para todo el Derecho público occidental o europeo, pues a fin de cuentas el mayor aporte del Derecho indiano, tanto en las normas de la Metrópoli como en el Derecho criollo, fueron en Derecho público. Se acabó creando, para el desarrollo de las distintas instituciones, una gran burocracia de mentalidad jurídica aguda -eso es lo que siempre admira en un pueblo guerrero salido de la Reconquista-, creadora de un armazón jurídico general, capaz de prolongarse y perfeccionarse por tres siglos, empeñados, además, en una fidelidad asombrosa a la voluntad Real, sin que esto excluyera, en tantas ocasiones, y a nivel individual, las más egoístas ambiciones.

Mentalidad jurídica nueva, que desarraiga para América cualquier intento de feudalismo en su estricto sentido jurídico, y se crea, con gran acierto, una estructura político-jurídica de Reinos, como instrumento eficaz de colonización y civilización, que lleva a decir a Phelan -ya familiar entre nosotros por su libro *El Reino de Quito*- que es un gran error aplicar a los reinos indianos, el concepto moderno de colonias.

b) Periodificación

Si todo sistema jurídico tiene como objeto integrar las normas convenientes, para regular los distintos intereses de la sociedad en cada instante, es natural

que el sistema jurídico, a través del tiempo, presente una evidente evolución -que en nuestro caso lo será por tres largos siglos-, en la cual se muestren diferencias notorias desde su comienzo a su fin.

Ante el sistema jurídico indiano puede observarse que la evolución o variaciones apreciables están dentro de una racional estabilidad, por la sencilla razón de que su estabilidad procede, principalmente, de la continuidad en los principios motores del sistema, poco variables en lo esencial durante todo su período de vigencia. Desde el primer día, por ejemplo, y sin pretender ser exhaustivos, hay conciencia de integrar e integrarse con los naturales; nada de ir a eliminarlos; hay que evangelizar; asentamiento e incorporación definitiva para colonizar y civilizar, sin reservas culturales ni sociales dentro del ordinario desarrollo; se crean reinos que se integren en la Corona; aprovechamiento de los recursos de la naturaleza, como respaldo continuo al propio sostenimiento; apuntalar la estabilidad de la Corona frente a la ambición de las nuevas potencias europeas, etc.

En cuanto a las instituciones, como ocurre en todo sistema jurídico activo, unas se afianzan y desarrollan, mientras otras quedan postergadas o superadas. Así vemos la paulatina extinción de las Capitulaciones de conquista, expansión y población; se acaban superando las encomiendas y sus problemas anexos; el mismo Consejo de Indias perderá su omnipotencia de dos siglos, ante las Secretarías de Estado, etc.

Por otro lado, el querer señalar una periodificación certera de la evolución del sistema, también es difícil, y demostración de ello son los diferentes criterios seguidos por los autores. No obstante, cabe apreciar con bastante claridad cambios de timón definidos, que manifiestan enfoques diversos en el gobierno y en la legislación de las Indias, que si no suelen ser de carácter agudo, sí lo son de rectificación y de mejor adecuamiento.

1°. Empezaríamos por un *período inicial* (1492–1513) *de asombro, entusiasmo y perplejidad.* Todo a la vez. Es el momento de exploración y asentamiento antillano, que concluiríamos en la crisis ocasionada en La Española, que dio ocasión a las Leyes de Burgos (1512–1513).

Se empieza con las Capitulaciones de Santa Fe ante los Reyes Católicos y Colón. Sólo existe una fantasía: no hay territorio ni sociedad a regir. Por curioso que parezca, estamos ante un Derecho sin fundamento objetivo, es decir, una hipótesis, que Colón convierte en real.

De inmediato entra en juego, a fondo, el Derecho internacional, pues además de la toma de posesión, que según el Derecho común ya es suficiente para incorporar un territorio de infieles, se recurre al Papa, para que internacionalmente dé

plena legitimidad a dicha posesión y la vincule a la Corona de Castilla. Portugal, en ese instante el único reino conflictivo, ratifica la anterior división atlántica del Tratado de Alcaçobas, y lo amplía con el nuevo Tratado de Tordesillas, y por él incorporará, sin saberlo, el futuro Brasil. A Castilla le queda el resto del Continente para explorar y conquistar.

La Europa que está saliendo de la Edad Media estaba muy entretenida en la lucha entre Monarcas y Señores feudales. Todavía no tiene tiempo para la envidia y la ambición sobre las nuevas tierras, y se queda con el asombro y la sorpresa del Descubrimiento. Por supuesto, se acepta la concesión papal a través de las Bulas pontificias.

Muy pronto se ve la incapacidad de gobierno de Colón, que debe sustituirse. Veremos al Gobernador Nicolás de Obando y al propio hijo de Colón, Diego, incluso como Virrey. Se establece la primera Audiencia en la Española, paso decisivo para la iniciación de las Audiencias americanas. Por la Santa Sede se concede el Real Patronato, con lo cual toda la organización de la Iglesia en América, y su desarrollo evangelizador, queda encargado a la Corona en la persona del Monarca como Patrono.

Es el período de inmediata aplicación del Derecho castellano, y con él del Derecho común, que muy pronto sienten el forcejeo jurídico que les causa la novedad de circunstancias. Si bien se ha creado la Casa de la Contratación, para todo el movimiento o tráfico con América, es todavía una institución incipiente llevada personalmente por la discutida figura de Fonseca.

Cuando todo parecía seguir un curso normal, visto desde la Metrópoli, salta el primer gran problema americano, de gravísimas consecuencias dentro y fuera de las Indias, por la necesidad de solución justa para los naturales, y por la desproporción típica del apasionamiento hispánico. Es lo que motivará la expedición de las Leyes de Burgos.

Conocemos ya el desconcierto del Rey Fernando, convencido del buen gobierno dado a América, con el asesoramiento de sus consejeros. Sorprendido ante los nuevos hechos, los enfrenta con diligencia. Lo que ocurre es que el problema desborda a todos, y las medidas que se tomarán con la más buena voluntad, en sí serán magníficas, pero la realidad americana va a necesitar soluciones nuevas y totalmente distintas a las empleadas, hasta ese instante, en el Viejo Mundo.

Lamentablemente, como es sabido, las Leyes de Burgos van a quedar inoperantes en la práctica. Pero sí quedó abierta una aguda batalla ideológica que encabezará y defenderá con tenacidad un español apasionado: Las Casas.

2°. El siguiente período (1513–1566) es *de expansión*: *inconcebible, heroica, trágica y deslumbrante.* En extensión abarca desde La Florida a la Tierra de Fuego, encontrándose con superestructuras como México y Perú, ofreciéndose en conjunto un Continente descomunal.

O un nuevo Derecho canaliza vigorosas instituciones, o el caos será inminente. Y ésta fue la genialidad del Derecho indiano, salido de la entraña de los Derecho europeos, que por tres siglos va a ser la fortaleza de retaguardia, en una tensión creadora propia de todo Derecho, cuya misión es siempre el encauzar la realidad práctica que la sociedad le impone.

Así pues, vemos a la Casa de la Contratación, nacida en el período anterior, que avanza y se tecnifica a pesar de todos sus altos y bajos.

El Consejo de Castilla es desbordado, ante la realidad americana, y Carlos V, buen gobernante y político sagaz, ve la necesidad de dar a América un Consejo, de tanta prestancia como los ya existentes, y dada la magnitud del territorio y de la empresa a realizar, crea en 1524 el poderoso Real y Supremo Consejo de Indias, que desde el primer instante se perfila como omnipotente para todas las necesidades indianas.

El Estado indiano todavía titubeante empieza a afianzarse con una legislación cada vez más adecuada a la realidad, y una buena prueba de ello son las Leyes Nuevas, a pesar de la crisis que provocaron los capítulos sobre las encomiendas, pero el resto de los capítulos dan soluciones de cara al futuro. "Regulan el fundamento del Real y Supremo Consejo de las Indias", resume Muro Orejón; "crean el virreinato del Perú y las Audiencias de Lima y Los Confines; reorganizan las actividades de las distintas Audiencias y Gobernaciones, así como de las justicias menores indianas; reordenan la Real Hacienda; disponen acerca del modo de realizar los nuevos descubrimientos; e implantan fundamentales reformas en la reglamentación de los trabajos, tributos y encomiendas de indios, y, juntamente, proclaman la abolición total de la esclavitud y de los nativos. También a los negros se los protege en sus trabajos".

Superada la crisis peruana, el conjunto de la administración indiana quedó robustecida. La creación de los dos virreinatos, y el aumento de las gobernaciones mostraron sus efectos. Por otro lado, mientras en la Península existían dos Audiencias Chancillerías, empiezan a multiplicarse las indianas, y las Audiencias, en general, canalizaron bien la justicia y fueron un respaldo eficaz para la función gubernativa.

La encomienda, si bien subsiste a pesar del intento de supresión de las Leyes Nuevas, ha recibido un golpe de muerte con la supresión del trabajo personal, e

instaurarse las encomiendas de tributo, que poco a poco acabaron por extinguirse.

Otro importante logro del período fue el delimitar las peculiaridades de las dos repúblicas -cosa pública-: la de los españoles y la de los indios, ante la inoportunidad de vivir juntos, y es cuando el Derecho indígena pasa a integrarse, con toda dignidad, como un componente más del Derecho indiano.

Todo va quedando cada día más claro y definido, aunque permanezcan los primitivos problemas: grandes extensiones territoriales difícilmente controlables; la continua variante de las circunstancias; la lentitud de comunicación, por razón de las inmensas distancias, etc., que si bien teóricamente, y en función de sus principios, el Estado se hallaba centrado, la realidad práctica necesitaba que todas las directrices tomadas se conociesen y fueran asequibles a todos. Es decir, se sugería, como algo urgente, recopilar todo lo que el Derecho indiano, y por él el Estado, había dispuesto para todos los habitantes del Nuevo Mundo. Esto es, precisamente, lo que realizará el período siguiente, a pesar de los retrasos y lentitudes.

3°. El nuevo período o etapa en la evolución del Derecho, lo veríamos entre 1566 y 1700. Es un *período de estabilidad y solidificación del Derecho*, y con él de todas las instituciones, particularmente las de gobierno, pues el Estado indiano adquiere pleno control de la sociedad, y las iniciativas privadas que tanto desequilibraron anteriormente, por ser en buena parte las gestoras de la realidad americana, ahora van cediendo en sus privilegios, y es el Estado, a través del Derecho, el que marca las pautas. La tenaz legislación acabará por ganar la batalla. Y uno de los medios para que se logre su conocimiento, es estimular a que se realicen colecciones de leyes, e incluso, intentos de recopilación general, algo que al fin se logrará en 1680 con la Recopilación de las Leyes de Indias, en tiempo de Carlos II, último de los Austrias.

La fecha inicial del período, 1566, está cargada de negatividad absoluta, debido a que el Presidente del Consejo de Castilla, Diego de Espinosa, pidió al Bachiller Luis Sánchez, que por lo visto había residido largos años en el Nuevo Mundo, que le diera un informe, lo más preciso posible, de la realidad americana. Y en efecto, Sánchez le entregó un extenso Memorial, cuya conclusión no podía ser más desastrosa y quizá demagógica, por encuadrarse en la línea del más puro criticismo hispánico, pues su resumen era: *despoblación y destrucción de las Indias.*

Conocido el Memorial por Felipe II, decide tomar medidas inmediatas, y decreta una *visita* al Consejo de Indias, encargando de ella a Juan de Ovando. A la vez, convoca una *Junta Magna* con prohombres que valoren y asesoren lo con-

veniente. Entre los miembros de la Junta estaba el mismo Ovando y el elegido Virrey del Perú, Francisco de Toledo.

Felipe II va a ser más afortunado que su padre el Emperador, cuando decretó la visita al Consejo en 1542, pues Ovando es un hombre excepcional, por su formación y competencia administrativa: sobrino nieto del primer Gobernador de La Española, Nicolás de Ovando, discípulo de Vitoria en Salamanca, graduado de doctor en ambos Derechos en dicha Universidad, de la que pasa a ser Profesor, lo cual dice mucho en esa época.

Ovando concluirá la Visita en 1571, y sin tanto pesimismo como el Bachiller Sánchez, pero sí con objetividad, y presentando soluciones, como resume García–Gallo, concluye: desconocimiento de las Indias y de sus problemas; desconocimiento en las Indias y en el Consejo de la legislación dictada; y, descuido en el nombramiento de Consejeros y funcionarios, al designarlos más por premio de servicios, que en atención a su capacidad.

Informado Felipe II lo primero que hace es nombrar Presidente del Consejo de Indias a Ovando, con plenitud de poderes, encargándole que enfrente el problema con tanta precisión diagnosticado. Encargo que Ovando asume con su peculiar responsabilidad, y realiza magistralmente. El hecho lamentable, por imprevisible, fue la prematura muerte de Ovando ocurrida en 1575, dejando truncados muchos de sus grandes anhelos, si bien queda ya marcada una pauta definitiva cara al futuro.

Para enfrentar la primera de las tres grandes fallas esenciales detectadas en América, Ovando ha preparado una *Instrucción,* por la que solicita descripciones detalladas de cada una de las partes y lugares de las Indias, para sobre esa base poder disponer la legislación oportuna. Por ejemplo, es interesante ver alguna de esas descripciones de nuestro territorio publicadas por Jiménez de la Espada. De este modo hizo llegar al Consejo un aluvión de datos precisos que daba cabal conocimiento de cada lugar.

Respecto al segundo punto -desconocimiento de las leyes-, Ovando prepara, y llega a redactar, una Recopilación de todas las leyes dadas y vigentes conservadas en el Consejo. Y respecto al tercer punto -nombramientos de funcionarios-, se hizo una selección más cuidadosa, y basta ver el ejemplo del nuevo Virrey del Perú, Francisco de Toledo, quien continuará en Perú lo que Ovando no pudo concluir para todas las Indias.

Por la dificultad en aprobarse ante la Santa Sede el primer libro de la recopilación ovandina, al tratar de la Iglesia en América, quedó paralizada la recopilación, pero se lanzan en forma de Instrucciones u Ordenanzas, partes fundamentales de la legislación preparada, y así se dictan en 1571 unas Ordenanzas muy

completas que reestructuran el Consejo de Indias; igualmente unas Ordenanzas sobre el Patronato indiano; y la Instrucción sobre Descubrimientos y Población por la que se controla por el Estado un aspecto tan importante en aquellos instantes, dadas las críticas internas y externas que provocaba el tema. Sin duda la muerte de Ovando frenó, de momento, la vigorosa carga legal desplegada por el Consejo de Indias, si bien estaba ya mejor orientada y, aunque con lentitud, irá adelante.

La importancia fundamental de Ovando, fue la de asegurar todo lo positivo realizado en las Indias hasta entonces, y en comentario de García-Gallo, "a partir de Ovando, y a lo largo de casi siglo y medio, el Derecho indiano goza de gran estabilidad", hasta el punto de poder afirmarse que el sistema jurídico indiano logra verdadera jerarquía como Derecho especial.

Imposibilitada, pues, la recopilación ovandina, sí continúa la idea de recopilar las leyes dictadas, y el Derecho indiano consolidado, ya no sólo es un Derecho especial, sino *propio*, con tanta calidad como pueda tenerla otro Derecho europeo, tal como lo muestra la gran calidad de la literatura jurídica del siglo XVII y, en particular, la excelente sistematización mostrada por Solórzano Pereira en su *Política Indiana.* Tanto es así, que en la Península se dispuso que las leyes dadas para Castilla, no pueden regir en las Indias si no se declara expresamente. Como algún autor contemporáneo ha dicho gráficamente, se cortó el cordón umbilical directo con el Derecho castellano.

4°. El *último período* indiano (1700-1824) se inicia con Felipe V, nieto de Luis XIV de Francia, al triunfar en el problema sucesorio de la Corona, y concluirá con la Independencia.

Con la instauración de los Borbones, siglo XVIII, si no podría decirse propiamente -visto desde América- que se da un *cambio radical* en toda la administración indiana, sí cabe afirmar que el cambio fue lo suficientemente innovador para que, sin alterar en su mayoría y esencia las antiguas instituciones americanas, sufriesen éstas readaptaciones ante la novedosa creación de las *Secretarías y las Intendencias.*

Sin duda alguna, las Indias entran en un revisionismo reformista acorde con el nuevo espíritu racionalista europeo, principalmente de criterio afrancesado. Y con "la panacea de la Ilustración", dice entre nosotros Rafael Euclides Silva, *"y la tibia caricia de las libertades"*, todo se quiere ver en función de comercio. Por otro lado, sigue afirmando dicho autor, "se abrió paso a la burguesía sin escalones y esferas. El trabajo, condición humillante y servil en siglos anteriores, tuvo valoración más humana y pragmática, por el hecho de exaltarse el bienestar económico y la vida cómoda".

El Rey, de acuerdo con el sentir político-sociológico de la época, se ha erigido en Señor omnímodo de vidas y haciendas, dejando trasnochado el viejo concepto paternalista castellano de guardián de la justicia y protector de sus vasallos, para exigir ahora poco menos que sumisión incondicionada.

El Consejo de Indias, que desde su creación en 1524 había sido el árbitro absoluto de toda la administración americana, con la primera reforma de Felipe V en 1714 pasa a reducir su competencia, prácticamente, al terreno judicial, al introducirse las *Secretarías de Despacho*, y con ellas la "vía reservada", o directa comunicación del Rey con sus Secretarios.

La reforma de Felipe V introdujo cinco Secretarías: Estado, Gracia y Justicia, Hacienda, Guerra y Marina, e Indias. Otra reforma de Fernando VI introduce la Secretaría de Despacho Universal de Indias, que debía coordinar la totalidad de asuntos de las Indias. Con Carlos III se destaca extraordinariamente José de Gálvez al frente de la Secretaría de Despacho Universal, y a su muerte, Carlos III la divide en dos Secretarías: una para los asuntos eclesiásticos y de Gracia y Justicia, y otra de Gobierno, Guerra, Hacienda, Comercio y Navegación. También Carlos III creó la Junta Suprema de Estado, que unía todas las Secretarías de Estado y la de Despacho Universal. Por su parte, Carlos IV suprime las dos Secretarías del final del reinado de Carlos III, y ordena que las Secretarías de Estado, Gracia y Justicia, Hacienda, Guerra y Marina, atiendan tanto los asuntos de Europa como de las Indias. Por último, en el conjunto de todas las reformas borbónicas, Fernando VII crea el Secretario de la Gobernación de Ultramar, pero pronto, en 1815, se vuelve a que cada Secretaría resuelva lo pertinente a la Península y a las Indias.

Las Audiencias, sin mayor cambio esencial, tendrán al frente a un Regente, y se plantea el reforzarlas con mayor número de Oidores, para que se agiliten los trámites judiciales. En lo que afecta a Quito, los cambios no tienen mayor trascendencia. Si acaso, lo tendrá en su marcha interna, las reformas eficaces del Visitador-Presidente José de León y Pizarro.

Muy importante fue el introducirse la libre contratación entre los Reinos de las Indias, anteriormente muy restringida, afectándonos positivamente la apertura de puertos en 1765 y luego en 1775, pues el puerto de Guayaquil adquiere activación considerable, en particular para la comercialización del cacao.

Desde el punto de vista del gobierno, fue de gran trascendencia la creación en el siglo XVIII de dos nuevos virreinatos, el de Santa Fe de Bogotá y el de Río de La Plata o de Buenos Aires.

A nivel gubernativo-económico-fiscal, tal vez el mayor intento innovador borbónico estuvo en la introducción de las *Intendencias,* institución de origen fran-

cés. Sin duda era un buen planteamiento para la activación administrativa de las Indias. Ahora bien, es muy posible que lo tardío del intento, la provisionalidad de la puesta en práctica, y las indiscutibles inquietudes independentistas, mermaron las fundadas esperanzas que dicha institución presagiaba. Por otro lado, la vitalidad y eficacia que en su conjunto imprimió a toda América el reinado de Carlos III, no tuvo en sus sucesores la continuidad necesaria. Ya en particular, en lo que afecta a la Presidencia de Quito, tuvo muy poca trascendencia la teórica instauración de la Intendencia.

La supresión de la Audiencia de Quito en 1717, y su restauración en 1739 al virreinato de Santa Fe, no tuvo más consecuencias que la simple ambigüedad creada en ese breve período, muy reducido en la realidad práctica debido a las habituales lentitudes administrativas.

Más grave fue, y pudo serlo cara al futuro de la nacionalidad ecuatoriana, la intromisión del Virrey Abascal a principios del siglo XIX, al incorporar Guayaquil al Perú como una provincia administrativa más. Gracias al Cabildo de Guayaquil, a su Gobernador Cucalón y al Presidente Carondelet, se logró que llegara a tiempo la Real Cédula de 1819 por la que el Monarca declaraba nulo todo lo dispuesto por el Virrey Abascal. El retraso en dictar la Real Cédula se debió a las complicaciones de Madrid, de sobra conocidas. Por nuestro trabajo: *Guayaquil jamás fue del Perú*, ya los alumnos conocen con detalle el problema. En este trabajo usamos el término *nulidad,* en el más estricto sentido jurídico, tal como lo contiene la Real Cédula.

De verdadero interés para la Presidencia de Quito durante el siglo XVIII, fue la tarea realizada por el Presidente José García de León y Pizarro, a la vez encargado de la Visita General a la Audiencia. Hombre de confianza en el reinado de Carlos III, hizo cambios sustanciales en todo lo judicial y Real Hacienda, por ser experto magistrado. Nada quedó fuera de su afán revisionista: revitalizó la Audiencia como tal; creó dependencias públicas de control y estancos; innovó el sistema hacendario; fue muy exigente en el ajuste de cuentas, etc. Y al ser trasladado al Consejo de Indias y cesar en la Presidencia de Quito, tuvo la habilidad de dejar como sucesor a su yerno el Fiscal Juan José de Villalengua y Marfil, que continuó las reformas de su suegro dándoles estabilidad.

Por último, por hacer una simple referencia, estaría todo lo relativo al *regalismo borbónico,* que completaremos al tratar del Real Patronato Indiano.

El regalismo fue un fenómeno típico del siglo XVIII en toda Europa. Alberto de la Hera, voz autorizada en la materia, estima que fue un sistema de intervención abusiva del Estado en asuntos de la Iglesia, propio del período del despotismo ilustrado, y con diversas variantes: galicanismo, josefismo, etc., que se presenta en casi todos los países de la Europa contemporánea.

El Real Patronato existió en las Indias desde que lo concediera el Papa Julio II en 1508, por el cual se concedía al Monarca un verdadero control y dirección de la Iglesia en América, puesto que la Iglesia no contaba con la posibilidad de hacerlo en aquel instante. Sólo que hasta el siglo XVIII, el Monarca usa con bastante prudencia el privilegio concedido como Vicario o Delegado del Papa, mientras que con el regalismo la Corona se atribuye derechos sobre lo eclesiástico y lo espiritual en razón de su propia soberanía, y no en base a la concesión pontificia. Era fácil degenerar en abuso los privilegios que la Iglesia había concedido a los reyes en materias espirituales y eclesiásticas.

6. El Derecho centrando al Gobierno

a) Visión panorámica

El contenido de las Capitulaciones de Santa Fe del 17 de abril de 1492 y la Carta rodada del 30 del mismo mes, de llegar a ser realidad, como afortunadamente sucedió, establecían con toda precisión el gobierno de las nuevas tierras: Colón era nombrado Virrey, Gobernador General y Almirante. Su competencia, tanto en materia de gobierno, como judicial y administrativa, era total. Pero al mostrarse la incompetencia de Colón en tales funciones, hubo que sustituirle por un Gobernador, como lo fue Nicolás de Ovando. Este fue el primer toque de aviso del Nuevo Mundo en cuanto a gobierno: se necesitaba una nueva óptica.

Mientras se plantea y tramita el derecho de los herederos de Colón, su hijo Diego es nombrado Virrey y Gobernador, si bien en 1511 se establece en La Española la primera audiencia, que suponía un freno a la amplitud de poderes del Virrey Diego Colón. De todos modos, *aparentemente*, todo seguía un curso normal, hasta que a fines de ese mismo año de 1511 Montesinos denunció, en presencia del Virrey y de los demás altos funcionarios indianos, que el gobierno de las Indias era un fracaso, por el inadecuado trato dado a los naturales.

Sabido es ya, que superado el primer impacto y desconcierto del Monarca, que lo era el rey Fernando, por haber muerto Isabel y estar incapacitada su hija Juana, de inmediato reúne a consejeros y prohombres del reino, entre ellos destacados juristas y teólogos, para que analicen lo sucedido y le den soluciones, pues la recta intención y buena voluntad del Monarca para el buen gobierno de las Indias, había sido y era manifiesto.

La gravedad de la crisis provocada en La Española en 1511, no afectaba solamente al mejor o peor trato dado a los naturales, sino que involucraba cuestiones de mayor envergadura: legitimidad de la presencia en América; validez de la donación pontificia; Derecho de conquista; Derechos de los señores naturales, etc.

Como no podía ser de otro modo, por la formación de todos los consultados, y por mentalidad de la época, se recurre al Derecho común y castellano: la donación pontificia había sido hecha de acuerdo con el Derecho público de la época y ratificada por un tratado con Portugal, único país con fundamento para algún reclamo. De acuerdo con el Derecho internacional y según el Derecho común, la toma de posesión incluía el Derecho de conquista y el dominio de los naturales; y respecto al trato dado a los naturales, también según el Derecho común, por ser infieles, podían ser esclavizados, sin embargo, rompiendo los principios del Derecho europeo, la Corona los había declarado libres, salvo el caso de resistencia o guerra. Criterio este último que regía como norma general, y que incluso entre los indios se aplicaba igualmente en las guerras entre ellos.

Luego, la conclusión era clara: no se había procedido ni contra el Derecho internacional, ni contra el Derecho común o europeo, ni contra el Derecho castellano.

Consecuentes con tales principios, se disponen las Leyes de Burgos, en las que si bien se dice que los naturales son libres, deben ser incorporados a la civilización, y para ello se regulan unas normas sociales muy avanzadas para la época, según las cuales los indios deben ser repartidos entre los europeos a quienes se les responsabiliza de su formación.

Hasta aquí todo según Derecho. Pero la práctica se presenta muy distinta, ya fuera por las ambiciones que toda conquista ha despertado siempre, o por el choque indiscutible de una cultura con más de dos milenios de diferencia respecto a la Occidental.

Para colmo de agravamiento, la actitud de Montesinos es continuada por un ex encomendero convertido en fraile dominico, Las Casas, cuya agresividad y defensa de los naturales se convirtió, para él, en el fin de su vida. Objetivo que difunde por toda Europa, despertando la agresividad de los países europeos que no soportan la exclusividad americana entre castellanos y portugueses.

Por otro lado, desde un punto de vista netamente jurídico, lo cual es un gran aporte de Las Casas, declara incompatible al Derecho común europeo, y recurre al Derecho natural, enfoque que inmediatamente influirá en las nuevas orientaciones de gobierno.

Sin embargo de la real influencia y difusión del criterio lascasiano, la administración indiana, de hecho, continúa como antes. La razón, expuesta ya anteriormente, es que Las Casas da al Derecho natural un alcance limitado, al aplicarlo sólo a los indios, dejando de lado a los europeos y a los negros. La visión global, como tiene que ser, fue el gran mérito de Vitoria, al poner con ello las

bases científicas del futuro Derecho internacional público, a través del Derecho de gentes.

La primera demostración de envergadura en el cambio de rumbo en el gobierno lo ofrecen las Leyes Nuevas. El Emperador, con bien enfocada orientación, establece un nuevo virreinato en el Sur, con lo cual revive las dos antiguas superestructuras, que los naturales habían establecido en México y Perú, y queda como eje de gobierno americano; se robustece el papel de las Audiencias, que van en aumento; se controlan mejor las nuevas conquistas; y aunque se provoca resistencia momentánea, se da un golpe de muerte a las encomiendas.

Las Leyes Nuevas de 1542 no satisfacen a Las Casas, pues quería algo más radical. Las considera como una forma de transacción. Sin embargo, objetivamente se ha dado un paso firme en el afianzamiento de las grandes instituciones americanas. Carlos V ha dejado la vía libre a su hijo Felipe II, para que solidifique la institucionalidad de su gobierno, no ya fundamentado en el Derecho común, sino en el propio Derecho fraguado en las necesidades de las Indias. Es decir, el Derecho propiamente indiano se hace patente.

Los enfrentamientos agudos de la década del 50 entre Las Casas y Sepúlveda, en realidad no es más que la contraposición de dos sistemas jurídicos, uno que debe superarse -Derecho común-, y otro que con paso firme se impone desde mediados del siglo XVI, y que marca las nuevas orientaciones al gobierno y a la administración. Un Derecho titubeante, había ocasionado, también, un gobierno titubeante.

Que el Derecho no lo es todo, es evidente; pero sí es un auxiliar definitivo para la función de gobierno. Y una buena demostración de ello, en el momento que nos ocupa, es ver cómo la denuncia que hiciera el bachiller Sánchez sobre la falta de control en las Indias trajo como consecuencia una fecunda legislación, pues convocada por Felipe II una Junta Magna de prohombres, se delega en Ovando el dar las soluciones prácticas, cometido que cumplió magníficamente a pesar de su muerte prematura.

Este afianzarse del Derecho, que acaba solidificándose hasta el final de la dinastía austríaca, y su remate es la Recopilación de las Leyes de Indias, motiva en toda América una gran estabilidad de las instituciones, que si bien en el período siguiente o borbónico se someterán a reformas, éstas, en lo esencial, no van a desarraigar lo conseguido en los dos siglos anteriores. Tanto es así, que en el caso particular de nuestra Presidencia de Quito, tales reformas prácticamente pasarán inadvertidas, salvo las alteraciones propias que las nuevas circunstancias de la época llevaban consigo.

Lo que sucede en toda Europa, a partir del siglo XVIII, es que las Monarquías han robustecido extraordinariamente su poder, hasta convertirse en Monarquías absolutas. Al mismo tiempo, ideológicamente, se está en plena *Ilustración*: un agudo destello de racionalismo que todo lo quiere resolver con la *inteligencia*.

Si opinamos que en la Monarquía hispánica los aires dieciochescos no provocaron una alteración esencial en las tradicionales instituciones establecidas en América, y por ellas en la administración, es porque desde los Reyes Católicos, y aún antes, se dio una marcada tendencia a la institucionalización de las funciones.

La Corona castellana, por ejemplo, si la comparamos con lo sucedido en otros reinos europeos, superó con bastante éxito la carga medieval de la enfrentada nobleza, a la que fue incorporando en los distintos Reales Consejos, con lo cual los nobles se vieron participando en las distintas funciones del Estado y en la diplomacia. Criterio éste iniciado por los Reyes Católicos, seguido por Carlos V, Felipe II y sucesores, hasta el extremo de que la convocatoria de las Viejas Cortes -o Parlamento, en otros países-, quedó superada.

Al mismo tiempo, las Cortes primero; los Reales Consejos después; las Audiencias chancillerías institucionalizando el Supremo Tribunal del Rey; los juramentos de los Monarcas sometiéndose a respetar las leyes de los reinos antes de posesionarse; etc., fueron causas remotas que hacen de los reyes castellanos unos Monarcas menos absolutos que sus colegas europeos de los siglos XVI y XVII. Y si bien con los borbones se acrecienta dicho poder hasta el final de las Indias, en buena parte se mantiene la fuerza limitadora del régimen de Derecho, que presidía las instituciones de gobierno ante el proceder de los Monarcas. Así se aprecia, incluso, en el más representativo de la nueva dinastía como lo fue Carlos III. De él opina Julián Marías que es el último Rey con plena e incuestionable autoridad.

Tan reales son todas estas observaciones, que González Suárez, nuestro máximo historiador, muy cáustico en tantas ocasiones, diga que el sistema administrativo establecido por los Reyes "era bastante acertado", pues siendo autoridad suprema, tenía presente el bien general de sus vasallos, y en las leyes, desde el principio, trataban de enderezarlas al bien común, de acuerdo con la justicia universal y la moral cristiana. Las reservas de nuestro preclaro historiador estaban, y con razón, en la deficiencia de las personas seleccionadas para las funciones en Indias, corroborando con ello la denuncia que Ovando hiciera a Felipe II.

b) Las opiniones de autores

Desde 1492 a nuestros días puede encontrarse una bibliografía abrumadora sobre América. Desde todos los ángulos de las letras y de la cultura, se ha escrito, y se seguirá escribiendo profusamente, pues América nació rica y sigue potencialmente idéntica en lo material y en lo humano.

La dificultad se halla en poder asegurarse, más o menos, de la verdad de los hechos cuando entran en juego, *para las valoraciones*, apasionamientos agudos, resentimientos no menos agudos, sucesos desconcertantes y faltas de auténtica información. Para que se de ésta se necesita mucha dedicación, conocimiento serio de las fuentes y crítica ponderada. Hay autores que difícilmente puedan entender bien, por desconocer la misma naturaleza temperamental del *latino*, o del hispánico de siglos pasados. Por poner un simple ejemplo: un anglosajón entenderá que Pizarro al tener preso a Atahualpa, y enterarse que desde su prisión ha ordenado la muerte de su hermano Huáscar, para que no se le levante con el Imperio, Pizarro, por política de conquista, ordene la muerte de Atahualpa, y así quede descabezado el Imperio Inca; pero es muy posible que el autor anglosajón tenga dificultad en comprender que Pizarro celebre un funeral solemne que preside, y reciba el pésame por la muerte que él mismo ordenara. Y es que una cosa era la política y otra la cuestión del alma. El no captar el valor formal de lo religioso en la época, hará confundir, incluso, a historiadores competentes.

Penetrar, pues, en el terreno del gobierno de las Indias, se hace muy complejo, si no se tiene un buen conocimiento previo de los antecedentes medievales del gobierno, del sentido que tenía la función pública y del funcionario en siglos pasados y, sobre todo, si no se bucea seriamente en los ricos archivos, tanto europeos como americanos, cargados de polvo secular.

Ha sido muy común entre los autores del siglo XVIII en adelante, hacer afirmaciones generales sobre el gobierno indiano, manejando, por ejemplo, el concepto *colonia*, que es un término de la modernidad, cuando en Indias dominaba la visión de *Monarquía Universal*, integrada por Reinos que configuraban la Corona. Y con ese criterio erróneo se diga, por ejemplo, que no se daba la división de poderes, cuando esto en el Estado moderno se da de Montesquieu en adelante; que el gobierno era un conjunto planeado de frenos y contrapesos; ver lo inexplicable del funcionario que tenía distintas competencias; que se fomentase deliberadamente la superposición de la autoridad para evitar el prestigio personal; que el gobierno del Rey era absoluto, sin contar con el peso de las instituciones por él mismo establecidas; que se dieran vicios originarios en la misma ley administrativa para crear continuos conflictos de competencia, y así subordinar siempre al funcionario por alto que fuese, etc., etc.

Sin duda caben observaciones y matices en lo que acabamos de señalar, pero afirmarlo en forma genérica es desconocer, incluso, el ya recordado casuismo del Derecho indiano. Además, no puede olvidarse que el gobierno indiano nace al calor del Derecho común y del Derecho castellano y, por consiguiente, ignorarlo es desconocer la realidad de la época.

El peligro permanente cuando en Historia no se da una auténtica profesionalidad, es que se desvirtúen principios y enfoques vitales, que deben facilitar la mejor aproximación a la verdad histórica, siempre cargada de eventualidades imprevisibles que muy bien pueden adulterarlo todo, a pesar de la mejor voluntad. Hay personas que por ejemplo -por ensayos, biografías, novelas, películas, series televisivas...- lo único que ven en la España de aquella época y en las Indias, es la Inquisición, de la misma manera que hoy y ayer grupos religiosos no católicos creen que los católicos no pueden dormir por el peso de los dogmas.

c) Confusiones entre Gobierno y Justicia

En nuestro caso particular de la Audiencia de Quito, la confusión entre Gobierno y Justicia -que con distintas variantes se presentará en toda América-, se ofrece ya en la misma individualidad del territorio, pues se le conoce oficialmente por la Audiencia de Quito, y así aparece en toda la documentación oficial continuamente, si bien al final del período borbónico, en algunos casos, se habla de Presidencia.

Otro gran motivo de confusión es el hecho de que el Presidente de la Audiencia sea letrado, y como tal forme parte del Tribunal, por lo que unas veces aparece como juez, y otras como gobernador del Distrito subordinado al Virrey. Precisamente para aclarar el riesgo de dicha confusión, en uno de nuestros trabajos, publicado en la Revista de Derecho de la Universidad, distinguíamos lo que era la Real Audiencia como Tribunal, y la Presidencia como función de Gobierno.

En general, y hasta hoy, es bastante común entre autores no especializados, el no distinguir ambas funciones, y afirmarse que las Audiencias tenían poder de gobierno. El origen de la confusión, opinamos una vez más, está en no conocer bien el precedente medieval castellano, según el cual el fin fundamental del Estado era la realización de la justicia. Tanto es así, que lo no encuadrado en dicho fin, como que quedaba al margen de las preocupaciones del Estado. Por ejemplo, las actividades económicas, de enseñanza, las sociales de beneficencia, las comunicaciones, etc., que en el Estado moderno serán prioritarias, pero que entonces quedaban a merced de la iniciativa privada.

La sobria legislación medieval bastante escuetamente se ocupó del poder del Rey, de las Cortes, de las clases sociales y sus privilegios, del Derecho privado, del penal, procesal, etc. Tal vez esa parquedad legislativa explique que el primer siglo americano muestre una evidente inexperiencia ante todas aquellas cuestiones que para el Estado se volvieron novedosas: cuidar y lograr hacer realidad el buen trato de los naturales, la organización comercial, todo lo relativo a la enseñanza, los hospitales, la minería, etc.

Por otro lado, tanto en Castilla como fuera de ella, no se conocía lo que en tiempos modernos se denomina *división de poderes*, pues lo conocido era la separación de funciones concentradas en una misma persona. Sin embargo, pronto en América hubo que ir delimitando las funciones, distinguiéndose: Gobierno, Justicia, Guerra y Hacienda, en regulaciones cada vez más específicas para cada una de las funciones. Así el Virrey, por ejemplo, es: Gobernador General, Presidente del Tribunal de la Audiencia, Capitán General y Presidente del Tribunal de Hacienda. Todo a la vez, por ser el otro yo del Monarca.

Pero si la distinción entre Guerra y Hacienda era sencilla, por la peculiaridad de las funciones, se vuelve muy confusa dicha distinción entre Gobierno y Justicia. Ya en las Leyes Nuevas de 1542 se da cierta separación, y en las Instrucciones que el Emperador diera al Consejo de Indias ante una de sus continuas ausencias de la Península, les dice que en las cosas de pleitos de justicia hagan lo que se acostumbra cuando él estaba presente, y lo mismo harán en negocios de gobierno. Al Virrey del Perú se le indica -y esas indicaciones, dadas tanto al Perú como a México, luego se estimaban válidas para todas las Indias-: que su competencia son las cosas de gobierno, y, a su vez, se les dice a los Oidores de la Audiencia, que no se entrometan en cosas de gobierno. Criterio este que en adelante se sigue ratificando.

La Colección de Encinas trae una real cédula de 1595, dirigida al virrey Luis de Velasco del Perú, en la que se le indica que en la correspondencia, tanto en cartas como en informes, se separe lo que es de Gobierno, de Justicia, de Guerra y de Hacienda.

El Virrey, cuando preside la Audiencia de su Distrito, estampa su firma, pero no participa en las resoluciones del Tribunal, por no ser letrado. En el caso de Quito, si el Presidente firma como miembro del Tribunal, es por ser letrado, no por ser Gobernador del Distrito. Igualmente, cuando los Oidores se reúnen en el Real Acuerdo con el Virrey o Presidente, simplemente es para oír o asesorar, sin que tengan voto deliberativo, sino consultivo.

La facilidad para la confusión, en no pocos autores, se hace más explicable si contamos con los casos de materias mixtas, que podrían ser atribuidas tanto a gobierno como a justicia, dando origen a conflictos de competencia, en aquel

tiempo tan frecuentes. Y ya fuera por celo administrativo, o por ser unos y otros verdaderamente quisquillosos, lo cierto es que de hecho eran muy frecuentes los enfrentamientos.

La realidad de que las resoluciones de gobierno pudieran ser apeladas ante la Audiencia, no dejaba de ser una buena fuente de tales diferencias. Cabría también añadir, que entre los letrados de las Audiencias, se daba un bueno conocimiento de lo que la legislación iba resolviendo en distintos lugares -ya hablamos del casuismo-, y se quería aplicar un criterio semejante, cuando las circunstancias podían ser muy distintas. Por eso el legislador tenía que estar dando correcciones frecuentes. Basta hojear nuestro *Cedulario*, para observar las continuas reincidencias en corregir desviaciones.

Por último -pues tendremos que verlo cuando tratemos directamente de las Audiencias-, pensemos que el estudioso no especialista, se va a encontrar con la existencia de *Audiencias gobernadoras* -aunque fue breve su tiempo- en que, ya por Derecho, tenían la plena competencia gubernativa. Con lo cual, podríamos decir irónicamente: que se daba el ambiente, en no pocas ocasiones, para que el *individualismo hispánico* hiciera de las suyas.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

VIII. LAS GRANDES INSTITUCIONES INDIANAS

Aunque sería natural desarrollar con detalle abundantes instituciones, que por más de tres siglos dieron consistencia al período de dominio español denominado indiano, vamos a concluir nuestro Manual con tres de las grandes instituciones que, por su envergadura, pueden muy bien calificarse de sillares o cimentación de la consistente estructura americana del período, y puede decirse que dos de ellas continuaron cimentando sólidamente el nuevo período republicano.

Nos referimos al Virreinato, a la Audiencia y al Cabildo o Municipio.

El Virreinato es regido por un Virrey o *alter ego* del Monarca, y que da el nombre a la institución. En su territorio se encuentran: Audiencias, Gobernaciones y Municipios. Es el centro político, jurídico, militar y de la hacienda pública, que constituyen las cuatro funciones del Estado Indiano.

Las Audiencias o Cortes Supremas de Justicia, quedan bien definidas por su misma terminología, y fueron en su distrito los centros de gobierno regional, ya porque sus Presidentes fueran Gobernadores autónomos, o subordinados al Virrey.

Los Cabildos o Municipios eran en sus ciudades y territorio, los verdaderos creadores del convivir ciudadano.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

A. VIRREINATO

1. Su origen

La institución virreinal que ahora estudiamos nada tiene que ver con la colombina que vimos en su momento, pues ésta se origina en una exigencia de Colón, de viso patrimonial y, quizá, de robustecimiento de la personalidad en quien carecía de hidalguía. El nuevo virreinato, iniciado en Nueva España (México), es ya una nueva estructura política sin tradición en la legislación castellana.

Al verse necesario unificar los nuevos territorios conquistados, en buena parte ligados a los conquistadores, y quererles dar una estabilidad orgánica y de control estatal, se creó el virreinato que el tiempo iría perfilando. Por esto dirá Levene, que "como todas las instituciones jurídicas indianas, va cambiando su estructura y aún su naturaleza, según las regiones y los momentos políticos e

históricos". Estos grandes territorios que se reconocen como Reinos, se integran en la Corona.

El gobierno de la Nueva España se empezaba a complicar, pues era el primer gran territorio que se incorporaba en las Indias, por las conquistas de Hernán Cortés. Por eso, ya en 1529, ante los temores independentistas de Cortés, el Consejo de Indias sugería al Emperador la necesidad de nombrarse un alto funcionario, que asumiese, con prestancia, la representación personal del Monarca. Las ausencias prolongadas de Carolos V, ante sus problemas europeos, retrasaron la decisión hasta 1535, en que el Emperador, en una resolución propia de su grandeza, decretó tres Provisiones, que enfocaron el gobierno cara al futuro.

Como ha resumido Esquivel Obregón: por la primera Provisión nombra virrey de la Nueva España a Don Antonio de Mendoza, su gentil hombre de Cámara, *"por el tiempo que nuestra voluntad fuere, e como tal nuestro Visorey e Gobernador proveáis asi en lo que toca a la instrucción y conversión de los dichos indios a nuestra Santa Fe católica, como a la perpetuidad, población y noblecimiento de la dicha tierra y sus provincias lo que viéredes que conviene"*. Por la segunda dispone que el Virrey presida la Audiencia. Y por la tercera, para neutralizar el posible poder de Cortés, se le considere al Virrey como Capitán General, es decir, cabeza militar.

Sin duda -siguiendo la tradición legal castellana- era concentrar en una persona toda la plenitud del poder. Pero, afortunadamente, la recia y valiosa personalidad del elegido, inauguró la institución virreinal con gran tino y dignidad. Por otro lado, aunque por algún autor se ha querido ver como una intención fiscalizadora del poderoso Virrey, se nombró pronto un Visitador General, en ese caso a Tello de Sandoval, hombre talentoso y de experiencia, como lo demostró, junto al Virrey, ante el conflicto provocado por las Leyes Nuevas, que intentaron suprimir las encomiendas. En Perú, al no afrontarse el problema con la misma prudencia que en México, ocasionó el levantamiento y la guerra de los encomenderos, encabezada por Gonzalo Pizarro, que traería consigo la muerte de Núñez Vela, primer Virrey peruano.

Esta triste realidad motivó que, en la práctica, la institución virreinal en el Perú se inicie normalmente con el segundo virrey, precisamente con Don Antonio de Mendoza, trasladado desde México. Lamentablemente el paso de Mendoza a Perú sucede en el declive de la vida de este magnífico funcionario, tanto es así que su virreinato tiene una duración de diez meses, transcurridos entre ancianidad y enfermedades, hasta el extremo de que sea la Audiencia la obligada a gobernar. Como dirá el peruano Lohmann, muy otra hubiera sido la trayectoria del Virreinato peruano si Antonio de Mendoza hubiera llegado al Perú en plenas capacidades.

Cierto es que Lagasca enfrentó, y venció, admirablemente, la rebelión de Gonzalo Pizarro, pacificando al Perú. Pero comprometido, por gratitud a cuantos le ayudaron en la dificilísima situación creada por Gonzalo Pizarro, no tuvo tanto acierto, o quizá era imposible el tenerlo, en el reparto de mercedes y beneficios. Es por lo que quedó latente el malestar, que acabó manifestándose en la rebelión de Francisco Hernández Girón (1553–1554).

Luego, el primer Marqués de Cañete, Andrés Hurtado de Mendoza, si bien representativo y eficaz, que es lo que hacía falta, era un tanto altanero y autoritario. Peor el Conde de Nieva, frívolo e incapaz. Ante tal situación, el Consejo de Indias manda como Presidente de la Audiencia de los Reyes, como solución transitoria, a uno de sus letrados, el Licenciado Lope García de Castro, con plenos poderes para la integración territorial, pues en cierto modo se desarticulaba con las Nuevas Audiencias de Charcas (Bolivia), Chile y Quito, que pretendíann verse eximidas en la sujeción al *superior gobierno* de Lima. Castro luchará bastante, y al menos formalmente logrará que se inicie un criterio de unidad territorial, si bien tendrá que ser el Virrey salido de la Junta Magna de 1568, Don Francisco de Toledo, el que realmente pondrá las mejores bases del Virreinato peruano.

El tercer virreinato aparece ya iniciado el siglo XVIII, en los albores del reformismo borbónico, y tiene su sede en Santa Fe de Bogotá, primero en 1717 y definitivamente en 1739, como *Virreinato de Nueva Granada*. De este virreinato pasa a depender la ya veterana Audiencia de Quito. Su primer virrey fue Sebastián de Eslava. Por último, en 1777 se crea el cuarto virreinato del *Río de la Plata*, en Buenos Aires, con su primer virrey Pedro de Cevallos.

Como ha precisado García-Gallo, el virreinato nace no tanto con el fin de agrupar y coordinar varias provincias bajo un mismo poder, como de afirmar la plena autoridad del Rey en un territorio determinado.

2. Representante personal del Rey

Es bastante difícil para nosotros ahora, el captar, en todo su sentido, lo que la persona del Rey significaba para su tiempo. El Rey lo era todo para el vasallo (ciudadano de nuestros días): autoridad, seguridad, garantía personal, la ley, paternidad, etc., que englobaba, en la práctica, el auténtico amor al Monarca. Encarnaba lo que hoy diríamos: Estado, país o nación, patria, etc. Por ello lograr en América, en la gran distancia, esa presencia viva del Rey, era una necesidad política.

Si tenemos en cuenta todos estos conceptos, tal vez se comprenda mejor la figura del virrey.

Tanto en la literatura general, y con màs razón en la jurídica, el virrey será el *alter ego* del Rey, el otro yo, el *prorege*, el *vicerege,* el *visorey,* el *Virrey.* Al tratar, pues, de sustituir en los dos extensos territorios americanos -México y Perú- las grandes figuras de Moctezuma y de Atahualpa o Inca, Carlos v, ante la imposibilidad de su presencia física, crea la figura del Virrey, por regir reinos de tanta o más envergadura que otros reinos de la Corona, la cual engloba todos los reinos de la *"Monarquía* Universal forjada por España.

Una real cédula de 1614 recordada por Solórzano y que luego recogerá la Recopilación de las Leyes de Indias, decía expresamente*: "Que a los Virreyes se les debe guardar y guarde la misma obediencia y respeto que al Rey, sin poner en esto dificultad, ni contradicción, ni interpretación alguna. Y en apercibimiento que los "que a esto contravinieren, incurrirán las penas puestas por derecho a los que no obedecen los mandatos reales y las demás que allí de nuevo pone y refiere".*

Tan real y hondamente se logró que la presencia del Monarca fuera sentida, que uno de los virreyes de finales del siglo XVIII, Francisco Gil, decía en uno de sus informes, que "el amor de los vasallos para con sus soberanos es la verdadera columna del Imperio" .Naturalmente el oficio de virrey era político, y llevaba consigo todo el supremo poder de gobierno y, por consiguiente, de gobierno directo en su propia provincia y en las unidas a su virreinato a través del *superior gobierno*, en cuanto estaba por encima de los gobernadores ordinarios. Preside la Audiencia de la capital del virreinato y en las demás de su territorio -de estar de visita-, si bien no se inmiscuye en el terreno estrictamente judicial. A su vez, es Capitán General del ejército, nombrando los gobernadores militares de cada provincia a él subordinadas. Por ejemplo, nombraba al Gobernador Militar de Guayaquil. Y lo mismo ocurre en todo lo referente a la Real Hacienda, pues nombraba y controlaba a los Oficiales Reales y, por consiguiente, era responsable ante el Rey de toda la Real Hacienda del Virreinato. No es, por tanto, una autoridad burocrática, sino que se centra en él todo el carácter carismático que la Monarquía daba al Rey, que lo era por la gracia de Dios. Si bien todos sus poderes y atribuciones, por ser delegadas, dependerán siempre, en cuanto a su amplitud, a la voluntad expresa del Monarca.

Tal cúmulo de facultades hace que, desde los autores clásicos del Derecho Indiano, como por ejemplo Matienzo, León Pinelo, Solórzano y continúe hasta nuestros días, se haya destacado la necesidad de la calidad personal de los elegidos, y que Matienzo resumía diciendo: *"que sea hombre virtuoso; cristiano probado y conocido por tal en su niñez, mocedad y madura edad, en toda su vida; como dice Platón, que tenga buena fama, porque no le basta ser bueno, si no tuviere buena opinión; que sea republicano y aficionado a cosas de república y dado a ello (es decir, preocupado por las cosas públicas), y tenga experiencia de las cosas de la tierra que hubiere de gobernar, porque el que no lo*

sabe es más osado para intentar y hacer alguna cosa con que se pierde la tierra".

De ahí, que desde un principio se procurase escoger los candidatos entre la nobleza, con probada fidelidad y servicios prestados a la Corona, capaces de representatividad y estuviesen a la altura de los honores que se les iban a conceder. Se les recibía en el virreinato con toda grandeza y pompa, incluso como al Rey bajo palio, y con arcos de triunfo. Tienen buen número de personas en su séquito, y guardias palaciegos según la costumbre de cada lugar y, a veces, según la prestancia personal, todo lleno de gran aparato figurativo.

3. Poder político y de hecho

Para un tratadista de Derecho político contemporáneo, familiarizado con la división de poderes del Estado Moderno, la concentración de poder del virrey se le vuelve inexplicable. Y es que el virrey, lo mismo que el Monarca de aquella época, presidía y ejercía, en su misma persona, todas las funciones de gobierno, administrativas y, hasta en buena parte -por razón del Real Patronato concedido por la Santa Sede- de toda la tarea misional y de estructura religiosa, tan exuberante y fecunda en América. Si bien el gobierno ordinario de cada función estaba encargado a los oficios respectivos. El virrey era, pues, además de Virrey -*el otro yo* del Monarca- Gobernador General, Presidente de la Audiencia, Capitán General del Ejército y responsable absoluto de la buena administración de la Hacienda Pública. Unas veces -dirá García-Gallo- actúa como Virrey, Gobernador, Capitán General y responsable de la Real Hacienda; otras veces actúa como Virrey, Gobernador y Capitán General; o sólo como Virrey. Y es que *realmente* era cabeza, aunque los oficios ordinarios procediesen en sus respectivos lugares. En cierto modo, diríamos hoy, era como nuestros Presidentes, sólo que las Constituciones modernas dan más poder y garantías a los oficios subordinados del Estado. Mientras que el virrey -como el Rey- tenía, si era necesario, todo el poder pleno. Con el tiempo, ya se irían poniendo limitaciones.

Esa aparente y real concentración de funciones en una misma persona, se distinguía en la práctica, por la separación que se hacía al conceder los diferentes *títulos* de las distintas competencias, aunque dichos títulos se despachasen en la misma fecha. Según cada despacho era Virrey, o Gobernador, o Capitán General, etc., y con frecuencia para cada oficio se daban unas Instrucciones personales. El funcionario de aquella época, y así lo entendían las demás personas, distinguían y actuaban con naturalidad según la diferente función de cada caso, por ser tradicional en el Derecho castellano.

Cuando la Recopilación de las leyes de Indias de 1680, en el Título Tercero del Libro Tercero, que incluye más de ochenta leyes sobre los Virreyes y Presidentes Gobernadores, al señalar en la primera ley la visión general del virrey, dice:

"Establecemos y mandamos que los Reynos del Perú y Nueva España sean regidos y gobernados por los virreyes que representan nuestra Real persona, y tengan el gobierno superior, hagan y administren justicia igualmente a todos nuestros súbditos y vasallos, y entiendan en todo lo que conviene al sosiego, quietud, ennoblecimiento y pacificación de aquellas provincias". Es un resumen de lo dicho anteriormente por el Emperador en 1548, y Felipe II en 1558 y 1567. Todavía en 1588 dirá Felipe II que *"provean todo aquello que Nos podríamos hacer y proveer, de cualquier calidad y condición que sea, en las provincias de su cargo, si por nuestra persona se gobernaren, en lo que no tuvieren especial prohibición".*

Y cuando Hanke, recogiendo un resumen minucioso de Jarallanos enumera la capacidad de obrar del Virrey, señala 29 atribuciones, que en realidad es toda la acción de gobierno en todos los campos y áreas de la actividad pública. Como comenta el mismo Hanke era casi tanto poder como el de los Reyes, por ocupar "el vértice de la pirámide" en la compleja administración indiana, y encarnaban la presencia del Estado español en Indias.

Ese "casi tanto poder como los Reyes", pasa a convertirse, prácticamente, en el eliminar el "casi", debido a que el Rey, y el Consejo de Indias estaban a tres meses de distancia, y con frecuencia era necesario proceder sin poder consultar, y era el virrey el que vivía el apremio de la realidad vivencial.

De acuerdo con la ley, que la mayoría de las veces será abundante y minuciosa, el virrey, entre sus amplias facultades, nombraba interinamente, hasta la confirmación Real, todos los oficios de *"Gobernadores, Corregidores, Alcaldes Mayores y otros",* en todo el territorio del virreinato. Esta facultad, que actualizaba su directa función de gobierno, era el modo de mantener un buen control de los funcionarios subordinados. Cierto que también podía ser lo contrario, cuando nombraba a personas de su séquito, o por favoritismo, y que no siempre eran los más convenientes. Por ejemplo, en el principio de la Audiencia de Quito, el Presidente Santillán se quejaba al Rey que los Corregidores nombrados por García de Castro no eran los oportunos.

Las continuas quejas ante el gobierno central, dio pie a que desde la Metrópoli, cada vez se hiciesen más nombramientos, lo cual a su vez tenía la debilidad de tener que venir funcionarios peninsulares, dejando de lado a los criollos, creándose siempre los consiguientes resentimientos, y dando un cierto fundamento -como en nuestro caso- a las reticencias de nuestros Presidentes de Quito.

Tampoco cuesta deducir, que según la personalidad y competencia del Virrey, el gobierno indiano se realizara con mayor o menor agilidad, y que ante la deficiente capacidad del virrey, se introdujera, como en todo gobierno, la negligencia, el nepotismo y la presión de los organismos locales o regionales. Un ejem-

plo típico, presentado en un trabajo nuestro anterior, es ver actuar a la Real Audiencia de Quito, que cuando el Virrey es responsable y capaz se limitaba a *"tener buenas relaciones"*, y tan pronto podía, se levantaba con afanes de autonomía, extralimitando el poder de una *Presidencia subordinada.*

4. Plantea las grandes visiones

Es natural, que si el virrey era el "otro yo del Rey", su representante personal, con facultades para resolver como si fuera el propio Monarca en cada caso, el uso de estas facultades amplísimas y en toda jurisdicción, marcará la pauta a seguir en todo el virreinato.

Esto no significaba que cada funcionario, en el ejercicio de su oficio, dejase de tener la propia responsabilidad que le marcaba la ley, en forma similar -dirán Tan y Martirè- a lo que hoy regulan nuestras modernas Constituciones. Era cuestión de la "diferencia de grado".

Dado el supuesto de la imposibilidad de consultar, y la mayoría de las veces no será posible hacerlo, el virrey tenía que resolver con su propio criterio *"con aquella prudencia y fidelidad que de Vos confiamos"*, les decía el Rey en las Instrucciones personales que les daba al nombrarles. Es así como autorizará gastos extraordinarios cuando sea conveniente. Y siempre cuidará, de manera particular, cuanto convenga a los intereses de los naturales, supliendo el paternalismo que sentirán siempre los Reyes, como consta insistentemente, en toda la legislación indiana y su aplicación práctica confirmada. El virrey debe dedicar dos o tres días a la semana a escuchar las peticiones de los indígenas y resolverá los conflictos en primera instancia. Tiene pleno poder para conceder encomiendas mientras existieron, y cubrirá las vacantes que se produzcan o las transferirá a la Real Hacienda. Debe vigilar el adoctrinamiento y su incorporación a la vida civilizada, procediendo, si es necesario, con dureza ante los contraventores, tan pronto conozca de cualquier abuso que se les haga.

Tiene plena capacidad para perdonar o indultar delitos, especialmente cuando se puedan producir alteraciones y aún rebeliones.

Ante los asuntos conflictivos o delicados puede pedir asesoramiento a los Oidores de la Real Audiencia, sin estar obligado a proceder según se le responda. Los Oidores, por su parte, en el caso de discrepar con el virrey, acatarán lo que resuelva, y si luego lo creen conveniente, informarán al Monarca.

El Virrey debe fomentar el desarrollo en todos los campos, de manera especial moviendo a que se abran caminos, se construyan puentes, se funden pueblos, villas y ciudades, estimular la agricultura que era, entonces, la mejor forma de integración y progreso.

Cuando lo creía conveniente, dictaba *Ordenanzas* sobre los diferentes ramos, o bien aprobaba las que se le presentaban, por lo que se iba reglamentando el convivir social. Asimismo, daba *bandos* sobre asuntos generales o particulares y, por supuesto, como acto de plena autoridad dictaba *provisiones*.

Con frecuencia informaba personal y directamente al Rey de toda su gestión, a la que el Monarca contestaba bien por carta, o por los caminos habituales del Derecho, ya fueran reales cédulas, provisiones, instrucciones, etc.

5. Limitaciones

Las grandes instituciones suelen iniciarse con aparato y pretensión, con más razón si llevan anejo el poder. Así ocurrió, particularmente, con el virreinato. El Virrey salía de España hacia su destino en la nave capitana del convoy, con todo su séquito. No pagaba pasaje. La llegada al territorio, y el paso por todos los lugares hasta la capital, era un recorrido espectacular, que concluía con su entrada bajo arcos de triunfo, doseles dorados, guardias montadas, etc. Se consideraba como la llegada personal del Rey. Aparatosidad que se mantuvo prácticamente hasta el final. Sin duda fue uno más de los elementos que supieron crear, en América, una veneración y cariño por el Monarca, que arraiga en la entraña de los pueblos.

Sin embargo ocurrió lo que ordinariamente suele ocurrir en toda evolución histórica de las instituciones. Al principio, por novedosas, se supervaloran, y con el tiempo se asientan cada vez con más precisión, y, consecuentemente, limitando los superpoderes iniciales, por razón de la conveniencia práctica, y la mayor experiencia de gobierno en el mismo poder central.

La abrumadora legislación indiana fue entretejiendo la administración y, por consiguiente, limitando poco a poco la omnipotencia de los virreyes, al distribuir funciones y poderes entre los funcionarios secundarios.

Ya en los inicios del virreinato mexicano, como luego ocurrirá en el Perú, los virreyes se quejaron de que la apelación de sus resoluciones a la Audiencia, de hecho paralizaban sus decisiones gubernativas. Para mitigar la dificultad, el Monarca indicó a los Oidores, como ya observamos anteriormente, el sujetarse a la medida posible, y luego informaran para tomarse la medida más conveniente.

Las Presidencias subordinadas de Charcas y Quito, siempre contestatarias, no soportaban los nombramientos de Corregidores y demás oficios hechos por los virreyes, debido a sus nepotismos. El mismo Monarca dirá a Santillán, nuestro primer Presidente, que revise y aun anule nombramientos de los virreyes Marqués de Cañete y Conde de Nieva. Y si bien, por la necesidad del Gobierno, los

virreyes siguieron haciendo los nombramientos, algo se mitigó. Siempre quedaba, además, el *juicio de residencia* que al virrey, como a todo funcionario, se le hacía al finalizar su período. No olvidemos que el *juicio de residencia* tenía dos fases: una de *acción popular*, en que los naturales, como todos los demás, podían presentar sus denuncias; y la otra fase, que era de *oficio*, la llevaba el juez de residencia. Realidad esta vivida en la práctica, y que en general tuvo resultados bastante positivos.

Con el tiempo, por la detallada reglamentación del Derecho indiano, el poderoso virrey, si bien es verdad que conserva jerárquicamente la cumbre del poder y representación real, se le van limitando en no poco sus primitivas atribuciones. A él llegan los mandatos reales de importancia. Debe esforzarse para que se cumplan. Informa directamente al Monarca y consulta cualquier iniciativa de trascendencia. Y la verdad es que, un poco comparativamente, acaba sucediéndole lo que entre nosotros llamamos gobierno ordinario propio de una Presidencia subordinada, pues su *Gobierno Superior* para todo el virreinato es de acuerdo con las indicaciones continuas que recibe del Rey y del Consejo de Indias, es decir, cada vez más sujeto a la ley.

Todavía esa situación se hace más notoria en el gobierno de los Borbones, por el celoso centralismo que caracterizó a esta dinastía.

Sin embargo, opinaríamos que todo dependía como siempre, de la personalidad del Virrey, pues a fin de cuentas se encontraba a miles de kilómetros del poder central, y podía convertir mucho de su actuar en necesidades de emergencia, o en producto de una sagaz inteligencia.

Se ha dicho por autores de prestancia, que las limitaciones a los virreyes fueron el producto de una *política de desconfianza* instaurada en América por la Corona, para evitar que ninguna autoridad, por alta que fuese, tuviera prepotencia. Por nuestra parte, alineándonos en bastantes autores contemporáneos, discreparíamos de tal idea, pues parece más real ver, que al multiplicarse los oficios o funciones en una administración cada día más extensa, y a su vez regulada por una legislación verdaderamente minuciosa, se tratase de colocar cada función en su lugar. Lógicamente, como en todo Estado, cuando está bien organizado, se crearon los controles necesarios entre unos organismos y otros. En este sentido, vemos: las *Visitas Generales*, las *visitas regionales, jueces pesquisidores, juicio de residencia* al concluir los períodos, etc.

Por otro lado, siendo el virrey Gobernador General, Capitán General, responsable de la Real Hacienda y Presidente de la Audiencia Virreinal, tiene en su territorio Gobernadores autónomos y Presidentes de la Audiencia, que no le estaban sujetos. Y también Gobernadores subordinados como el Presidente de la Audiencia de Quito, por ejemplo, pero que tenían la responsabilidad en su distrito.

Pues bien, a unos y a otros se dirige el Rey, o el Consejo de Indias directamente, aunque se les indique que informen al virrey.

6. El Virrey y la Audiencia

Es muy común, como ya se insinuó anteriormente, que autores no familiarizados con el Derecho indiano presenten confusiones entre gobierno-justicia y Audiencia. Ya porque se les atribuya a la Audiencias funciones de gobierno, o porque no se delimite bien en un gobernante su relación con la Audiencia. En nuestro caso concreto, veamos brevemente la relación Virrey–Audiencia, pues luego al estudiar las Reales Audiencias descenderemos a más detalles.

El Virrey, junto a los títulos ya vistos, une el de Presidente de la Audiencia virreinal. La preside, y toma parte en el Real Acuerdo -conjunto de magistrados-, al que además debe proponer cuestiones de importancia, para que le asesoren. Pero por no ser letrado no es juez y, por tanto, en la estricta tarea de justicia, que es la competencia y jurisdicción del Tribunal, el virrey no toma parte, aunque firme.

El territorio de un virreinato, por haber nacido este luego de las Audiencias, generalmente abarca el distrito de la Audiencia virreinal -es su gobierno propio- y el de las otras Audiencias que hayan sido incluidas en el virreinato. El virreinato del Perú, que es el que a nosotros nos afectó inicialmente, en un principio abarcaba desde Panamá a Tierra de Fuego, con las Audiencias de Perú, Chile, Argentina, Bolivia y Ecuador. Territorio que en el siglo XVIII, al crearse los virreinatos de Nueva Granada (Colombia) y el del Mar del Plata (Argentina), se vería mermado considerablemente, empezando por el territorio de nuestra Real Audiencia de Quito, que pasó a depender de Nueva Granada.

El Virrey tiene como misión muy concreta y precisa lograr el buen gobierno y la realización de la justicia y, por consiguiente, el cumplimiento de las leyes. En principio, no tiene porqué tener conflictos con la Audiencia, pues gobierno y justicia son dos funciones bien delimitadas y, generalmente, los funcionarios de ambas jurisdicciones son celosos de sus oficios. El ejercicio del superior gobierno en todo el virreinato fue la mejor manera de lograrse la unidad de gobierno personal, que era lo que realmente deseaba la Metrópoli.

Cuando no se capta bien el sentido de *gobierno ordinario* y el de *superior gobierno*, puede desenfocarse la relación Audiencia y Virrey. La realidad es que el Presidente de la Audiencia -caso Quito- tiene sobre todo el distrito el gobierno ordinario, siempre dependiendo del virrey, que es el que nombra todos los oficios.

Otra cosa distinta es si el virreinato incluye en su territorio una o varias *Gobernaciones autónomas* -tengan o no tengan Audiencia-, pues el Presidente Gobernador depende directamente del gobierno central, aunque se les recomiende, en caso de necesidad o emergencia, que recurran al virrey.

El hecho de que el virrey presidiese el Real Acuerdo de la Audiencia virreinal, y, además, presentase en dicho Acuerdo cualquier tema o medida de importancia, para que le *aconsejasen* los magistrados, no dejaba de ser un buen medio de interrelación, y evitaba la distancia entre ambas potestades.

7. Duración del Oficio de Virrey

Ya quedó expuesto que el cargo o función de virrey en la administración americana nada tiene que ver con el inicio del virreinato de Colón. En este caso fue más bien un título honorífico que exigió Colón, sin tradición en el Derecho Castellano y, por ello, jurídicamente confuso e indefinido, pues tuvo carácter hereditario, con efecto patrimonial y sabor feudatario a lo medieval.

El virreinato, tal como queda bien definido en el Derecho indiano, es una *creación netamente americana*, exigida burocráticamente al aparecer los dos grandes reinos del norte y sur del Continente, con la Nueva España y el Perú.

Se ha dicho, y quizá con fundamento, que fue una creación administrativa de gran talante, propia del Emperador Carlos V, hombre de gran alcance político, para convertirlo en eje de la administración americana.

En un principio, tanto en México como en Perú, el virrey tiene una duración indefinida: *"por el tiempo que fuere nuestra voluntad"*, dirá el Monarca.

Transcurridas unas décadas se empezó a señalar término al período del virrey. En principio duraría seis años, si bien podía prorrogarse, razón por la cual algunos virreyes durarían diez y hasta diecinueve años.

A principios del siglo XVII, con la opinión contraria del Consejo de Indias, se reguló la duración en tres años, pero el Consejo prefería mayor estabilidad en cargo de tanta importancia.

Si bien el oficio de virrey llegó hasta el final del período indiano con toda la prestancia representativa, no dejó de ser un alto funcionario de promoción revocable.

Como medida de buen gobierno y prudencia, se estableció que el virrey saliente dejase al sucesor una *Memoria* o relación de todo lo que había hecho, y aconsejaba, lo más conveniente para cuanto quedaba en trámite. Estas *memorias* son

de sumo interés para el historiador, por transmitirnos la razón íntima del actuar del virrey, y una fuente extraordinaria de datos, que de otro modo es muy probable se nos hubieran perdido.

8. Conflictiva valoración del Virrey

Para concluir la valoración de los virreyes, y por consiguiente de la institución virreinal, nos permitimos acudir a las opiniones de un notable historiador norteamericano, Lewis Hanke, tenaz estudioso de las instituciones americanas, y con quien tuvimos una buena relación y nos permitió usar libremente de sus trabajos. En el caso específico de los virreyes ha publicado cinco volúmenes sobre *Los virreyes en América durante el gobierno de la casa de Austria. México;* siete volúmenes sobre *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la casa de Austria. Perú;* y tres volúmenes de la *Guía de las fuentes en el Archivo General de Indias para el estudio de la administración virreinal española en México y en el Perú (1535–1700).*

Según Hanke, las guerras revolucionarias de la Independencia provocaron una gran confusión en las apreciaciones históricas. Contra España se lanzó una campaña de propaganda, apoyada en nuevas ediciones de las denuncias de la crueldad española que había hecho Bartolomé de las Casas en su *Brevíssima Relación,* con el fin de disminuir el valor de las contribuciones españolas antes de 1810. Los historiadores, sostiene Hanke, comenzaron a interesarse en destacar los nuevos héroes nacionales, dejando de lado la documentación del período anterior en que sus virreyes no habían hecho más que oprimir. Como ha destacado el historiador peruano Manuel Moreyra Paz-Roldán: consumada la emancipación, padecimos, por explicable enojo y con eco que resonó por décadas, un afán de borrar, casi diría de aniquilar, el ciclo histórico que a esas luchas había antecedido. Se le exhibió como elemento ajeno, como mundo que precisaba desecharlo, pese a su evidente acervo de estructuras básicas. El resultado lógico fue una insensibilidad o desengaño hacia los valores de nuestro rico pasado histórico, que encarnan las esencias, el bagaje evolucionado de nuestra cultura.

En Colombia la reacción fue tal que el siglo XIX fue testigo de la destrucción de conventos y otros edificios asociados con el pasado colonial o que fueron destinados a servir propósitos del Estado.

En Chile, siendo Andrés Bello rector de la recientemente organizada Universidad, permitió a uno de los más jóvenes y briosos profesores, José Victoriano Lastarria, que pronunciara en la ceremonia inaugural de 1844 un famoso discurso, que concluía así: "La conquista fue una empresa cruel movida por un despiadado afán de lucro, a costa del sometimiento bárbaro de los aborígenes y de la instauración de un sistema absolutista, atrasado y reaccionario".

Lucas Alemán, el estadista conservador mexicano, incluyó una breve biografía de cada virrey de Nueva España en la historia que escribió favorable a España, pero esto fue una excepción.

Mas tarde, Manuel de Mendiburu suministró una información biográfica sustancial sobre los virreyes del Perú en su *Diccionario Histórico Biográfico* del Perú, aunque no siempre con espíritu benévolo.

Hubert Howe Bancroft, el historiador californiano, trató de reunir y usar los informes de los respectivos virreyes, sin embargo es aparente que en su viaje a España en busca de material, no visitó el Archivo de Indias.

Aún después de 1900 la situación no cambió de manera significativa. Aquellos que denigraban la empresa de España en América todavía afloraban, como puede verse en *La incapacidad administrativa de España durante su época de grandeza,* del venezolano Rufino Blanco Fombona.

El estudioso francés Desdevises du Dezert declaró que los virreyes españoles en América eran: verdaderas satrapías de estilo oriental, con la única diferencia de que los virreyes no permanecían en su cargo más que un tiempo limitado.

Una autora norteamericana, Katherine Anne Porter, también ha reflejado el desdén por los virreyes: la corte virreinal estuvo compuesta enteramente por nobles españoles que vivieron perpetuamente en un exilio lujoso. Los indios y los españoles fueron formando lentamente una nueva raza, intratable e inconstante, y todos fueron gobernados extravagantemente, y sin escrúpulos por una larga sucesión de virreyes tan igual el uno al otro y tan mediocres que no vale la pena ni siquiera recordar sus nombres.

C. H. Haring, que influyó sobre muchos historiadores de la última generación, adoptó en cierta manera un punto de vista similar, pues declaró que la mayoría de los virreyes no dejaron mucho de importancia, con la excepción de sus retratos, que están en Lima y en México. Entonces, ¿para qué estudiar nulidades?

Los historiadores que se aventuraron en el ámbito virreinal, a menudo parecieron confirmar la imagen mediocre dada por Haring y otros más, al investigar problemas minúsculos o destacando la ostentación y las disputas ceremoniales en la corte virreinal, como por ejemplo: funerales, recepciones de llegada, genealogías, número de criados, etc.

Del mismo modo, puede agregarse, que las publicaciones populares de carácter general sobre los virreyes en América, no aportan una adecuada explicación histórica.

Si uno considera las biografías individuales de los virreyes, se podría repetir la pregunta formulada por Hugh M. Hamill, hijo, en la 3ª Reunión de Historiadores Mexicanos y Norteamericanos que tuvo lugar en Oaxtepec en 1969: ¿Dónde están los estudiosos? Hamill se refería a la sorprendente falta de biografías acerca de personalidades históricas de México en general, pero la misma pregunta podría formularse en relación a la escasez de biografías sobre los virreyes del Perú y de México durante la dinastía austríaca. Hamill hacía una observación pertinente: esto es más significativo por tratarse de una sociedad en la cual el liderazgo paternalista ha jugado un rol tan importante. Algo similar observaba Donald Chipman: esto no sorprende cuando uno piensa que hay relativamente pocos estudiosos trabajando en cualquier aspecto de la historia colonial.

Es cierto que una dificultad casi insalvable se da en la preparación de estudios biográficos sobre los virreyes: la enorme cantidad de manuscritos y su dispersión a través de muchos repositorios. La importancia de esto es clara: aunque las colecciones en Sevilla y Madrid contienen la mayoría de la documentación virreinal, el estudiante tendría que ir también a Asunción, Austin, Berkeley, Bogotá, Buenos Aires, Cambridge (Massachusetts), Caracas, Chicago, Guatemala, Lima, Londres, México, Nueva Orleans, Nueva York, París, Quito, Roma, Santiago de Chile, Sucre, Washington, y tal vez a otros lugares.

Es también pertinente tener en cuenta cual es el material sobre los virreyes que puede hallarse ahora en manos privadas europeas o americanas. Por ejemplo, la Biblioteca del Congreso en Washington ha adquirido recientemente una numerosa colección de manuscritos, agrupados originalmente por George R. G. Conway y donados a la Biblioteca por H. P. Kraus. Uno de los manuscritos es un libro de Instrucciones de 522 páginas del virrey Luis de Velasco (el viejo), 1548–1552, en el cual están asentadas sus licencias, concesiones de tierras, Ordenanzas del tributo, decretos virreinales, construcción de caminos, etc.

Otra colección recientemente disponible en Madrid, es el Archivo del Duque del Infantado, que contiene más de 30 libros encuadernados con manuscritos relativos a Juan de Mendoza y Luna, Marqués de Montesclaros. Esta colección privada será muy útil como suplemento a la información que se encuentra en el Archivo de Indias y en otros lugares.

Es indudable que la gran cantidad de manuscritos de que disponemos es el mayor obstáculo para escribir las biografías de los virreyes, especialmente si han de ser del tipo de "Su vida y época", como deben serlo. Un tema de suma importancia es el de la relación entre los virreyes y las Audiencias bajo su jurisdicción, pero ni siquiera existen unas pocas monografías enfocando estas relaciones.

El volumen de la correspondencia de los virreyes es excepcional. Aparentemente, a medida que se desarrolla la maquinaria del gobierno virreinal, idóneos secretarios entraron a formar parte del aparato administrativo, de manera que cualquiera que fuera virrey debía recurrir a estos servidores públicos para información y consejo. Lohmann Villena puntualiza que muchas de las *Relaciones* probablemente fueron escritas por estos funcionarios subalternos.

Manuel Moreyra Paz–Roldán ha hecho la siguiente comparación sobre el valor histórico de la correspondencia virreinal y las Memorias o Relaciones que cada virrey estaba obligado a preparar: "Ninguna recopilación de piezas, conjugadas unitariamente, proporciona esfera más ostensible y selecta, que las cartas remitidas por los virreyes a la Metrópoli, para el conocimiento de los siglos coloniales, constituyen aportes de categoría y de utilidad tan vasta, que no hemos dudado en darle preferencia entre el acervo de testimonios de ese período".

"En mi opinión", dirá Hanke, "no existe mejor medio para examinar la verdadera naturaleza del gobierno español en América, en todos sus aspectos y contradicciones, que utilizar la voluminosa documentación de los virreyes. Tenemos que analizar los documentos que en número creciente se despacharon desde España a América durante tres siglos; *hay que evitar el perdernos en las minucias genealógicas o en otros asuntos relativamente marginales,* y aprovecharnos de las vastas fuentes que tratan sobre los numerosos problemas que deben enfrentar los virreyes, ahí si nos estaremos aproximando más a la realidad de la América española, con toda la riqueza del drama humano que encierra, y lo haremos mejor que lo realizado hasta ahora. Pero necesitamos mucho de la paciente labor de los historiadores -con estudios especiales- antes de intentar hacer una síntesis o interpretación satisfactoria de la historia de la América hispana. Pero hasta ahora no existe tal material para el historiador de Hispanoamérica".

"Como conclusión", sigue declarando Hanke, "de todo lo dicho me arriesgaría con una hipótesis, aunque tengo mis reservas sobre todas las generalizaciones: aun cuando dispusiéramos de suficientes monografías, no creo que todos los interrogantes han de encontrar respuesta, o que ha de acallarse la controversia sobre la verdadera naturaleza del gobierno español en América. Con todo estoy seguro que la documentación virreinal y las investigaciones especializadas basadas en ella, revelarán que el imperio español estuvo compuesto por una notable variedad de hombres y mujeres que transfirieron una vieja sociedad a un mundo nuevo, desarrollando un núcleo social heterogéneo como jamás lo había experimentado el mundo hasta entonces. Será fructífero investigar sus vidas en los miles y miles de páginas manuscritas, y también discernir cuáles fueron las fuerzas esenciales que gravitaron en esa sociedad, sus costumbres, las instituciones, las leyes, y los valores que trajeron a América desde España. Habían de

ser útiles para profundizar nuestra comprensión del pasado y del presente, y tal vez hasta del futuro".

B. REALES AUDIENCIAS

El año 1971, al publicar el II volumen del *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* cuyo contenido fundamental eran los *Autos Acordados de la Real Audiencia de Quito, 1578-1722,* acompañábamos un amplio artículo sobre las *Reales Audiencias*, para que los alumnos de la cátedra tuvieran una visión general de las Audiencias americanas, y también de la propia de Quito.

Como en la Biblioteca de la Facultad de Derecho está dicho trabajo asequible a los estudiantes, en el presente Manual consideramos suficiente un resumen, que presentamos a continuación, suprimiendo todo el aparato bibliográfico que ahora no es del caso.

1. Preámbulo

Con estudios como el presente pretendemos poner al alcance del hombre culto medio del país, y ahora a nuestros estudiantes de la Facultad de Derecho, el conocimiento del rico y largo período en que se inicia y progresa la formación de la personalidad ecuatoriana, al mismo tiempo que se facilita el conocer directamente el desarrollo de una de las instituciones, que fundamenta la tradición jurídica de los países americanos.

No se trata de defender o rechazar, por que al historiador le compete, fundamentalmente, ofrecer la verdad histórica y dar a conoce los hechos siempre bien documentados, para que las conclusiones que deban sacarse huyan, lo más posible, de interpretaciones subjetivas que puedan adulterar la realidad.

El período indiano, de manera especial, ofrece particular dificultad, pues siempre hay el riesgo de valoraciones parciales o aisladas que no pueden ser generalizadas. Mientras la Corona tuvo desde el principio una meta clara, que reitera a través de más de tres siglos, en una legislación exuberante, como fue el asegurar y garantizar: la evangelización de las tierras descubiertas, lograr el buen gobierno y el justo trato de los naturales. A la vez, la realidad histórica muestra, con hechos, la multitud de ocasiones en que la ambición y avaricia podrían tergiversar tan nobles ideales. También sería ingenuo pensar, que cualquier Estado conquistador de territorios, prescinda de aprovechar al máximo intereses materiales.

España, el mismo año del descubrimiento de América, terminaba la Reconquista de su territorio en lo que restaba a los musulmanes, y esto significó que si bien en toda la Europa de entonces el espíritu caballeresco, de contienda y aven-

tura había terminado con la Baja Edad Media, la península ibérica añadía un aliciente, que no se encerraba en simples torneos y pruebas de pericia o de fuerza, sino en la realidad bélica de una cruzada de siete siglos, para recuperar la totalidad del territorio nacional expulsando al infiel, como se decía entonces.

Tal vez ello nos explique, mucho mejor que en otros pueblos afines, la fuerza que en el hombre hispano tiene, de una parte, la fe vigorosa que había sido defendida en una batalla secular, y, de otra, la dureza de una vida en la cual la hidalguía y nobleza se medían por el uso de la espada.

La conquista y pacificación de las Indias se ofreció al hispano como un revivir su tradición de lucha, y encuentra en el Continente americano el mejor campo abonado para la audacia, la temeridad, la ambición de honra y el afán de riqueza.

Confirmado el descubrimiento del Nuevo Mundo, y asegurados los títulos jurídicos de acuerdo con el momento y con el Derecho Internacional Público, la Corona, consciente de su responsabilidad, y acorde con el absolutismo regio de la época, que no debe olvidarse, introduce poco a poco, pero con firmeza, un sistema de gobierno y administración que no ha podido menos de admirar a los detractores de todos los tiempos, pues por encima de sus fallas y defectos, exhibe una grandeza que se plasma en un cuerpo de leyes y normas que, hoy mismo, sigue sorprendiendo al investigador que intenta aproximarse a su estudio.

Entre las instituciones de primer orden, que como instrumento eficacísimo se instauran en las Indias, están las Reales Audiencias y Chancillerías. De hecho, como ocurrirá en las variadas instituciones castellanas establecidas en América, adquirieron su forma peculiar, matizándose con el tiempo notorias diferencias. Para la terminología actual, las Reales Audiencias serán equivalentes a las Cortes Supremas de Justicia.

2. Clases de Audiencias

Descubierto el Nuevo Mundo por Colón, las continuas expediciones mostraron la realidad y dimensión del descubrimiento. Fue natural que de acuerdo con el criterio de gobierno que adoptaron los Reyes Católicos, la Corona se plantease, de inmediato, el controlar y dirigir la incorporación de tan vastos territorios, cuidando que no se introdujese en las nuevas tierras el más mínimo precedente medieval. Y más, cuando ya en la primeriza Española se habían dado intrigas, envidias y desgobierno. Se hacía apremiante el dar buenas soluciones administrativas, y a toda costa evitar una tendencia feudal.

Según refiere una de las fuentes primitivas, en 1508 los apoderados elegidos para exponer al Rey las necesidades de los habitantes de la Española, pedían que se nombrase un juez de apelación, para evitar la gravosa necesidad de llevar los juicios a España. El resultado inicial de dicha petición, fue una resolución del Consejo de Castilla en 1511, indicando que las apelaciones de los Alcaldes locales se hicieran ante el Almirante o en quien él delegase, para llegar luego al Rey, si era necesario. Pero fue el mismo Monarca el que, en ese mismo año, dio la solución definitiva al crear en Santo Domingo una *"audiencia e juzgado de apelación"*, tribunal que, al estar formado por tres jueces, daba comienzo a la primera Audiencia del Nuevo Mundo, en el que se extenderían rápidamente, para convertirse en institución clave de la administración americana.

Desde el punto de vista estrictamente judicial, todas las Audiencias Chancillerías americanas -al igual que las castellanas de Valladolid y Granada- tendrán la plena jurisdicción y competencia en su territorio o distrito. La clasificación del argentino Ruiz Guiñazú, generalmente aceptada por la doctrina, en *Audiencias virreinales*, *Audiencias pretoriales* y *Audiencias subordinadas*, no tiene nada que ver con la plena capacidad judicial de todas y cada una de las Audiencias, pues hace relación al lugar donde esté radicada y a la peculiaridad del gobierno de ese territorio.

Según la clasificación de Guiñazú, la *Audiencia virreinal* es la establecida en la capital del virreinato, que hasta el siglo XVIII fueron las de México y Perú. Tal como se manifestó al hablar del *Virrey y la Audiencia*, la preside el Virrey y firma las resoluciones de la Audiencia, pero sin tomar parte en el proceso judicial, por no ser magistrado. Preside, también, el Real Acuerdo que reúne a los Oidores y Alcaldes del Crimen estampando su firma, y de donde salen los *Autos acordados de gobierno*, si bien no interfieren en el Gobierno General, competencia exclusiva del Virrey. En el caso de deceso o vacante de virrey, es la Audiencia la que asume el gobierno del virreinato, sin que esto tenga nada que ver con la función estrictamente judicial de la propia Audiencia o de las demás Audiencias del Virreinato. En este caso la Audiencia toma peculiaridad de *Audiencia Gobernadora*. Característica de estas Audiencias virreinales es constar con mayor número de magistrados. Empezaron por cinco Oidores, y llegaron hasta ocho, además de cuatro Alcaldes del Crimen, separándose la acción civil y penal. Contaron, además, con dos fiscales.

Audiencias pretoriales fueron las establecidas en territorios con Gobernadores autónomos, en que el Presidente-Gobernador dependía directamente del Rey, lógicamente a través del Consejo de Indias, y no del virrey. Más tarde tendrán esa clasificación las situadas en Capitanías Generales, *verbi gratia*, Venezuela. La posición del Presidente-Gobernador, por no ser magistrado, es similar a la dicha del Virrey. Ordinariamente se componían de cinco magistrados, que a la vez eran Alcaldes del Crimen, con un solo fiscal.

Audiencias subordinadas se consideran aquellas que estando en el territorio del virreinato, el distrito de la Audiencia está subordinado al virrey en cuanto a gobierno, guerra y hacienda, no en cuanto a lo judicial. Es el caso de Quito.

Desde hace tiempo, tanto en las clases ordinarios, como en varios trabajos -incluso en comunicaciones en los Congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano-, hemos discrepado de la terminología "Audiencia subordinada" aplicada a la Audiencia de Quito. Si bien reconocemos que es la oficial en la legislación indiana y, por tanto, de uso habitual al referirse a Quito. Nuestra opinión no la mueve un afán innovador, sino a ser consecuente con lo dicho hasta aquí respecto a toda Audiencia como tal. Pues está bien preciso, tanto en la legislación como en la práctica, que en *lo judicial* todas las Audiencias son autónomas y no admiten subordinación alguna respecto al gobierno de la región o distrito. Lo que ha ocurrido es que las Audiencias llamadas subordinadas han tenido por Presidente un letrado, que ejercía -a la vez- *el gobierno ordinario* del territorio subordinado -ese gobierno, no la Audiencia- al *gobierno superior* del virrey. De ahí que nuestra opinión sea que a Quito se le denomine *Presidencia subordinada*, pero no *Audiencia subordinada*.

Pero sigamos nuestra exposición. Sin duda alguna, las Audiencias fueron una de las instituciones más poderosas y permanentes en el control y buen gobierno de las Indias. En el decir de Malagón, vinieron a ser, en cierto aspecto, una réplica en menor escala del Consejo de Indias, pues por su carácter colegiado le dio una continuidad y unidad de interés en el gobierno de su distrito, donde el carácter conservador de los Oidores, elemento común a todas las magistraturas, fue la mejor defensa del imperio español contra toda improvisación o innovación radical.

Ha sido, y todavía lo es, un tema debatido el opinar si las Audiencias tenían o no función de gobierno. Por nuestra parte siempre nos hemos unido a la tesis que sostiene que las Audiencias fueron Tribunales de justicia como función específica. Las interferencias gubernativas fueron siempre transitorias, como por ejemplo el breve período experimental -que resultó negativo- de las "Audiencias gobernadoras". Distinto es el caso de las Audiencias virreinales, en los cortos períodos de muerte o vacante del virrey. En los demás casos, ordinariamente, fueron extralimitaciones de autoridad. Así lo argumentábamos últimamente -en el caso de la Audiencia de Quito- en la comunicación al XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano realizado en Toledo en 1998.

Como el Virrey, las Audiencias, corporativamente, representaban al Monarca, eran depositarias del Sello Real, y se le daba el título de *Alteza*, así como ostentaba el título de Real.

Mientras en la Metrópoli existían dos Audiencias Chancillerías, la inmensa exigencia territorial americana llegó a motivar hasta catorce Audiencias, si bien habría suspensiones transitorias y rehabilitaciones continuas.

En relación con el buen trato y gobierno de los naturales, la Corona se apoyó en las Audiencias desde el primer instante de su creación, y podría decirse, en general, que sí respondieron continuamente a ese deseo Real, frenando con frecuencia las arbitrariedades personales, tan propensas en los funcionarios gubernativos.

Por último, como lo hemos venido reiterando, los distritos de las Audiencias acabaron siendo territorios bien compenetrados, tanto que al llegar la Independencia los distritos audienciales se transformaron en nacionalidades americanas.

3. Audiencia de Quito

Un principio común en la historiografía ecuatoriana, es afirmar que la Real Audiencia de Quito se establece sobre un territorio de base natural, que lo formaba el primitivo Reino de Quito. Esta es una opinión que tendrá que estudiarse con más detención.

Realizada la conquista y pacificación de dicho territorio, es indiscutible que la Ciudad de San Francisco del Quito, en la que se establece la primera Gobernación, tiene, además, desde el principio, un Cabildo vigoroso, que siente sobre sí la responsabilidad y grandeza del papel prominente que debe jugar, y una muestra de ello son las distintas expediciones que organiza, entre los que sobresale, por su trascendencia histórica, la famosa expedición al Amazonas. Pero dejemos estos aspectos que amplia y brillantemente han sido expuestos por los historiadores nacionales, y ciñámonos a nuestro objetivo inmediato.

El precedente remoto de la nueva provincia se da en 1535, cuando Fray Tomás de Berlanga manifestaba al Emperador Carlos V la conveniencia de establecer en Quito una gobernación, que atendiese mejor los asuntos del territorio debido a la distancia que le separaba de Lima, *"porque lo uno y lo otro será mejor gobernado haciendo dos gobernaciones que uno"*. Carlos V tiene en cuenta la sugerencia, y encarga al padre Valverde un informe más detallado para la posible división.

Una Real Provisión del Emperador de 1536 autorizaba a Francisco Pizarro, que si lo creía conveniente nombrase a su hermano Gonzalo Pizarro, o a quien estimase oportuno, Gobernador en los territorios de Nueva Castilla. Con esa autorización, producto de las informaciones precedentes, Francisco Pizarro nombraba a Gonzalo Pizarro Gobernador de Quito en 1539, como consta por la Provisión del Marqués Pizarro presentada en el Cabildo de Quito en 1° de diciembre de

1540: *"En el valle del Incay término y jurisdicción de la Ciudad del Cuzco a treinta días del mes de Noviembre año del Nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo de mil y quinientos y treinta y nueve años, el muy ilustre Señor Marqués don Francisco Pizarro, Adelantado, Capitán General y Gobernador por sus Majestades en estos reinos de la Nueva Castilla llamada Perú, y de su Consejo, dijo ... transpasaba y transpasó la Gobernación de las dichas provincias de Quito y las demás contenidas con los pueblos dellas que son San Francisco, Villaviciosa de la Concepción, Popayan, Cali, con Puerto Viejo y la Ciudad de Santiago [de Guayaquil] con sus términos e los demás que se descubrieren e poblaren, al Capitán Gonzalo Pizarro su hermano, y le nombraba y nombra por Gobernador de las dichas Provincias, Ciudades y Villas para que los tenga en justicia e los gobierne como Gobernador de su Majestad, conforme al poder que le da según se contiene en esta dicha Provisión, habiendo respeto que el dicho Capitán Gonzalo Pizarro le ha ayudado a conquistar y sostener toda esta tierra ...".*

El Cabildo de Quito acató la Provisión y los Alcaldes y Regidores dicen que reciben al nuevo Gobernador con satisfacción por tres razones, la tercera: *"Porque desta Villa a donde el dicho señor Marqués don Francisco Pizarro reside hay mucha distancia de camino e algunos vecinos que van a pedir su justicia se han muerto en el camino e otros vienen desde año e medio, e dos años, e cuando vienen, vienen endeudados y perdidos que tienen otros dos años que restaurar la pérdida e gastos que han hecho".* Son las famosas 300 leguas que separan de Lima, que serán el fundamento para pedir una Audiencia.

Con tales precedentes, el 28 de junio de 1560 el Cabildo de Quito, que preside el Teniente de Gobernador Francisco Ruiz, otorga poder al capitán Antonio Morán, para que se presente legalmente autorizado ante el Rey (ya Felipe II) para solicitar la creación de la Real Audiencia de Quito.

La petición del Cabildo quiteño venía a coincidir en el Real Consejo de Indias con una estructuración general del territorio centro-suramericano, pues el año de 1563, fecha de la fundación de la Real Audiencia de Quito, se dictaba la Ordenanza General de Audiencias y se creaban las Audiencias de Panamá y Charcas (Bolivia).

Lo cierto es que aquel año de 1563 es de capital importancia para la futura República del Ecuador, al crearse la Real Audiencia, tan conveniente y deseada en su tiempo, por las razones señaladas para ser Gobernación, y aquellas otras que más tarde comentaba González Suárez: El Cabildo de Quito en su solicitud alegaba que la Ciudad y la Provincia eran de muy buen temple, muy pobladas y abastecidas en abundancia de las cosas necesarias para la vida; decían, además, que en Quito estaba establecida desde los primeros tiempos de la conquista, la Casa de Fundición y que la Hacienda Real gastaría en una Audiencia menos que

lo que gastaba en salarios de Gobernador. Razones que sin duda debieron pesar en el Consejo de Indias y en el mismo Monarca, una vez oídas las opiniones de los Consejeros.

Vista, pues, la conveniencia de fundar una nueva Audiencia en el virreinato del Perú, Felipe II expide en Guadalajara la real cédula del 29 de agosto de 1563 -y no de 29 de noviembre que por error registra la Recopilación de las Leyes de Indias-, por la cual se crea la *"Audiencia y Chancillería Real que resida en la Ciudad de San Francisco de la dicha provincia de Quito"*.

Bien precisa conservamos la documentación de esa creación desde el inicio. Primero por la real cédula de fundación y por la Instrucción que se le da al primer Presidente Hernando de Santillán, anteriormente Oidor de Lima. Y para mejor garantía en la estabilidad de las Audiencias hasta entonces creadas en América, el 4 de octubre de 1563 se dan unas Ordenanzas Generales de Audiencias, que se entregan al Presidente de Quito, en las cuales, verdadero código, se ha pasado de los 50 ó 60 artículos de las Ordenanzas antiguas, a 212 artículos que tienen las de 1563.

El Presidente Santillán con los retrasos de su viaje llega a Quito el 17 de septiembre de 1564, y el 18, con la diligencia propia de su carácter, instala la Real Audiencia y Chancillería de Quito, de acuerdo con la autorización que tenía en sus Instrucciones.

La Real Audiencia de Quito estará primero dentro del virreinato del Perú todo el período de los Austrias, y luego, en el siglo XVIII, con la reforma borbónica, en el virreinato de Nueva Granada (Colombia) hasta el final.

4. Estructura de las Audiencias

Al acercarnos a las obras de graves y doctos autores de los siglos XVI y XVII, vemos de inmediato la satisfacción con que reciben y celebran la presencia de esa institución máxima que fue la Audiencia. Si escuchamos, por ejemplo, a Juan de Solórzano y Pereira, "jurista del siglo XVII, que sin disputa puede ser presentado como el tratadista más eminente del Derecho indiano", en la *Política Indiana* dice lo siguiente:

> *Se deben dar muchas gracias a nuestros Reyes por el gran beneficio que han hecho a sus vasallos de las Indias con las fundaciones de estas Audiencias. Porque de verdad no se puede negar, que son los castillos roqueros de ellas, donde se guarda justicia, los pobres hallan defensa de los agravios y opresiones de los poderosos y a cada uno se le da lo que es suyo con derecho, y verdad ... Y en las partes y lugares donde los Reyes, y Príncipes no pueden intervenir, ni regir y governar por sí la República, no hay cosa en que la puedan hacer más segura, y agradable merced que en*

darla Ministros, que en su nombre y lugar la rijan, amparen, y administren y distribuyan justicia, recta, limpia y santamente, sin la cual no pueden consistir, ni conservarse los reinos ... El exordio de las primeras Ordenanzas que se dieron para la de México el año de 1543 cuyas palabras no se pueden omitir sin gran culpa: Nos deseando el bien y pro común de las nuestras Indias, porque nuestros súbditos y naturales que pidieren justicia, la alcancen, y zelando el servicio de Dios N.° Señor, bien, provecho y alivio de nuestros subditos y naturales, y a la paz y sosiego de los pueblos de la Nueva España, y provincias de yuso declaradas, segun somos obligados a Dios tenemos en la tierra, havemos acordado de mandar poner una nuestra Audiencia, y Chancilleria Real, etc. Son, pues, estas Audiencias y Chancillerias de las Indias, y sus Oidores, y Ministros, de la misma potestad y autoridad que las de España. Asi se deben gobernar en todo por sus leyes y Ordenanzas; si no es que en las particulares que se les han dado haya algo que sea diferente, o contrario, como expresamente en ellas se dice.

Se nos dirá, tal vez, que esa era la visión de los juristas, pero que la realidad fue muy diferente. Es indudable que también esto es verdad, en parte. Pero no es menos indudable que al conocerse cada día más la documentación conservada sobre las Audiencias en los distintos archivos americanos, se comprueba bastante de lo dicho por Solórzano y otros juristas de la época y eso que nos falta tanto por desentrañar de nuestros Archivos Nacionales. Por ejemplo, ratificando lo que venimos diciendo, véase nuestro volumen x del Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano, *Autos de Justicia y Gobierno de 1610 a 1629*, que es el primero de varios volúmenes que pensamos publicar sobre el actuar concreto de la Real Audiencia de Quito, y se verá confirmado lo dicho anteriormente por Solórzano.

Tratando de resumir lo más brevemente posible la estructura y composición administrativa de las Audiencias, veamos lo siguiente:

a) Presidencia

Siguiendo la clasificación vista, la Audiencia virreinal era presidida por el Virrey, firmaba para dar plena garantía al Tribunal, pero sin inmiscuirse en la función de justicia.

En la Audiencia pretorial el Presidente–Gobernador, de "capa y espada", como en el caso anterior el virrey, preside y firma.

En las Audiencias subordinadas, caso típico la Real Audiencia de Quito, está al frente un Presidente letrado que es magistrado del Tribunal. Tiene el *gobierno ordinario* del distrito subordinado al virrey.

En las tres modalidades de Audiencia, en caso de muerte o vacancia asume la presidencia el Oidor más antiguo.

b) Oidores

En el primer período de conquista y aun en el de pacificación, era natural que la presencia de las Reales Audiencias, y con ellas la de los magistrados, no siempre eran gratas a quienes se movían en el clima de la guerra, pues el letrado era un freno a desmanes y arbitrariedades tan propensas en cualquier lugar en semejantes circunstancias. Para el soldado es indudable -como ha dicho Mario Góngora en relación con los araucanos- que "el gobierno ha de ser más por industria conforme a la necesidad del tiempo, que por orden de Derecho".

Entre nosotros, González Suárez, no ha dejado muy buen concepto de los Oidores de la Audiencia de Quito. Siendo buen historiador, se entretiene en minucias de la actuación privada de ciertos Oidores, quizá se destacan demasiado particularidades personales. También es cierto que la Audiencia de Quito en bastantes ocasiones, por el retraso en cubrir las vacantes, o por el ambiente social que se creó en la Ciudad de Quito, la relevancia y poder que llevaba, daba fácil ocasiones a dimes y diretes.

Sin embargo, el criterio general dominante entre destacados historiadores, es que hubo calidad profesional y competencia jurídica en los Oidores americanos. Por ejemplo, el acucioso y competente alemán, historiador relevante del Consejo de Indias, Ernesto Schäffer, con toda naturalidad afirma que "si la administración de justicia se ha mantenido intachable … se debe de un lado a la alta calidad del letrado español, y de otro lado a la permanente preocupación del Consejo de Indias de proponer … solamente a personajes realmente idóneos", para acabar diciendo que "de los muchos centenares de letrados españoles en Indias, al final, muy pocos fueron los que se mostraron indignos de su clase".

Si se quiere lograr una idea cabal de los magistrados en las Reales Audiencias americanas, se puede acudir al capítulo IV de la *Política Indiana* de Solórzano, del que resumimos algo muy breve: *"Siendo, pues, tantos y tales las cosas que se fían de las Audiencias de las Indias, con razón se debe procurar que los Oidores y demás ministros que se nombran y sirven en ellas, no sólo tengan los dotes de ciencia, prudencia y demás virtudes que comúnmente se requieren en los demás magistrados ... porque si donde más peligra, se ha de proceder con más tiento, bien se deja entender cuáles deben ser los que se han de enviar a provincias, en que de ordinario se traban y ofrecen materias tan graves, y que tienen tan laxos el reparo y remedio ... no puede acontecer, ni sobrevenir mayor mal y daño a las provincias donde administran, de ahi que pida para ellos: edad, ciencia, grados de letras, virtud conocida y experiencia continua en la abogacía y exercitaciones prácticas forenses, y dando por razón que pues en*

las manos de tales ministros se ponen las vidas, honras y haciendas de los de sus pueblos".

Y si bien así se seguía como criterio general, Solórzano sabía muy bien que podía faltar todo ello en casos concretos, y se dedicasen a *"confundir los derechos, suscitar pleitos, rescindir conciertos, trazar dilatorias, seguir su interés, vender la justicia, y desear que haya más y más pleitos, para tener más y más en qué hartar su codicia".*

El número de Oidores en las Audiencias varió en el tiempo. Algo natural al ir afinándose en la administración indiana. Por ejemplo: México tuvo al empezar sólo cuatro, y sin embargo ya en la Recopilación, a fines del siglo XVII se asignan ocho Oidores y cuatro Alcaldes del Crimen. Lo mismo ocurre en Lima. En general las Audiencias pretoriales, por ejemplo Santa Fe de Bogotá, y por tanto antes de ser virreinato, tienen cinco Oidores. Las demás audiencias suelen tener tres al principio y luego llegan a cuatro, que a la vez, como en los pretoriales, son Alcaldes del Crimen. Es el caso de Quito.

c) Alcaldes del Crimen

En cuanto a los Alcaldes del Crimen, al principio eran los mismos Oidores que como cuerpo colegiado administraban la justicia, abarcando los magistrados tanto la materia civil como la penal. Al robustecerse las Audiencias con los virreinatos, también se separó todo lo penal o criminal y de ahí los Alcaldes del Crimen, en condición administrativa inferior a los Oidores, pero magistrados como éstos.

d) Fiscales

Fuera de las Audiencias virreinales que tienen los dos fiscales, para lo civil y lo penal, en las demás Audiencias permaneció un fiscal. La función del fiscal de la época, prácticamente, es idéntica a la función actual.

e) Otros ministros

Entre ellos estaban el Canciller, custodio del Sello Real. Los Escribanos. Relatores. Alguaciles. Porteros, etc. Oficios todos que podrán verse precisados en las Ordenanzas nuestras de 1563.

C. EL CABILDO AMERICANO

1. Introducción

Tal como se dijo al tratar de las Audiencias, en que indicábamos resumir varios trabajos anteriores, lo aplicamos ahora al Cabildo, suprimiendo, por lo ya indicado, el aparato bibliográfico.

El término *Cabildo* suena siempre cargado de riqueza y contenido a todo nativo y arraigado en la inmensa extensión de la América hispana, por llevar consigo una tradición centenaria, que encierra el orgullo merecido de tantas ciudades. Si bien dicha satisfacción se remonta al instante de la incorporación de América a la cultura occidental, hay que reconocer que fue tal su hondura de adaptación, que ésta no disminuye en el correr de los siglos, sino todo lo contrario, se enriquece.

La investigación histórica, cada día más seria y especializada, por apoyarse en las abundantes fuentes de nuestros archivos, ha permitido a los historiadores del Derecho no sólo ofrecer los perfiles precisos de la institución municipal americana, sino mostrar la exacta estructura de su existencia y evolución. Entre nosotros, como ha ocurrido en otros países, contamos ya con una buena colección de Actas de los Cabildos de Quito, Guayaquil, Cuenca, parte de Ibarra, Ambato y Riobamba.

Sea cual fuere el enfoque que quiera dársele, ya sea estrictamente jurídico o sociológico, nadie puede negar la realidad vigorosa de una institución que, con sus altas y bajas de prestigio e influencia, fue núcleo vital en la organización territorial americana, por lo demás de eficacia decisiva en el Estado indiano, así como en el republicano.

2. Características generales

Una opinión discutible, a la que nosotros le vemos fundamento, es que el Cabildo americano, vía Derecho castellano, es de raíz más germánica que romana.

Como ocurrirá con tantas instituciones castellanas, su trasplante a América llevó consigo una revitalización asombrosa, que tendría como justificación razones de emergencia y de distancia. Pues si nos situamos en la época, es evidente que la Metrópoli está muy lejana y los niveles de civilización eran sumamente dispares, hasta el extremo de que la misma Corona, y sus órganos de gobierno, se hallaron perplejos, inicialmente, ante la realidad descomunal del Nuevo Mundo. En lo que se refiere específicamente al Cabildo o Municipio, decíamos razones de emergencia, por la necesidad de tener que fundar ciudades en el territorio descubierto. Y razones de distancia, por la dificultad material de poder

consultar a tiempo las situaciones que se consideraban apremiantes y convenientes.

Se ha dicho con acierto, que la colonización española en América fue una "colonización urbana". Es urbana la colonización porque las ciudades "sirvieron a la vez de defensa contra el indígena, de centro político, social y económico, y de escala en las comunicaciones. La ciudad fue simultáneamente fortaleza y mercado, sede gubernativa y centro cultural, y núcleo de donde partía la expansión militar, religiosa y económica. En ella residían los propietarios de las tierras, los encomenderos, los funcionarios y los religiosos que eran quienes de una u otra manera presidían la colonización".

Opinaríamos que, si el Cabildo americano penetra tan vigorosamente desde el primer instante, se debe a que el conquistador -habitualmente de origen modesto, pero crecido en las armas y aventuras- se agiganta en los oficios capitulares, que probablemente él vio ejercer a prohombres de su ciudad de origen o en su territorio. Nadie como él será ahora el mejor defensor y empleará toda su influencia, para que el cabildo tenga prestancia, y, a la vez, que sea orgánico, estable y representativo, precisamente porque se funda en el Derecho. No creemos que cueste mucho pensar, por ejemplo, en un Benalcázar, analfabeto, pero capitán aguerrido, cuando parte de Riobamba para hacer efectiva la fundación de la Villa de San Francisco de Quito, y trate de dar la máxima solemnidad al acto del 6 de diciembre.

El Cabildo, que echa raíces tan hondas desde el principio, unas veces por audacia y otras por aventura loca, representa, nada menos, que al Rey, y por ello se atribuye el nombrar Gobernadores y Capitanes Generales. Así, por ejemplo, cuando llega al Perú la noticia de que Pedro Alvarado ha salido de Centro América para conquistar Quito, Francisco Pizarro envía corriendo a Diego de Almagro, para que establezca una ciudad en el asiento de Riobamba. Algo que diligentemente realizó Almagro al Fundar la Ciudad de Santiago de Quito y la Villa de San Francisco de Quito, ésta a distancia. Cuando llegó Alvarado a Riobamba, una de dos: o acepta la autoridad de los Alcaldes Ordinarios del Cabildo, que como tales hablan a nombre del Rey, o tiene que iniciarse una guerra civil, siendo él el rebelde. Alvarado comprende y regresa a Guatemala.

Así mismo, y con anterioridad, Cortés fue nombrado Capitán General por la primera ciudad que se funda en México, y algo similar ocurrirá en Chile con Pedro de Valdivia. Por ello Cortés, conquistador más culto que otros, en la primera Relación al Emperador Carlos V, cuando todavía vive su madre, le dirá: *"que para la pacificación y concordia dentre nosotros y para nos gobernar bien convenía poner una persona para su real servicio, que estuviese en nombre de Vuestras Majestades en la dicha Villa y en estas partes por Justicia Mayor y Capitán y Cabeza".*

Pronto nuestros Cabildos van llenando el territorio: Quito, Santiago (de Guayaquil), Puerto Viejo, Loja, Cuenca, Ibarra, etc. Una red de pueblos, villas y ciudades que integrarán la provincia mayor con su Audiencia, fundamento de la realidad ecuatoriana, donde unos caballeros altivos, apegados a su honra y afincados en la tierra, pusieron el fermento centenario de la nacionalidad contemporánea.

El Cabildo, según el Derecho indiano -que es un Derecho de Castilla para América y se transforma en Derecho americano-, no es una simple concentración más o menos numerosa de vecinos que se agrupan en una población. El Cabildo es una realidad esencialmente jurídica, que surge ante unas conveniencias de lugar y de personas, por un acto administrativo de quien tiene jurisdicción, y por el cual sus personeros adquieren la representación Real y una amplia competencia en territorios que, en un principio, fueron extensos.

Sírvanos de ejemplo la fundación de la primera ciudad que el Escribano recoge en el primer libro de Cabildos de Quito:

> *En el pueblo de Riobamba -poblado aborigen- a quince días del mes de Agosto año del Nacimiento de Nuestro Salvador Jesucristo de mil e quinientos i treinta y cuatro años el Magnífico Señor don Diego de Almagro mariscal de su Majestad en estos Reinos de la Nueva Castilla y lugar teniente general de gobernador y de capitán general en ella ... en nombre de su Majestad e del dicho señor Gobernador -Francisco Pizarro- en su real nombre ... daba e fundó un pueblo el cual en el dicho nombre puso por nombre ciudad de Santiago de Quito la cual dicha fundación dijo que hacía e hizo en este pueblo de Riobamba ... e luego el dicho señor Mariscal en el dicho nombre habiendo hecho la dicha fundación segun e la manera que dicha es, dijo que porque la dicha ciudad sea regida e la justicia de su Majestad ... nombraba e nombró por Alcaldes Ordinarios de su Majestad a Diego de Tapia e Gonzalo Farfán, e por Regidores a Marcos de Varela e a Hernando Gallego e a Hernando de Prado e a Martín Alonso de Angulo e a Hernando de Gamarra e a Cristobal Orejón e a Lope Ortiz, que son personas hábiles e suficientes y en quien concurren las calidades que se requieren para en semejantes oficios ... conforme a la orden que se suele tener en las semejantes elecciones y en nombre de Su Majestad el dicho señor Gobernador dijo que les daba poder cumplido tal cual de Derecho se requiere a los dichos Alcaldes, para que puedan traer varas de justicia en la dicha Ciudad e sus términos e oír e determinar en los casos de justicia asi civiles como criminales y en las otras cosas tocantes en los dichos oficios anexas e pertenecientes e así mismo a los dichos Regidores en lo tocante a sus oficios los puedan usar y ejercer ... para lo cual como dicho es dijo que les daba poder cumplido tal cual de Derecho se requiere, con todas sus incidencias e dependencias, anexidades e conexidades ...*

El Cabildo indiano, tanto entre nosotros como en los demás territorios americanos, tiene, hasta bien entrado el siglo XVII, un dinamismo sorprendente en acciones y personajes, y si bien no exento de violencias y arrebatos, puso el cimiento de una institución perenne. Si en algunos períodos decae, siempre conserva una alta función representativa en el ambiente local.

Nuestros Cabildos, en una línea común a todos los demás, tenían sus propios matices debido a que se regían, en su mayor parte, por un Derecho consuetudinario, en que el "uso y costumbre" reiterado en todas las Actas coloreaban las circunstancias del lugar. Fue una buena táctica del legislador indiano, dejar a los municipios a merced de un mínimo indispensable de normas, y aun estas se alteraban según las ocasiones y lugares, si se estimaba conveniente.

Tal vez por dicha razón, si se observa el Cabildo con la perspectiva del tiempo, se le contempla como institución ágil y eficaz, y como un elemento moderador en el forcejeo de las instituciones de gobierno, y logrando equilibrio entre ellas. Visto desde este ángulo, es indudable que fue muy útil que el Cabildo incorporase una minoría representativa de cada lugar, para la que el ser miembro del Cabildo se consideraba un buen honor local, al que acompañaban pretensiones de hidalguía y esperanzas de mejores beneficios y mercedes. A su vez, esa realidad subjetiva creó una contrapartida interesante: se creó en las ciudades una verdadera devoción al Monarca y por tanto a la Corona, algo que sin duda irradia desde los Cabildos y penetra hondamente en la sociedad criolla de la época. Tirios y Troyanos han reconocido que el amor al Rey en toda la América hispana es algo evidente, con la peculiaridad de conservarse vivo y real hasta el último instante de la Independencia. Algo que los mismos Próceres, en su primeros pasos, tuvieron que tener en cuenta.

3. Composición

La composición del Cabildo tiene desde el principio ciertas peculiaridades de conveniencia y oportunidad según el lugar. Por algo predominaba el "uso y la costumbre". De todos modos pronto se indica que "*las ciudades principales de Nuestras Indias haya número de doce* Regidores -son nuestros Concejales- *y en las demás ciudades, villas y pueblos sean seis, y no más*". Luego según las Ordenanzas de Población de Felipe II de 1573 establecen que los Regidores sean doce, ocho y cuatro.

Al consultar algunas de nuestras Actas de fundación de ciudades, encontramos lo siguiente: en 1534, al fundar Almagro la Ciudad de Santiago de Quito nombra ocho Regidores. Lo mismo hará antes de partir para Piura, respecto a la Villa de San Francisco de Quito. En 1557 el entonces Gobernador de todo el territorio quiteño, Gil Ramírez Dávalos, en nombre del virrey Marqués de Cañete, funda la ciudad de Cuenca, en la que nombra un Alcalde Ordinario y

dos Regidores. Esta reducción de personeros del Cabildo fue inicial y transitoria. Y a principios del siglo XVII, en 1606, el Capitán Troya por mandato del Presidente de la Real Audiencia de Quito, Miguel de Ibarra, funda la Villa de San Miguel de Ibarra con dos Alcaldes Ordinarios, Alguacil Mayor, ocho Regidores y el Procurador General.

De acuerdo con las Actas de los distintos Cabildos del Reino de Quito, se observan variantes en el número de capitulares, lo cual no es extraño, pues sucede en todas partes, debido al nombramiento de Regidores al hacerse unas veces desde España, otras por el Virrey, otras por la Audiencia -todo esto desde que fueron vendibles estos oficios, pues antes los elegía el Cabildo- y los que el mismo Cabildo elegía el 1° de año.

Aclaramos un poco sobre la venta de oficios. En tiempo de Felipe II se introdujo la posibilidad de vender oficios *no judiciales*, debido a las crisis económicas frecuentes en la Real Hacienda. Sin duda esto afectó a todos los Cabildos, por el hecho de poder adquirir en pública subasta el oficio para toda una vida, y aun transmitirlo. Ya no era cuestión de prestancia personal, sino de capacidad económica. Esto que afectó sensiblemente en algunos lugares, no fue de consideración en nuestros Cabildos, si bien el Cabildo en algunas temporadas perderá mucho de su vigor, que muy bien podía reavivarse según las personas, en otros períodos. Tanto es así, que al aproximarse la Independencia y sus inicios, los Cabildos en todas partes se vieron revitalizados.

Si a las circunstancias anteriores que alteraban lo suyo en la regularidad del Cabildo, añadimos la venta de oficios, y también había que contar con las habituales ausencias, muertes, y por tanto vacantes, posesiones atrasadas, etc., se explican los altos y bajos que referíamos de su prestigio. De todos modos, puede decirse respecto a nuestros Cabildos, que estuvieron concurridos, sin que se diera la necesidad, que sí ocurrió en otras partes, de tener que forzar o estimular a la participación en el Cabildo, por la inhibición de los vecinos.

Además de los Regidores, el oficio más importante del Cabildo, tanto por la ley como en la práctica, era el de los dos Alcaldes Ordinarios, que por ser de justicia no eran vendibles. La norma dirá: *"para el buen regimiento, gobierno y administración de justicia de las ciudades ... sean elegidos cada año, en la forma que hasta ahora se ha hecho y fuere costumbre, dos Alcaldes Ordinarios"*. Era competencia específica del oficio el administrar justicia en materia civil y criminal en primera instancia, al mismo tiempo que tenían la máxima representación del Cabildo -de no asistir el Gobernador o el Corregidor o sus Tenientes-. Lo presidían, y no podría convocarse sesión alguna sin su autorización. Entre los dos Alcaldes uno era de primer voto, y el otro de segundo.

A los Alcaldes Ordinarios seguía en importancia el *Alférez Real* -en las fuentes también se le llama Alférez Mayor-, cuya función primordial consistía en llevar y tremolar el estandarte real, tanto en tiempos de paz como de guerra. Para los familiarizados en la historia de Guayaquil de mediados del siglo XVII, les será fácil medir la prestancia del oficio al saber que lo ostentó don Toribio de Castro Guzmán, personaje relevante de su época. Quizá sin tanto aparato, igualmente se ejercía en las otras Ciudades.

El siguiente oficio en importancia era el de *Alguacil Mayor*, a quien correspondía ejecutar las resoluciones, autos y mandamientos de los gobernadores, Corregidores, Alcaldes Ordinarios y demás justicias. Es decir, tenía la responsabilidad del Orden, de la custodia de la cárcel de la que podía nombrar Alcaide, etc., así como nombrar el personal subalterno que necesitara para la realización de sus funciones. El oficio decayó al ser vendibles, lo mismo que le sucedió al Alférez Real.

Una real cédula de Felipe IV de 27 de mayo de 1631 extendía a las Indias el oficio de Provincial de la Santa Hermandad, con las mismas *"calidades y preeminencias, que tenía el Provincial de la Hermandad de la Ciudad de Sevilla, con vara y espada, voz y voto, asiento y lugar de Alcalde Mayor en el Cabildo"*. Oficio que desde su presencia en América es vendible. Del Provincial dependerán los Alcaldes de la Hermandad que puede elegir el Cabildo cada año. En la jerarquía interna del Cabildo seguía el Alguacil Mayor. En nuestros Cabildos muchas veces no lo hay.

El oficio de *Fiel Ejecutor* casi siempre se ejerce, entre nosotros, por turno entre los Regidores, pues antes y después de ser oficio vendible parece que hubo poco interés en poseerlo titularmente. Es muy posible que en la mentalidad aristocrática de la época, no se considerase de mayor prestancia el estar encargado de las pesas y medidas, del abastecimiento de víveres, del cuidado de los aranceles, etc. Era distinto usar el oficio temporalmente y por votación. En las Actas vemos encargados a los Regidores por el tiempo de tres meses. Para sus ordinarias atribuciones judiciales debía contar, siempre, con el Escribano del Cabildo o uno de número.

Hasta 1622 pertenecieron al Cabildo, con voz y voto, los *Oficiales Reales* de la Hacienda. Es posible que los grandes Monarcas -consideramos a Carlos V y a Felipe II- en pleno período de conquista, y siempre ayunos de recursos para sus audaces empresas, estimaron que tanto los conquistadores, como las riquezas americanas, reclamaban un buen control de los oficiales de la Real Hacienda, y como en aquel período la mayoría de las decisiones se tomaban en los Cabildos, la presencia de los Oficiales Reales equilibraba la excesiva autonomía de los Cabildos. En 1622, cuando los Municipios de tantos lugares se estabilizan, y ha desaparecido el peligro de los naturales y la mayor parte de las iniciativas de

conquista, se observó el rechazo en los Cabildos hacia los Oficiales Reales como miembros natos del Cabildo, por lo que se dio la norma de que ni *"sus hijos, deudos, criados y allegados, y de sus mujeres, a quienes se les declaraba incapaces de poder obtener, ni servir semejantes oficios, porque nuestra intención, y voluntad es, que sólo se ocupen en la administración y cobranza de nuestra Real Hacienda"*.

Hasta aquí hemos enumerado los "oficios concejiles" con voz y voto en el Cabildo que, a excepción de los Alcaldes Ordinarios, elegidos cada año, podía nombrar tanto el Monarca, como las autoridades superiores, y que al establecerse la posibilidad de la venta de oficios, podía adquirir, en pública subasta, cualquiera que por Derecho no estuviese impedido.

A continuación veremos los oficios que el Cabildo elige cada año el 1° de enero, pero sin voz ni voto en las sesiones.

Depositario General. En nuestras fuentes se presenta siempre con todas las precauciones que exige la ley en relación a la fianza que debe dar. Rara vez, en la elección anual que hace el Cabildo se deja de insistir en la garantía que reclama su oficio. El temor era explicable si se tiene en cuenta que por ley *"en los pleytos ordinarios se hagan y entreguen en poder de los Depositarios todos los depósitos de cualquier bienes litigiosos, si se lo pidiesen las partes, y que no se pueden hacer en otra ninguna persona"*. Sin duda podía ser mucho el dinero o bienes depositados en determinado momento.

Procurador General. De él dirá la Recopilación de las Leyes de Indias, recogiendo toda la tradición: "Declaramos que las Ciudades, Villas y Poblaciones en las Indias puedan nombrar Procuradores, que asistan a sus negocios, y los defiendan en nuestro consejo, Audiencias y Tribunales, para conseguir su derecho y justicia, y las demás pretensiones, que por bien tuvieren". Y así lo vemos en las Actas. En éstas observamos que el Procurador, con frecuencia contaba con el asesoramiento de un Abogado, como era natural para enfrentar según Derecho las intrincadas situaciones jurídicas. Con el tiempo acabará siendo el Síndico del Cabildo, que llega hasta nuestros días.

Alcaldes de la Hermandad. Según nuestras actas aparecen consignadas sus elecciones de mediados del siglo XVI, y aun entonces con vacíos temporales. Así, por ejemplo, un Acta de Quito de la sesión del 20 de enero de 1573 consigna la resolución de no seguir eligiendo Alcaldes de la Hermandad, y sin embargo el mismo año, el 14 de octubre se resuelve elegirles de nuevo, por las necesidades que se reclaman en los campos, ya que su función específica era esa, ejercer la justicia en la campiña. Y desde esa fecha indicada, cada año, en las elecciones se siguió eligiendo los dos Alcaldes de la Hermandad tradicionales del Cabildo.

Mayordomo de la Ciudad. Fue un oficio que lo mismo podía ser cubierto por uno de los Regidores del Cabildo, que por la elección anual en uno de los vecinos. Entre nosotros lo más habitual fue elegir a un vecino de la Ciudad. Su función consistía en tener la responsabilidad de cuidar o administrar los bienes del Cabildo, para incrementar así los *propios* del Municipio con los que atendía sus gastos indispensables en toda Ciudad.

El Defensor y Juez de Menores, cuyo cometido lo expresa el mismo título del oficio. En nuestras fuentes es común se le encargue a uno de los Regidores, al que se le asigna en las elecciones de cada año. Lo mismo cabe decir del *Tenedor y Juez de los Bienes de Difuntos.*

Otros oficios menores, nombrados anualmente, si bien no siempre con regularidad, eran el *Defensor de Pobres*, los *Alcaldes de Barrio*. Mas constante se observa el nombramiento anual de los *Alcaldes Mayores de Indios*, al menos en las Actas de Quito y Guayaquil. Ordinariamente eran Caciques. También aparecen los *Alcaldes de aguas*, y la larga serie de los *Maestros* de los diferentes oficios artesanales.

4. Elecciones

La norma y costumbre general, en todos los Cabildos americanos, fue que las elecciones se realizaran en la sesión del 1° de año. Al acto se le procuraba revestir de solemnidad. Se solía celebrar una Misa del Espíritu Santo en la Iglesia Mayor del lugar, y con frecuencia con sermón, en que el predicador recordaba a los capitulares salientes la responsabilidad de elegir bien las distintas nuevas autoridades.

Hasta la primera mitad del siglo XVI solían elegirse las nuevas funciones en una sesión previa al 1° de enero, para presentar la lista de vecinos elegidos al Gobernador y diese su aprobación. Luego se tenía la sesión solemne del 1° de año.

La elección más importante era la de los Alcaldes Ordinarios. Tanto es así que cuando se quiere sancionar a Quito por la participación del Cabildo en la revuelta de las alcabalas, se le quita la elección de los dos Alcaldes Ordinarios, aunque se seguían eligiendo Regidores, Alcaldes de la Hermandad, Procurador General, Mayordomo, etc.

Desde un principio, como agradecimiento por servicios notorios prestados, tanto el Rey, Virreyes, Gobernadores, podían nombrar dos o tres Regidores perpetuos del Cabildo. Luego, con la venta de oficios capitulares, lo más común será que los adquieran en subasta pública. En la Presidencia de Quito fue bas-

tante habitual, y así hasta la Independencia, que el Cabildo funcionase más o menos estable como en los inicios.

La convocatoria para las sesiones, siempre personal, era avisada por el Portero del Cabildo, así avisaba con tiempo de cualquier ausencia. Las sesiones se *celebraban "en las casas del Cabildo"*, para que según el *"uso y costumbre"* tuviesen plena autonomía. De producirse alguna irregularidad en la sesión de elección, podía repetirse de nuevo la elección. Hecho este poco frecuente, pero se dio.

Para un mejor conocimiento y realismo, ofrecemos dos Actas de sesiones, una del siglo XVI en Quito, y otra del siglo XVII de Guayaquil, más o menos similares a otros Cabildos de nuestro territorio.

En la ciudad de San Francisco del Quito primero día del mes de Enero de mil e quinientos e cincuenta e un años, se juntaron en su Cabildo según lo han de uso y de costumbre el muy magnifico señor Francisco Ruiz Corregidor e Justicia Mayor e los magnificos señores Francisco de Olmos e Juan Porcel Alcaldes Ordinarios del año pasado e Rodrigo Nuñez de Bonilla e Hernando de la Parra e Lorenzo de Cepeda e Francisco de Vargas e Carlos de Salazar Regidores desta Ciudad, presente Antonio de Rivera Procurador e Mayordomo desta Ciudad.

E luego este dicho dia los dichos señores Justicia e Regidores dijeron que por cuanto este año han de ir fuera desta Ciudad algunos Regidores a cosas que convienen a la república, que por este año acordaron se nombren de más del número de los acostumbrados otros tres Regidores.

Este dicho dia se hizo elección de los Alcaldes e Regidores, cada Regidor por si apartadamente e salieron de más votos para Alcaldes el capitán Rodrigo de Salazar e Lorenzo de Cepeda, e para Regidores, de más de los perpetuos, Francisco de Olmos e Juan Porcel e Juan de Padilla e Alonso de Bastidas e Martin de Mondragón, Gonzalo de Montenegro e Pedro Núñez e Antonio de Ribera, para este dicho presente año de mil e quinientos e cincuenta e un años, de los cuales e cada uno dellos fueron llamados a este Cabildo y el dicho señor Corregidor les hizo saber el dicho nombramiento y elección e hecha, entregó las varas de Alcaldes a los dichos capitán Rodrigo de Salazar e Lorenzo de Cepeda e dellos e de los dichos Regidores nombrados se recibió el juramento de Derecho en tal caso se requiere, so cargo dél prometieron de usar de los dichos oficios bien e fielmente e facer en él lo que son obligados en forma de Derecho e el dicho señor Corregidor e los dichos Regidores electores y elegidos e los dichos Alcaldes lo firmaron de sus nombres -16 firmas-.

Luego era habitual que en la primera de las sesiones que seguían a la de elecciones, normalmente entre los días del dos al seis, se completasen el resto de

oficios cuyo nombramiento era atribución del propio Cabildo: Procurador, Mayordomo, Fiel Ejecutor, etc.

El Acta de Guayaquil es como sigue:

> *En la muy noble y leal Ciudad de Santiago de Guayaquil del Pirú, en primero días del mes de Enero del año del Nacimiento de Nuestro Redentor, que se cuentan seiscientos y treinta y cinco años, se juntaron a Cabildo, como lo han de uso y costumbre, para elegir Alcaldes, es a saber, los señores Justicia y Regimiento, el Capitán Pedro Alfonso Casco, Teniente General de Corregidor y Justicia Mayor de esta Ciudad y Francisco Vera de Ribera y el Alférez Alonso de Vargas, Alcaldes Ordinarios, que han sido del año pasado de seiscientos y treinta y cuatro años; y el Maestre de Campo Toribio de Castro Guzmán, Alférez Mayor; el Capitán Joan Pérez de Vargas, Alguacil Mayor, con voz y voto en el Cabildo; Francisco Díaz Bravo y Benito Díaz Bravo, Regidores; Diego Navarrete del Castillo, Depositario General; Francisco de Castañeda, Fiel Ejecutor; y el Capitán Diego de Orozco Briceño, Regidor; y Andrés Nieto Mejía, Procurador General. Y estando todos juntos y en sus asientos, como lo han de uso y costumbre, se les leyó la Provisión dada en orden a lo que se debe hacer en las elecciones de Alcaldes. Y, habiéndola leído, la obedecieron y mandaron se haga el juramento y demás que se debe hacer y se manda por la dicha Real Provisión, guardando la orden que por ella se manda. Y estando en este tiempo entró Francisco de la Cruz y dijo que ya había llamado y avisado a todos los capitulares y que no falte ninguno, y luego, dijo que ya son las nueve horas del día poco más o menos.*
>
> *É yo, el presente Escribano, en conformidad de la Cédula del señor Virrey, Marqués de Montes Claros, que se leyó con otro capítulo de carta del dicho señor Virrey, que trata en razón de la dicha orden que se ha de tener en elección de Alcaldes que en semejantes días se han de elegir y hacer para el buen gobierno de esta Ciudad, recibí juramento de los dichos capitulares en toda forma de Derecho y so cargo de él prometieron de que harán la dicha elección de Alcaldes con toda justificación, en personas hábiles, cuales convengan a la expedición y administración de la Real Justicia, para este año de seiscientos y treinta y cinco a todo su leal saber y entender, teniendo atención al servicio de Dios Nuestro Señor y de su Majestad y bien común de esta República y vecinos residentes en ella y no mirarán en respetos humanos, y harán lo demás que en este caso deben hacer, y si así lo hicieren, Dios les ayude, y si no, se lo demande.*
>
> *Y habiendo pasado los susodichos en una mesa que estaba en el dicho Ayuntamiento con aderezo de escribir, se levantaron los dichos Regidores cada uno de por sí, por sus antigüedades; hicieron sus cédulas pequeñas y cada Regidor fue trayendo las que había hecho a la mesa donde yo, el presente Escribano, estoy cerca de los dichos Te-*

niente de Corregidor y Alcaldes, donde estaba un cantarillo y en él echaron todas cédulas que los dichos capitulares hicieron para las dichas elecciones.

Y habiendo acabado los dichos capitulares de dar las dichas cédulas, yo el presente Escribano, con asistencia del Teniente de Corregidor y Alcaldes y del Alférez Mayor Toribio de Castro, Regidor más antiguo, saqué los dichos papeles del dicho cántaro y para sus vales les dije al dicho Ayuntamiento en alta voz el dicho Teniente de Corregidor, Alcaldes y Alferez Mayor, y se regularon los votos [y ante la igualdad de votos para uno de los Alcaldes, se ve que hubo votación para resolver] ... se llamó a un niño nombrado Tomás de Solis, de edad de seis años, y habiéndolos meneado dentro de dicho cántaro, se sacó un papelito en que estaba escrito el nombre ...

Y después de lo cual fueron a la dicha mesa a votar Alcalde de la Santa Hermandad y Procurador General, y habiéndose levantado los dichos Regidores por sus antigüedades trajeron escritas dos cédulas con los nombres de Procurador General y Alcalde de la Hermandad ...

Y luego el dicho Cabildo hizo llamar a las personas electas que están en esta Ciudad ... hicieron el juramento en la forma acostumbrada estando descubiertos y en pie juntamente con el dicho Cabildo ...

Y luego [el Alcalde de la Hermandad elegido estaba fuera de la Ciudad] ... por estar ausente de esta Ciudad, diósele en el inter que viene al Regidor más antiguo, y por serlo en esta ocasión [el que lo era al principio del Acta fue elegido Alcalde Ordinario] Francisco Díaz Bravo, la recibió y hizo el juramento en Derecho necesario, y todos dijeron: "Si, juro y amén". Y el dicho Teniente de Corregidor la entregó y confirmó la dicha elección, en nombre de su Majestad por haberse hecho conforme a Derecho y lo firmaron los dichos capitulares (doce firmas).

En las Actas transcritas se observará que tanto el Corregidor en un caso, como el Teniente de Corregidor en el otro, confirman en el acto las elecciones, posesionan a los elegidos y estos entran en funciones. Sin inconveniente de que el Escribano envíe a la Real Audiencia los resultados de Guayaquil, por haber ya Audiencia, y quedan definitivamente aprobados.

5. Clases de Cabildos

El "uso y costumbre" que en su mayor parte regía la vida municipal, establecía en cada lugar las sesiones del *Cabildo Ordinario*, que normalmente tenía dos sesiones a la semana. Sin embargo se observa repetidamente que podía haber una, o más de dos, si era necesario.

Las sesiones, al igual que nuestros Concejales contemporáneos, se tenían *"en las Casas del Cabildo"*, según la ley y para evitar cualquier presión de autoridad superior. Tanto es así, que una real Cédula de marzo de 1613 de Felipe III, dice*: "Mandamos, que ningún Gobernador, Corregidor, Alcalde Mayor, ni Oidor, por sí, por interpósitas personas pueda pedir, ni solicitar voto a los Capitulares"*.

Cabildo abierto. Es una forma de Cabildo que arraiga tan hondamente en el país, que se continúa con mucho rigor en el período republicano. Aun hoy, no es extraño leer en la prensa nacional que en algún lugar de la República se convoca a Cabildo abierto.

Su característica peculiar, de ayer y de hoy, es que los personeros municipales convocan a la ciudadanía del lugar, para que se una a ellos en la deliberación de algún asunto importante que afecta a todos los vecinos.

Cabildo extraordinario o ampliado. También es frecuente entre nosotros, y lo mismo que el anterior, se usa en nuestros días. Por ejemplo, leíamos el siguiente titular de prensa: "Cabildo ampliado en la capital cañarense. Azogues, abril 20 de 1975".

Tiene por objeto que el Municipio llame a personas calificadas en el tema necesario: fiscal, construcción, algún riesgo, etc., para que les asesoren sobre el asunto. No debe confundirse con el Cabildo abierto.

Cabildo indígena. La legislación indiana prohibió que los españoles vivieran en pueblos de indios, para evitar abusos indebidos.

También se quiso, y se realizó, que hubiera un Cabildo indígena, en forma similar, a su nivel, de los pueblos de españoles. Es lo que el destacado jurista Juan de Solórzano Pereira puso de relieve al distinguir entre la República de los españoles y la República de los indios.

Hasta el momento no tenemos estudios suficientes para dar una opinión certera de nuestros Cabildos indígenas, pero sí puede adelantarse que se regían en su mayoría por un Cabildo elemental con el Cacique del lugar al que ayudaban alguaciles indígenas. En la Sierra y en la Costa las Actas nos dejan constancia, además, de los Alcaldes Mayores de naturales que se elegían todos los años. Venían a ser como Gobernadores entre los naturales.

6. Conclusión

Es indudable que en el territorio de la Real Audiencia de Quito, el Cabildo fue, durante la mayor parte del siglo XVI, el fundamento de la unidad territorial que

agrupa un puñado de Ciudades, Villas y Pueblos que si bien cada uno tiene clara conciencia de su propia autonomía, a la vez tienen conciencia de *reino* -a la usanza de la época- o de Provincia Mayor.

La solemnidad institucional que revestía el Cabildo desde un principio, apoyada de lleno en el Derecho, ya fuera escrito o consuetudinario, daba a los personeros municipales una dignidad y alcurnia local que ellos mismos cuidaron de acrecentar y conservar.

Hemos opinado, luego de ver con atención las abundantes Actas de nuestros Cabildos, que en la Audiencia de Quito, hasta el final, los Cabildos no decaen en su prestigio. Y al final, ante la Independencia, jugaron un papel definitivo.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

ÉPOCA REPUBLICANA

SEGUNDA PARTE

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

DR. JUAN I. LARREA HOLGUÍN
Doctor en Derecho en Ecuador e Italia, Doctor en Derecho Canónico
Doctor Honoris Causa de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

INTRODUCCIÓN

En todos los aspectos de la vida nacional la separación de la Corona Española significó un cambio profundo. Naturalmente los fenómenos sociales no son instantáneos, sino que proceden paulatinamente: se preparan, se producen poco a poco y terminan en nuevas transformaciones, pero, para los efectos del relato histórico es preciso señalar unos límites un tanto arbitrarios que determinen el momento más significativo del paso de una situación a otra. Con este criterio, se suele admitir que en la historia del Ecuador independiente hay varios períodos: el que va desde el 10 de agosto de 1809 hasta el 24 de mayo de 1822 en que se inicia nuestra unión Grancolombiana; ésta termina el 13 de mayo de 1830 con la separación del Ecuador de Colombia y se prolonga hasta 1861, configurándose una etapa inicial de la vida republicana que, a partir de aquel año supone un nuevo período de mayor consolidación y madurez; el 5 de junio de 1895 con la revolución liberal se abre un nuevo período que se prolonga hasta julio de 1925 en que nueva revolución, la de los jóvenes militares, da lugar a un nuevo período. Lo más reciente resulta difícil de delimitar, pero se podrían señalar el 28 de mayo de 1944 y enero de 1971 como fechas claves para distinguir momentos característicos de la vida nacional. Examinaremos, pues, desde el punto de vista jurídico, las mencionadas etapas en sucesivos capítulos.

Ahora bien, los fenómenos jurídicos presentan una complejidad tal que se hace necesario subdividir el estudio de cada período, dirigiendo la atención a diversas materias, principalmente las relacionadas con la Constitución y el Derecho Público por una parte, y por otra, las relativas al Derecho Privado. Además, algunos problemas nacionales de índole jurídica, poseen una importancia y unidad que aconsejan un tratamiento especial, sin dispersarlos en el estudio de los diversos períodos mencionados, por lo cual haremos referencia a ellos en capítulos separados; es el caso de las relaciones entre la Iglesia y el Estado y el de nuestro problema territorial, aunque, evidentemente, otras importantes cuestiones también podrían tratarse específicamente de la misma manera.

No hemos querido agobiar con exceso de datos y de referencias bibliográficas dado el carácter de texto para estudiantes universitarios que hemos querido dar a este trabajo. Solamente se mencionan, junto a los hechos más sobresalientes de la vida constitucional y legislativa de la Nación, los más relevantes personajes del foro y las obras que han influido poderosamente en la historia del Derecho.

Tampoco nos detenemos a relatar los acontecimientos políticos, que están íntimamente vinculados con la vida jurídica, porque se supone el conocimiento de la historia general del país, si bien en tal o cual circunstancia es indispensable referirse someramente a los sucesos más salientes de la política.

Las fuentes para este relato consisten fundamentalmente en las publicaciones oficiales de las leyes: el Repertorio de Legislación y los varios periódicos oficiales en los que se comenzaron a publicar las Constituciones, Tratados internacionales, leyes y decretos, desde 1830, y antes, en la "Gaceta de Colombia". Posteriormente, se funda el Registro Oficial, pero siguen produciéndose recopilaciones, como los Anuarios de Legislación. También hay importantes recopilaciones privadas, de las que se da cuenta en mi Bibliografía Jurídica Ecuatoriana (Ediciones de 1968, 1970 y 1993). También me remito a las actas de los Congresos Nacionales, los Mensajes Presidenciales (de los cuales también existen importantes recopilaciones) a datos de la prensa y de las más conocidas historias de la República como son las de Pedro Fermín Cevallos, P. Legohuir y Rodas, Luis Robalino Dávila, Óscar Efrén Reyes, Gabriel Cevallos García y Jorge Salvador Lara. Importantísimos trabajos monográficos del Dr. Julio Tobar Donoso, del Dr. Benjamín Cevallos Arízaga y otros más, han sido también recogidos en estas páginas.

I. LUCHA POR LA INDEPENDENCIA

Como queda dicho en la introducción, un primer período comprende desde el primer "Grito de Independencia" del 10 de agosto de 1809 hasta que se consolida la separación de la Corona Española por el triunfo de Pichincha el 24 de mayo de 1822. Al día siguiente, 25 de mayo, el "Departamento del Sur" entra a formar parte de Colombia.

Durante este período de 1809 a 1822 los acontecimientos que más absorben las energías del joven pueblo que está naciendo a la vida independiente son sobre todo de carácter militar: fue preciso defender y sostener por las armas la voluntad de ser un Estado independiente. Proclamada la separación de España, se comenzó la tarea de constituir el nuevo país y se dieron pasos jurídicos trascendentales, pero ante todo, se hizo necesario enfrentar la fuerza militar que trataba de mantener el antiguo orden político. Se produjeron altibajos en la lucha por la independencia e incluso se restablecieron las autoridades españolas durante algunos años (1812–1820), hasta que, con el auxilio de Bolívar y Sucre, el Ecuador pudo surgir a la vida propia.

Un hecho que merece resaltarse consistió en que, después de la proclamación de Independencia realizada por un grupo relativamente pequeño de próceres, éstos convocaron un "Cabildo abierto", que el 16 de agosto de 1809 ratificó lo actuado el diez de agosto. De esta manera, la presencia masiva del pueblo de Quito legitimaba el movimiento independentista y la estrecha unión de las diversas clases sociales constituye un fenómeno tan notable que lo consigna en su informe el Procurador Real. Además, los Corregimientos de Ibarra, Latacunga, Guaranda, Riobamba, Alausí y Loja, se adhirieron al movimiento.

Resulta revelador el discurso del Presidente de la Junta (15 de agosto de 1809) que señala los objetivos del gobierno: "La conservación de la religión, del legítimo Monarca y la propiedad de la patria". La fidelidad al rey, resultaba casi imaginaria ya que había abdicado a favor de Napoleón, y precisamente los patriotas desconocían la autoridad del emperador. En cuanto a la conservación de la "propiedad de la Patria" puede entenderse como una referencia a la soberanía nacional en el sentido más general o a la soberanía territorial. Lo verdaderamente importante es que se formula por primera vez el derecho de autogobernarse y se aplica este derecho a las provincias que formaban el antiguo Reino de Quito: todas esas provincias quedaban invitadas a unirse al movimiento y, efectivamente, poco a poco se fueron integrando en la unidad nacional.

El mayor logro jurídico de este período consistió en la elaboración de la Carta Constitucional de 1812, que fija los ideales fundamentales de la Nación: se propone mantener la religión Católica y organizar el país en un Estado soberano, aunque todavía reconoce la unión personal con la Corona de Castilla. El esbozo de la organización política, fija así mismo las características que definitivamente tendrá el Ecuador como Estado unitario, democrático, republicano de régimen presidencialista.

Conviene, por consiguiente, referirse primeramente a la Constitución de 1812, siquiera brevemente.

La Constitución de 1812

La Independencia, proclamada en 1809, señala el comienzo de un nuevo período en la historia jurídica del país, aunque continuaran en vigencia las leyes hasta ese momento existentes y aplicables a este Reino de Quito. La transformación política operada el 10 de agosto de 1809 significó la asunción de la soberanía por parte del nuevo Estado y en el ejercicio de esa soberanía comenzó a disponer de su destino y a organizarse legalmente. Se reconocía al Monarca español Fernando VII y se esperaba que al terminar su cautiverio y recuperar el trono, pudiera ejercer sus atributos reales, pero se organizaba al mismo tiempo un "Junta " destinada a gobernar el Estado naciente.

No tuvo todo el desarrollo el incipiente sistema jurídico, ya que las tropas españolas reconquistaron Quito, pusieron en prisión a los patriotas y restablecieron la autoridad colonial. Sin embargo, la simiente de la autonomía había quedado sembrada y cuando el Comisionado Real Carlos Montúfar llego a Quito en 1811, procedió a reinstalar la Junta soberana, presidida por el Conde Ruiz de Castilla, que pronto renunció y fue reemplazado por el Obispo Cuero y Caicedo. Esta Junta convocó una asamblea en la que deberían intervenir representantes de todas las provincias del Reino de Quito y que efectivamente se instaló en noviembre de aquel año, con el propósito de dar una Constitución. Se presentaron tres proyectos, elaborado cada uno de ellos por un eclesiástico, y fue preferido el texto del Presbítero Miguel Antonio Rodríguez, el mismo que, discutido por la asamblea, fue aprobado en febrero de 1812 y representa la primera Constitución del Estado de Quito. Es una Ley Suprema muy sintética, solamente tiene 54 artículos, pero bastante completa y sobre todo muy original.

No cabe duda que se inspira en los principios de la Revolución Francesa, pero no sigue servilmente los documentos de esa nación, sino que, con nuevo espíritu, profundamente católico, trata de adaptar los postulados de libertad a las necesidades de estas tierras.

Lo más notable de este singular documento consiste en que, junto a las tres clásicas Funciones o Poderes -Ejecutivo, Legislativo y Judicial-, coloca el Supremo Congreso, llamado a vigilar, dirimir las divergencias de los otros cuerpos y nombrar a sus integrantes. Este Congreso resulta la sede de la soberanía y resuelve el difícil problema de los conflictos entre las funciones del Estado.

En otros aspectos, hay que destacar que la Carta combina el régimen monárquico con el republicano, ya que se reconoce al Rey, pero sin atribuirle ningún poder, mientras que éstos se reparten entre los ya mencionados organismos, todos ellos colegiados. El Ejecutivo se ejerce por un Presidente, tres Asistentes y un Secretario; el Judicial corresponde a un Senado. con dos Salas para resolver los asuntos civiles y penales.

Una cierta supervivencia de los juicios de residencia, propios del régimen colonial, se consagra en 1812, puesto que todos los magistrados deben rendir cuentas ante el Supremo Congreso, una vez terminados sus períodos. Estos son breves: dos años, y no se admite reelección.

El sistema electoral fue muy elemental: cada provincia debía elegir un diputado al Supremo Congreso, exceptuando la de Quito, que elegiría dos, por su mayor población. Pero merece aplauso que no se estableciera ninguna limitación para votar y se reconociera una perfecta igualdad de los ciudadanos, aunque la Asamblea que así legislaba estuviera integrada casi totalmente por personajes de la nobleza colonial.

No se enumeran detalladamente los derechos políticos, pero se garantizan de manera genérica. Por encima de todo, las profundas convicciones religiosas de los próceres les hicieron consignar como meta primera de la sociedad política la conservación de la religión y, de conformidad con los criterios de la época, se pretende este objetivo adoptando un principio de intolerancia: ningún individuo que no profese la religión católica podrá establecerse en el Estado.

Las leyes españolas vigentes al momento, continúan en vigor, hasta que sean reemplazadas por las que elabore el Legislativo y sean sancionadas por el Ejecutivo, el mismo que puede también vetarlas. Los tres poderes juntamente pueden "suspender" la vigencia de las leyes de común acuerdo.

Dentro de su sencillez y espíritu sintético, la Carta de 1812 aborda los principales problemas constitutivos del Estado: la soberanía, el territorio -que es el del antiguo Reino de Quito-, la organización elemental de la administración y gobierno y la religión. Sobre esto, la constitución declara que la Católica es la religión oficial del Estado. A diferencia de lo sucedido por el mismo tiempo en Nueva Granada, nada se dice sobre el patronato, que tantas dificultades habría

de traer para la vida de la Iglesia; más prudentemente, nuestros Próceres se abstuvieron de tratar este asunto.

Aunque la vigencia de la Carta de 1812 resultó fugaz por los acontecimientos político-militares que sobrevinieron, dejó honda huella en la Nación ecuatoriana. Cuando, después del período colombiano (1822–1830), se vuelve a constituir el Estado independiente, los principios de 1812 estarán muy presentes en la elaboración constitucional y los rasgos más salientes de la Carta de Quito han perdurado a lo largo de casi dos centurias en nuestro Derecho Constitucional y podemos augurar que continuarán siendo los factores fundamentales de la orientación general del país.

Conviene tener en cuenta que durante este período (1809-1822) aunque en el país no se produce otra obra de creación jurídica, fuera de él, en las Cortes de Cádiz y en Colombia, se legisla y esos instrumentos legales tendrán vigencia en el futuro Estado o influencia en su vida legal. La intervención de los diputados José Mejía y Lequerica y José Joaquín Olmedo en las Cortes españolas, fue muy destacada y allí se penetraron más de los ideales republicanos.

En Colombia, durante estos años, se legisló abundantemente y bajo la influencia poderosa de Simón Bolívar se sentaron las bases incluso de grandes compromisos internacionales. El Libertador soñó con la organización de una gran confederación de repúblicas americanas y dio los primeros pasos a partir de 1815. El año 21 se dictó la Constitución de Cúcuta, que rigió en el Ecuador desde nuestra adhesión a Colombia; pero de esto se tratará en el siguiente período, lo mismo que respecto de los estatutos constitucionales que en 1822 se producen en Guayaquil y Cuenca.

El personaje más destacado de la época fue Francisco Eugenio de Santa Cruz y Espejo, precursor de la Independencia. Destacó en la Medicina y fue también Licenciado en Derecho Civil y Canónico. Firme y fervoroso en sus ideas católicas, en sus escritos criticó con valentía el gobierno colonial (principalmente en "Retrato de Golilla"). Sufrió persecución por sus ideales libertarios, fue encarcelado y deportado. En Nueva Granada trabó amistad con Nariño, bastante menor que él y en quien posiblemente influyó decisivamente para que se orientara hacia la actividad independentista. Mejía y Olmedo, como hemos dicho, tuvieron importante actuación en las Cortes de Cádiz y el segundo jugará papel decisivo en la etapa siguiente.

Después de Espejo, quienes más influyeron en la opinión jurídica a favor de la libertad política, fueron el Dr. Antonio Ante, quiteño ilustre, el Dr. Rodríguez de Quiroga, de Cochabamba y los clérigos autores de los proyectos de Constitución, sobre todo, Miguel Antonio Rodríguez y Calixto Miranda. También fue-

ron destacados juristas, los dos primeros presidentes de las Salas Judiciales: José Javier Ascázubi y Felipe Fuertes Amar.

El grupo de personas realmente preparadas para el gobierno debía ser muy reducido y la mayor parte de ellos perecieron el 2 de agosto de 1810 con la gravísima consecuencia de que el país quedó privado de los principales elementos dirigentes. No habían surgido en todo el período colonial muchas grandes figuras en el campo jurídico y en dos siglos y medio, Quito tuvo un solo Presidente nacido aquí: Félix Sánchez de Orellana, Marqués de Solanda (1746). Es preciso tener en cuenta esta limitación humana, para comprender las deficiencias de los primeros pasos de la República y la necesaria participación de ciudadanos de otros países.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

II. ÉPOCA COLOMBIANA

Al día siguiente de la batalla de Pichincha Quito y sus provincias se incorporaron a la República de Colombia, que luego hemos llamado "la Gran Colombia" y que abarcaba Nueva Granada -la actual Colombia- y Venezuela. El 29 de mayo de 1822 un Cabildo Abierto ratificó la incorporación y se admitió así la plena vigencia en nuestro país de la legislación existente en Colombia. Con anterioridad, el 11 de abril del mismo año, se había adherido el Azuay, que comprendía Cuenca, Loja y las regiones orientales de Yaguarzongo, Bracamoros, Jaén y Mainas. Guayaquil, y con ella toda la costa, se incorporó a Colombia el 30 de julio, habiendo promovido Bolívar una manifestación popular en tal sentido. De esta manera, el territorio del Reino de Quito en su integridad, formó el Departamento del Sur que comprendía las tres provincias de Ecuador, Azuay y Guayaquil.

A raíz del 9 de octubre de 1820 Guayaquil se rigió por medio de un sencillo reglamento y palpitaba en los patriotas el deseo de una organización más completa que había de venir al decidirse definitivamente la suerte del nuevo Estado. Con sabiduría los próceres guayaquileños no quisieron dar rigidez al nuevo Estado que fundaron y prefirieron contemplar con serenidad el curso de los acontecimientos para tomar resoluciones definitivas. La Independencia de Guayaquil significó el primer paso hacia la total autonomía del futuro Ecuador.

En Cuenca se redactó en noviembre del año 20 una verdadera Constitución, aunque también elemental, como correspondía a los primeros pasos de la libertad. He aquí como la describe la elegante pluma de Remigio Crespo Toral: "En esa constitución encontraréis tantas cosas que hemos perdido y tantas otras que se olvidaron después de 1820: las flores del ideal de nuestra existencia colectiva; la religión única, indiscutible para los presentes y los venideros, tesoro de la ciudad y símbolo de fraternidad; la justicia independiente, fuerte, respetada; la hacienda dentro las arcas de una severa economía, moderada en los subsidios para un gobierno barato que se conforme a las exigencias del bienestar común en una comarca modesta; la expedición de la ley encomendada a un cuerpo de procedencia popular; las armas en poder de los ciudadanos para la policía y la defensa de los demás; y el mando superior encargado a un jefe electivo y de corta duración en el cargo. Aparece la organización sin complicaciones y el reconocimiento de los derechos populares muy sincero. Se sacudió el país del gobierno español, para mejorar, no para empeorar, logrando la alianza de todas las clases sociales y la prosperidad común con el progreso de la agricultura y de

las artes útiles, de la enseñanza y el comercio y el desarrollo del ornato y la higiene: la expansión de la vida nueva: como si dijéramos en el lenguaje de hoy, la cultura: la siembra, la flor, el fruto y la semilla."[1] Los ensayos constitucionales de Guayaquil y Cuenca, como la elaborada Constitución de Quito del año l2, quedaron sin vigencia desde el momento de nuestra incorporación a Colombia el 25 de mayo de 1822.

Cuando el Ecuador se integró en Colombia, regía allí la Constitución de Cúcuta, que había sido aprobada el 30 de agosto de 1821 y que declaraba vigentes las antiguas leyes españolas en lo que no se opusieren a la Ley Fundamental. No hubo mayor cambio por nuestra incorporación, ya que también en Quito se había reconocido la permanencia de las leyes españolas desde el primer grito de independencia.

La Constitución de Cúcuta era muy contraria a los ideales de Bolívar quien habría deseado una organización del Estado con un Ejecutivo fuerte, capaz de echar a andar a los nuevos pueblos, no acostumbrados a gobernarse sino a ser mandados; prevalecieron ideas demasiado idealistas e inspiradas en los principios de la Revolución Francesa. Varios importantes políticos de la época decían que se había querido hacer de Colombia otra Francia u otra Gran Bretaña, sin la debida preparación del pueblo, lo cual originó graves perturbaciones y desembocó, en definitiva, en la violación de la Constitución para poder gobernar y en la Dictadura.

La Convención de Cúcuta aprobó también numerosas leyes y estableció una comisión o Junta Eclesiástica, que debía encargarse de tramitar un Concordato. Los juristas granadinos estaban imbuidos de los principios regalistas y consideraron que la República heredaba el privilegio real del Patronato. Esto lo habían afirmado ya en la Constitución del Socorro del año 1812 . En Venezuela y en Quito, por ese mismo tiempo se discutió el asunto, pero se llegó a soluciones más prudentes, a no mencionar siquiera el patronato que justamente se consideraba extinguido juntamente con la decadencia del poder real en América.

La Constitución de Cúcuta a pesar de sus defectos de índole demagógico, tuvo enorme trascendencia, ya que sirvió de base para la posterior legislación de los tres países en los que se descompuso Colombia en 1830. Para nuestros constituyentes de Riobamba, fue la fuente principal de inspiración, si bien supieron corregir en algo sus extremismos.

La forma republicana y gobierno presidencial se reafirmaron en Cúcuta, corroborando lo que había determinado la Carta de Quito de 1812. Además se des-

[1] Crespo Toral, Remigio: *La independencia de Cuenca y su trascendencia para la Nacionalidad Ecuatoriana.* Discurso pronunciado el 3 de noviembre de 19l5, y publicado en la Revista de la Universidad del Azuay, serie V, N.l, 19l6.

ciende a mayores detalles en la organización del Estado y el funcionamiento de la administración.

Los Congresos de estos años (1822 a 1830) continuaron la labor legislativa y dictaron algunas leyes de especial importancia, entre ellas hay que destacar la de Tierras Baldías (11 de octubre de 1821), que autorizaba la enajenación de éstas, previo avalúo y medida. Se exceptuaban las tierras comunales de los indios y los pastos y ejidos de las villas y ciudades. Estas disposiciones constituyen uno de los primeros pasos del llamado Derecho Social, que habrá de tener gran desarrollo con el tiempo.

La preocupación por lo social no fue ajena al gobierno y los políticos de entonces, como a veces se ha dicho. sí tenemos que comprender que no se habían encontrado aún derroteros adecuados para remediar las injusticias reinantes y que el fuerte influjo individualista de la Revolución Francesa inclinaba a esperar el remedio de los males en el simple juego de la libre competencia y la declaración idealista de la absoluta libertad e igualdad. Este principio inspiró, efectivamente, la importante ley de 4 de octubre de 1821, que suprimía el "tributo" al que estaban sometidos los indios, y los ponía en condición de ciudadanos corrientes que debían, como los demás, contribuir al pago de los impuestos generales, que eran escasos y de mínimo rendimiento. Se les concedía, además, un plazo de cinco años iniciales, durante los cuales no tendrían tributación alguna. También se aclaraba que, nadie podía exigirles trabajos gratuitos y que previamente habría que establecer el correspondiente salario, para reclamar su tarea. Se exoneraba del impuesto predial a toda propiedad de valor inferior a cien pesos. Las "tierras de resguardo", es decir aquellas que se reservaban para las comunidades indígenas, debían repartirse entre sus familias tomando en consideración el número de personas, y si quedaban tierras por repartir, se debían arrendar libremente a quien las tomara, para sostener con el rédito una escuela campesina y contribuir al mantenimiento del Párroco.

Estas reformas, bien intencionadas, pero poco realistas y prácticas, ocasionaron gravísima resistencia, no sólo entre los blancos, sino entre los mismos indígenas, muy poco habituados a cualquier cambio y siempre temerosos de ser objeto de nuevos y más graves abusos por parte de los poderosos. Tal fue la oposición, más radical en Guayaquil y Quito, que el Libertador tuvo que suspender en 1828 la referida Ley y volver al detestable "tributo" o capitación discriminatoria.[2] La verdad es que la ley del 21, tenía el grave inconveniente que, al permitir el libre arrendamiento de las tierras de resguardo sobrantes, abría el paso a la apropiación injusta de esos inmuebles por parte de quienes tenían recursos eco-

[2] Tobar Donoso, Julio: *Legislación Social en la Gran Colombia*. Biblioteca Aymesa, Vol. 10. Quito, 1995.- El tributo o capitación indígena consistía en un pago de 3 pesos y 4 reales al año, que debía pagar todo varón entre los 18 y los 50 años, en dos cuotas. Se exoneraba a los enfermos, incapaces o los que servían en el ejército u otros casos similares.

nómicos, o sea, al progresivo despojo de las tierras a los indígenas. Más tarde se volverá a establecer esa libre enajenación que ha terminado empobreciendo enormemente a nuestros aborígenes.

En 1824 se dictaron las leyes de Abolición de mayorazgos, de Régimen Político, Orgánica del Poder Judicial, de Procedimiento Judicial y de Abolición de la Esclavitud. Desde luego, esta última, significa una gloria de nuestra patria, que se adelantó en casi cincuenta años a la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos de América. Desgraciadamente un falso concepto del respeto a los derechos adquiridos hizo que no fuera todo lo eficaz que habría sido de desear, ya que los esclavos debían ser manumitidos mediante indemnización a los dueños; solamente se prohibía en absoluto para lo futuro cualquier clase de comercio de esclavos, su importación al país y los hijos de padres esclavos nacerían ya libres.

Otra importante ley del año 24 causó enorme perjuicio al Ecuador. Fue la de división territorial. Considerando que Colombia era un Estado federal, señaló los límites de los Departamentos, pero, en lugar de seguir el criterio de confirmar lo aportado por cada uno y respetar así la formación histórica de las nacientes nacionalidades, en forma arbitraria se señalaron los límites atendiendo más bien a supuestas conveniencias administrativas. De esta manera, una extensa zona del litoral, que llegaba a confinar con la antigua Capitanía de Panamá en el territorio del Chocó, fue desmembrada de Quito y adjudicada a la Nueva Granada. Más grave aún resultó el despojo en la zona del Valle del Cauca y en el Oriente, en donde los límites se corrieron hacia el sur, para equilibrar la superficie de los tres Departamentos. Los límites de la Audiencia de Quito por el norte, abarcaban Pasto y Popayán y en el oriente hasta el río Caquetá; por la Ley del año 24 perdimos esas ricas provincias y el lindero en los llanos debía ser el Putumayo. Este es el origen del conflicto territorial con Colombia que, después de varios enfrentamientos armados, llegó a solucionarse definitivamente en 1916, estableciendo una frontera transaccional con grave pérdida de territorios por parte del Ecuador.

Para apreciar debidamente estos trastornos territoriales hay que considerar que por aquellos años realmente sobraban tierras y faltaban habitantes. Se calcula que la Gran Colombia tenía apenas 2'800.000 habitantes en 1825, de los cuales el Departamento del Sur contaba con 485.000 libres más 33.000 indios y 7.000 esclavos.

El Congreso de 1826 estableció la tarifa de los derechos de importación y exportación que debían cobrarse en las aduanas, la ley del papel sellado, la de anotación de hipotecas y registro de instrumentos públicos. De esta manera se pusieron las bases del Derecho Fiscal o Tributario. Los ingresos del Estado eran muy escasos y siguieron siéndolo por mucho tiempo, ya que el volumen del

comercio internacional era también escaso. El mismo Congreso organizó la Hacienda Pública y fijó el valor de las monedas de oro y plata. Mal muy grave de la época era la abundante circulación de monedas falsificadas y otras defectuosas.

En el plano del Derecho Civil, se dictaron normas sobre los matrimonios, acogiendo plenamente las reglas del Derecho canónico. Se mejoró la administración judicial y el Procedimiento Civil. Se fijaron las bases de la instrucción pública y se autorizó al encargado del Poder Ejecutivo el dar reglamentos de estudios. Todas estas leyes pasaron al Ecuador y rigieron largo tiempo, aún después de nuestra separación, porque en tales ramos la actividad de nuestros Congresos fue casi nula.

Fue preocupación de los gobernantes el obtener el reconocimiento internacional del Estado independiente y para este efecto se realizaron activas gestiones diplomáticas. En 1823 Inglaterra reconoció a Colombia, recibiendo el primer Ministro Plenipotenciario y desde 1821 hubo ya relaciones con los Estados Unidos. El año 23 se firmó en Guayaquil un tratado Castillo-Portocarrero, por el cual se reconocía que los límites entre Colombia y Perú eran los de los Virreinatos tal como estaban en 1809. En los años inmediatos siguientes se firmaron tratados con Perú, Chile, Buenos Aires, México y Francia, que envió en 1826 un Ministro a Colombia. Poco después se obtuvo los reconocimientos de Holanda, Suecia y Suiza.

El problema territorial con el Perú nace en esta época por la pretensión del vecino del sur de apoderarse de las provincias orientales de Jaén y Mainas y de la costera de Tumbes. El fundamento de la aspiración peruana respecto de Tumbes consistía en que esta provincia había declarado la independencia bajo el patrocinio de Lima; en Jaén se fingió una declaración plebiscitaria de los escasísimos pobladores que escogieron enviar diputados al Congreso del Perú, y en cuanto a Mainas, el fundamento de la reclamación peruana fue la cédula de 1802 que adscribió las misiones de esta zona al Obispado de Lima, quitándoselas al de Quito, y se estableció una jurisdicción militar igualmente dependiente de Lima. La verdad es que la mayor parte de los territorios de Mainas estaban despoblados y muchos no se habían siquiera descubierto en detalle, de modo que la única presencia eficaz en ellos era la de los misioneros.

Como el Perú aducía estar en posesión de Tumbes, Jaén y Mainas y se rehusó a devolverlos a Colombia, se produjo la guerra en 1828 que terminó con el triunfo de las armas colombianas a cuyo mando estuvieron el Gran Mariscal Antonio José de Sucre y el General Juan José Flores. Después de la victoria de Tarqui se firmó el Convenio de Girón (28 de febrero de 1829) que ratificó la vigencia del uti possidetis de 1809. El Tratado de Guayaquil firmado y ratificado por los dos Estados, reafirmaba el mismo principio y establecía que una comisión mixta

señalaría en el terreno los linderos. Los delegados de Colombia esperaron inútilmente la presencia de los peruanos para cumplir el tratado y quedó sin fijarse en el suelo los puntos por los que pasaba la línea demarcatoria. Sin embargo, en Lima se celebró el Protocolo Pedemonte-Mosquera que precisaba la frontera: los ríos Tumbes y Marañón o Amazonas, debiendo unirse los dos, sea por el Huancabamba (más al sur) o por el Chinchipe (más al norte); quedaba, pues, solamente por definir esta zona intermedia, que tampoco se llegó jamás a precisar, dejando así el problema sin solución. Con el tiempo, los peruanos han ido tomando posesión efectiva de los territorios disputados hasta llegar a consagrar sus conquistas con la agresión militar de 1941 y el Protocolo de Río de Janeiro de 1942, en que se dejan en poder del Perú Tumbes y Jaén y más o menos la mitad de Mainas.

La separación del Ecuador de Colombia antes de que se terminara definitivamente de delimitar la frontera con el Perú, ha perjudicado a nuestro país, que ya solo se encontraba en situación de inferioridad militar frente al Perú y no pudo exigir eficazmente que se respetara su derecho. Como expondremos más adelante, la diplomacia ecuatoriana ha hecho inmensos esfuerzos para que se reconozcan nuestros justos títulos y ha conseguido notables victorias académicas, teóricas o ideales, pero en el plano de los hechos ha faltado la fuerza militar que haga respetar el derecho.

En los años del gobierno de Bolívar, el Libertador se empeñó en lograr la integración de las naciones americanas en una gran confederación. Soñaba con un Congreso que debía tener su sede en Panamá, para dirimir cualquier conflicto entre los Estados llamados a colaborar en el plano internacional presentándose como una perfecta unidad. Los resultados del empeño del Libertador fueron muy modestos en este campo, a la primera convocatoria para el año 1826, no asistieron Brasil, Argentina ni Chile y el delegado de Estados Unidos murió antes de incorporarse. Sin embargo se constituyó una fuerza militar teóricamente y se firmaron cuatro importantes tratados, que no llegaron a ratificarse. Nuevos ensayos se realizarían en 1831, 34 y 40. En 1847, por iniciativa del Ecuador se reunió el Congreso del Pacífico que fue muy eficaz para la defensa del Perú frente a España. Posteriormente evolucionó este gran ideal hacia las Conferencias Panamericanas y llega hasta la formación de la Unión Panamericana y la Organización de Estados Americanos (OEA).

Como hemos expuesto, la Constitución de Cúcuta no se ajustaba a las verdaderas necesidades del inmenso y casi despoblado país que iba desde el Orinoco hasta el Amazonas. Se precisaba un gobierno dotado de mayores poderes y a falta de los legales, se recurrió a los dictatoriales. La Convención de Ocaña, debía plasmar los ideales de Bolívar y dar una nueva Constitución, pero fracasó por el ausentismo de la mayoría de los diputados. El Coronel Herrán proclamó a Bolívar como Dictador y éste asumió el poder en Bogotá, organizando un go-

bierno con un Consejo de seis miembros; y procedió a convocar una nueva Asamblea constitucional que se reunió en Bogotá en 1830. El llamado "Congreso Admirable" se instaló el 24 de enero con una equilibrada representación de los tres Departamentos; intervinieron 10 ecuatorianos, 32 de Nueva Granada y 6 de Venezuela. Fue Vicepresidente el Riobambeño José Modesto Larrea. La Constitución quedó aprobada el 30 de marzo de 1830 y se eligió Presidente - para el período que debía durar ocho años- a Joaquín Mosquera. Pero el 18 de abril se firmó la separación de Venezuela, el 13 de Mayo se separó el Sur, para constituir el Estado del Ecuador, con lo cual la referida Carta prácticamente no llegó a tener vigencia en nuestro territorio o apenas la tuvo muy precaria.

La Dictadura de Bolívar fue un ensayo desesperado por organizar un Estado que había caído en la anarquía y en el que reinaba la demagogia inspirada en ilusiones ultra-democráticas, inapropiadas para un país sin experiencia alguna de la libertad política. Bolívar derogó algunas de las leyes más extremadas, entre ellas algunas que afectaban a la libertad de la Iglesia (sobre conventillos, edad para la profesión religiosa, recursos de fuerza, etc). El Libertador demostró su profundo sentido católico también por el restablecimiento de las Vicarías Castrenses y la prohibición de las sociedades secretas, de las que él mismo había formado parte en su juventud. El Decreto Orgánico de 27 de agosto de 1828 decía: "El Gobierno sostendrá y protegerá la religión católica romana como la religión de los colombianos". El 20 de octubre, por otro decreto se estableció la cátedra obligatoria de Religión y Apologética para los universitarios. Todo el empeño de Bolívar por establecer un Estado fuerte fracasó por la desmembración de Colombia y cada uno de los tres países en que se dividió, volvió a los ensayos constitucionales más o menos quiméricos.

La legislación de este período tuvo que centrarse en los más acuciantes problemas como eran los de índole militar y fiscal. Las disposiciones de orden castrense fueron muy abundantes y correspondían a momentos en que primeramente tenía que afianzarse la sobrevivencia de la Patria. En cuanto a los asuntos tributarios, se comenzó por establecer aranceles aduaneros y una contribución directa (4 de mayo de 1825). También se tenía muchas esperanzas de recaudar fondos por medio del papel sellado y del impuesto sobre los aguardientes. En la vida republicana del Ecuador estos dos ramos tributarios preocuparon enormemente a los legisladores durante décadas, y desde luego, su rendimiento fue paupérrimo.

Sobre asuntos civiles, la legislación fue mucho más parca y de menor relieve. Lo más notable fue la ley que suprimió los mayorazgos (10 de agosto de 1824) y otra sobre matrimonio de menores (7 de abril de 1826). Pero la de mayor trascendencia, y también de mayor duración aún en el período siguiente, fue la ley que regulaba el orden de aplicación de las leyes de la época colonial y republicana (1825).

En cuanto a la cultura jurídica en la época que estamos reseñando, se puede afirmar que el notable desarrollo de los estudios en la Nueva Granada, benefició en términos generales a toda la Nación y nuestros hombres públicos encontraron una escuela y práctica política que los preparó para las futuras funciones en el Estado independiente. Fue, sin embargo, lamentable que la orientación ideológica de los estudios en Nueva Granada, se hallaba muy desorientada e imbuida de graves errores de tendencia positivista y utilitarista. En el Plan de estudios universitarios, obra de Azuero y Santander, Benthan servía de texto de Derecho Público. El Eclesiástico se enseñaba por los textos de Lakis, Cabalario y Canga Argüelles; el Internacional, por Benjamin Constant, Lepage y Watel; la Historia Eclesiástica, por Tomassini y la Filosofía por los sensualistas Tracy y Condillac. Así se sembraban las doctrinas más destructoras de la cultura católica que había formado el alma de estos pueblos y se preparaba a las nuevas generaciones para ser protagonistas de una historia de excesos demagógicos y de frustradas búsquedas utópicas..[3]

[3] Cfr. LEGOUHIR y RODAS, *Historia del Ecuador*, Vol. I. y CEVALLOS, Pedro Fermín, *Historia del Ecuador*, Tomo XI, Cap. III. Ambato, 1974.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUITO
UNAQ
ECUADOR
BIBLIOTECA

III. INICIOS DE LA REPÚBLICA INDEPENDIENTE

Producida la separación del Ecuador en mayo de 1830, se imponía la pronta organización del nuevo Estado, y para ello se procedió a la redacción de su Constitución. Esta primera Carta Fundamental ha impreso un carácter permanente en el país y por esto se expone a continuación con mayor detenimiento. Se hará notar la evolución hasta nuestros días, de algunas instituciones básicas, a partir de la Ley Suprema elaborada en Riobamba.

Después se tratará, en este capítulo, de la historia constitucional y de la legislación secundaria en el mismo período.

A. LA CONSTITUCIÓN DE 1830 Y SU INFLUENCIA EN LA NACIONALIDAD

1. Antecedentes históricos

La Audiencia de Quito, con su Presidente y Oidores, contó durante casi trescientos años con una suma de atribuciones jurídicas y administrativas capaces de configurar una entidad política semiautónoma. El aislamiento por las grandes distancias y la deficiencia de vías de comunicación, contribuyó al afianzamiento de una personalidad propia. Cierta división y especialización de la producción en las diversas Colonias de América, fue también factor de individualización; en nuestro territorio, prosperó la artesanía y se establecieron numerosas industrias textiles, como en otras partes del continente se dio impulso a diversas actividades productivas. No existió, en cambio, durante este período, el estímulo del enfrentamiento contra otros, para robustecer la personalidad de la Audiencia; los ataques piráticos y alguna disputa de jurisdicción, no tuvieron la categoría de peligros públicos capaces de crear una conciencia de unidad. De todas maneras, las raíces de identidad étnica, que arrancan del antiguo Reino de Quito, se consolidaron durante el período colonial en el que la población española, derivada de un reducido número de familias, debía formar a su vez una gran familia, con abundantes nexos de parentesco entre casi todos los habitantes blancos. El mestizaje fue, a su vez, abundante y constituyó el puente de unión entre las razas. La obra evangelizadora fue intensa y eficaz; de modo que una profunda religiosidad caracterizó a la Audiencia de Quito, y la unidad religiosa constituyó el vínculo más sólido de unidad.

Cuando a finales del siglo XVIII llegan noticias de la Revolución Francesa, la Independencia de los Estados Unidos de Norte América y se difunden los ideales republicanos, se encuentra un terreno preparado para recibir aquellas semillas: una madurez política suficiente para emprender en la gran aventura de fundar un Estado. De otro modo no tendría explicación el movimiento libertario del 10 de agosto de 1809, ni se explicaría la prontitud con que se forjó la original y bastante perfecta Carta Política de 1812. Apenas dos o tres ciudadanos de estas comarcas habían tenido experiencia legislativa y constituyente, en las Cortes de Cádiz, en las que destacaron Mejía y Olmedo, y precisamente ellos no intervinieron en la Carta de Quito. Había, pues, un cierto sentido político nacional con alguna difusión, como para brotar oportunamente tal fruto de madurez política.

Los duros años de la guerra de Independencia, segaron la vida de numerosas personalidades dirigentes; la insuficiencia de los recursos propios para hacer frente al poder bélico de la Metrópoli, hizo necesario el contingente militar extranjero; surgimos así a la vida independiente con la ayuda de argentinos, peruanos, colombianos y venezolanos, sin que faltaran brillantes oficiales británicos en varios campos de batalla. Las figuras más destacadas de la guerra de Independencia fueron extranjeras a nuestro territorio. De esta manera, la primera vez que el país se enfrenta con otra potencia, lo hacía con fuerte ayuda venida de fuera y por lo mismo esa oportunidad única de enreciar su personalidad, resultó un tanto ambigua respecto de ese efecto.

Por otra parte, en los últimos años de vivencia colonial, la Audiencia de Quito sufrió varias peripecias que debilitaron el sentido nacional; la supresión durante 18 años, el paso del Virreinato del Perú al de Nueva Granada, el establecimiento temporal de la autoridad española en Cuenca, la desmembración de Mainas para efectos militares y religiosos por la Cédula de 1802; todos estos graves acontecimientos ponían a prueba la incipiente nacionalidad, y el hecho de haber superado la crisis demuestra más bien cuánto se había caminado en la formación de la personalidad política.

La prueba más fuerte consistió en la incorporación a Colombia al día siguiente de la victoria de Pichincha. Entonces se impuso sin mayor meditación, el ideal brillante y soñador de Bolívar de formar un grande, un descomunal Estado, desde el Orinoco al Amazonas, englobando pueblos que, aunque vecinos, habían vivido realmente muy separados, con escasas relaciones, y que se sentían hermanados circunstancialmente por la aventura bélica común y por el embrujo de la destacada personalidad del Libertador.

La experiencia Colombiana significó para nuestra Patria un complejo de resultados positivos y negativos. Recibimos, sin beneficio de inventario, una Constitución y unas leyes republicanas forjadas al calor de la lucha independentista e

inspiradas en los ideales de la Revolución Francesa, con cierto sabor anticristiano muy ajeno al alma popular. Receptamos igualmente, un grupo de caudillos militares extranjeros que imprimieron en la vida pública un tinte desconocido en estas tierras, en las que había destacado el elemento civil y el religioso, mas no el militar; la política de los primeros años, llegó así a caracterizarse por un predominio del militarismo, muy ajeno al carácter nacional. Un cierto extremismo idealista, ultra-republicano, ultra-liberal, había caracterizado a los hombres públicos de Nueva Granada y contrastaba con el apego a la tradición existente en Quito; el trasplante de aquellas ideas, puso las bases para la futura dicotomía política de la nueva República. Heredamos también la cuantiosa deuda externa, aunque hemos de reconocer que parte del dinero sirvió para las campañas de la libertad en nuestro territorio. El hecho probablemente más negativo del período colombiano fue la Ley de División Territorial, que desmembró del Departamento del Sur los territorios que llegaban hasta el valle del Cauca y el río Caquetá, lo cual originó la pérdida, para la Nación que se separó en 1830, de esos mismos sectores.

Colombia, que más tarde hemos calificado de Grande, resultó en realidad un gigante muy difícil de gobernar, con regiones muy distantes entre sí, mal comunicadas y de índole diversa; pero, sobre todo con unas instituciones -como anotaba Simón Bolívar- propias de pueblos que habían caminado mucho más por las sendas de la cultura cívica, mientras que a nosotros nos faltaban en buena medida esas bases. Un país con regulaciones jurídicas minuciosas y de gran perfección formal, pero que tenía que enfrentarse con cuerpos militares descomunales y caudillos surgidos de la Revolución y que no contaba con hábitos de disciplina y sumisión. La decadencia de la estrella política del Libertador marcó la irremisible destrucción del inmenso país artificial. Y se habría fraccionado en múltiples pedazos, si se hubiera cedido a las tendencias localistas y no se hubieran impuesto los caudillos, como Páez en Venezuela y Flores en el Sur, que lograron agrupar los pueblos que tuvieron unidad en la época colonial, pero que durante veinte años de guerras y revoluciones perdieron algo de la conciencia de nacionalidad.

Sea por impotencia, dada la situación caótica, o por respeto a la autodeterminación de los pueblos, el Centro de Colombia, la antigua Nueva Granada, consintió pacíficamente la separación del Departamento del Sur, proclamada en Quito el 13 de mayo de 1830 y en los días próximos, en Guayaquil, Loja, Cuenca y las demás ciudades y provincias que formaron el nuevo Estado, con el nombre de Ecuador. Llama la atención que en la Gaceta de Colombia, apenas se menciona el suceso y solamente el 27 de junio, transcurrido más de un mes, se publican documentos y comentarios sobre la separación, con un tono muy moderado de reproche: se podía haber logrado una reforma de la Constitución de Bogotá -aprobada el 29 de abril- sin recurrir a un "pronunciamiento" de hecho. Por tan-

to, la visión colombiana de la separación, parece solamente de índole jurídico–constitucional; pero la realidad era más honda.

Tampoco los personajes del "pronunciamiento" parecían dispuestos a romper todo vínculo con Colombia: se hablaba de llegar a una Confederación, para salvar el ideal bolivariano. Uno de los rasgos más notables, como insistiremos más adelante, de la primera Constitución del Estado fue el dejar expedita la vía para llegar a la unión federativa o confederativa con las otras provincias que habían integrado la Gran Colombia.

La primera Asamblea Constituyente del Ecuador convocada por el General Juan José Flores con diligencia, pudo funcionar con agilidad y pericia gracias a la experiencia adquirida por algunos políticos ecuatorianos en las lides del Congreso de Bogotá, cuyo Vicepresidente fue el riobambeño José Modesto Larrea. Así logró la Constituyente de Riobamba elaborar el estatuto fundamental en un escaso mes de trabajo y dictar, además, la Ley de Procedimiento Civil y otras disposiciones importantes como la que eligió a Quito para perpetua Capital de la República.

2. Características de la Carta de 1830

Veinte diputados firman la Carta aprobada en Riobamba el 11 de setiembre de 1830; algunos de ellos figurarán después en prominentes funciones del Estado, incluso en la Primera Magistratura, como Olmedo, Roca, Borrero. Intervinieron representantes de Pichincha, Cuenca, Loja, Manabí y Guayas; no representaban a los tres departamentos que habían conformado el Sur de Colombia (Ecuador, Cuenca y Guayaquil), pero en las discusiones de la Asamblea se debatió ampliamente sobre el futuro sistema electoral y allí aparece el espíritu regionalista centrado en torno a los tres Departamentos, hasta lograr que cada uno habría de elegir igual número de diputados para los próximos congresos. De todas maneras, la primera ventaja que se consigue es el sentido de unidad: se constituye el Ecuador como un Estado unitario. La tentación del federalismo debió ser grande, tanto por los numerosos ejemplos de países americanos, como por el aislamiento geográfico de varios sectores de la patria. Felizmente se superó aquello y venció la unidad: para un país pequeño y de escasa población, la multiplicación de gobiernos y parlamentos locales habría sido desastrosa, complicando inútilmente la administración, dispersando los pobres recursos y quizás, avivando rivalidades peligrosas.

La forma unitaria del Estado Ecuatoriano ha sido un logro permanente que ha robustecido el sentido nacional. Ninguna de las numerosas Constituciones posteriores a la de 1830 ha destruido este principio básico, que puede calificarse como el primer postulado de la Constitución consuetudinaria del Ecuador: las 18 Cartas siguientes reafirman que el Ecuador es una República unitaria.

Si se han producido movimientos jurídicos tendientes a una mayor descentralización y en algunos casos éstos han lindado con un larvado federalismo, como sucedió en 1835 y en 1861, al establecer las Constituciones la elección de Gobernadores y hasta de Jefes Políticos, por medio de ternas presentadas por asambleas locales. Este sistema, dos veces ensayado con pésimos resultados, debilitaba excesivamente el Gobierno central, politizaba a los pueblos y no contribuía a la unidad sino a la disgregación nacional.

Las graves crisis políticas, sobre todo las de 1859 y de 1883 produjeron también el fenómeno del establecimiento de gobiernos locales, pero éstos tuvieron carácter transitorio, hasta superar las situaciones anárquicas y no pretendieron consolidar la descentralización del poder político.

Muy distinto es el fenómeno de la descentralización de los servicios administrativos; esto es perfectamente compatible con el mantenimiento de la unidad del Estado y resulta altamente deseable para el beneficio equitativo de todas las zonas del país. Sin embargo, la descentralización de los servicios supone también cierto grado de madurez, de preparación de personal suficientemente capacitado, de acendrado sentido de responsabilidad, a la par que recursos bastantes para el mantenimiento de oficinas y para su debida coordinación y control.

La descentralización de los servicios se ha producido muchas veces mediante la creación de organismos especiales de carácter autónomo, que frecuentemente han duplicado de modo innecesario la burocracia, debilitando a los Concejos Municipales y perjudicando al crecimiento normal de la provincia. En ciertas épocas han proliferado las Juntas, los Comités, etc., para obras de agua potable, canalización, carreteras o escuelas, cosas todas ellas que podían ser asumidas con ventaja por el Gobierno central o por los Municipios. No han faltado las reacciones tendientes a suprimir esas entidades autónomas, pero una vez establecidas tienden a consolidarse y resulta muy difícil su eliminación y, a veces, aún su razonable control.

En resumen, la unidad nacional que halló su forma jurídica en la Constitución de 1830, se ha afianzado, superando las crisis y dificultades de diversa índole. El fundamento de unidad, puesto en un momento en que podía parecer artificial, por la escasa cohesión social, se ha robustecido con el tiempo; el servicio a esta causa en pro de la Nación, es evidente.

En igual forma, el sistema republicano de gobierno significa otra de las metas logradas por la Constitución de 1830. Ciertamente esto se hallaba ya preparado por la Carta de 1812 y por la experiencia vivida desde 1822 en la Gran Colombia; además, las corrientes ideológicas que circulaban en América por aquellos tiempos eran predominantemente republicanas, aunque no faltaban las ideas monárquicas aún entre los grandes caudillos de la Independencia. La Constitu-

yente de Riobamba, sin titubeo alguno escogió el régimen republicano que después jamás se ha discutido en ningún parlamento ecuatoriano.

La República ha sufrido crisis entre nosotros más bien por la tensión entre el abuso del poder que lleva a la dictadura y el abuso de la libertad hasta el libertinaje que origina la anarquía. Se puede observar una continua queja de los mandatarios sobre la insuficiencia de las leyes para poder gobernar un país en el que está casi todo por hacerse; de la crítica a la estrechez de atribuciones se ha pasado normalmente a la extralimitación de facultades en forma disimulada o desenfrenada, según el temperamento de los gobernantes, pero, en todo caso, apenas por excepción ha habido Presidente que gobernara en rigurosa sujeción a la Ley. La reacción no ha sido la de ampliar razonablemente las posibilidades de acción, acentuando a la vez la responsabilidad del Primer mandatario, sino la inversa: la de pretender evitar todo abuso, circunscribiendo minuciosamente las facultades del Gobierno.

La forma de Gobierno republicano supone autoridades elegidas, responsables y subordinadas a la Ley, limitadas en cuanto al tiempo (gobierno alternativo), y todo esto se esboza en la Constitución de 1830 y se mantiene a lo largo de nuestra historia como características constantes. Aún los Gobiernos de facto que han surgido de los golpes de Estado, llamados entre nosotros "revoluciones" sin que lo sean propiamente, han pretendido mantener una forma republicana, reconociendo incluso la vigencia, aunque precaria y condicionada, de una Constitución. Las dictaduras en el Ecuador no han significado, pues, el poner de lado el régimen republicano.

También el carácter presidencialista del Gobierno arranca de la Carta de Riobamba y se ha mantenido invariablemente en nuestro sistema jurídico. Solamente la Constitución dictada un siglo después, en 1929, introdujo elementos de parlamentarismo ajenos a lo tradicional y experimentado por el Ecuador, al permitir la censura y destitución de los Ministros de Estado por parte del Congreso, no sólo cuando se comprueban infracciones a la Constitución y las leyes, sino por simples motivos políticos, de conveniencia según el criterio libre del Legislativo. Esta desviación del sistema presidencialista dio funestos resultados y originó una de las épocas de mayor inestabilidad e irregularidad política. La actual Carta de 1978, es también un tanto imprecisa en esta materia, y de interpretarse en el sentido de la de 1929, acarrearía iguales consecuencias deplorables; es de desear, más bien, que se determine lo que no está claro, mediante la adecuada reforma, o por lo menos con disposiciones precisas en la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

La separación de las Funciones o Poderes del Estado, como se decía el siglo pasado, constituye otro de los pilares del republicanismo, adecuadamente formulado por la Carta de 1830 y conservado en las siguientes elaboraciones cons-

titucionales. La evolución de esta materia ha tendido más bien a vincular más las Funciones del Estado entre sí, pero sin confundirlas ni subordinar unas a otras. También han surgido nuevos órganos como los de la función electoral y los de control (Contraloría, Superintendencias, Tribunal de Garantías), y estamos presenciando el nacimiento de otra función, cual es la de planificación económico-social.

La garantía de los derechos ciudadanos se inicia en la primera Constitución con la formulación de los principales derechos humanos. En esta materia, el Derecho Constitucional Ecuatoriano ha progresado casi constantemente, no sólo por la enumeración de nuevas garantías, sino también por el establecimiento de procedimientos y Tribunales para la tutela de tales derechos.

En síntesis, la Carta de 1830, que se caracteriza además por su brevedad -sólo 75 artículos no largos-, ha dejado para el futuro las bases de unidad, sistema republicano, presidencial, respetuoso de los derechos humanos esenciales. Más adelante detallaremos algunos aspectos de todo esto.

En lo que no se encuentra una definida actitud es en materia de autonomía, ya que desde el título de la Constitución se refería al "Estado del Ecuador en la República de Colombia" y en los primeros artículos (2 a 5), se establece el procedimiento para llegar a la confederación con los otros Estados que deberían formar la República de Colombia; de este modo, no se proyectaba un Estado autónomo, sino confederado con otros en una entidad política mayor. Fue en la siguiente Carta Constitucional, la de Ambato en 1835, la que desligó definitivamente al Ecuador y estableció su total autonomía, que desde luego ya existía de facto desde 1830.

Por una parte resulta razonable que el nuevo Estado surgido por las actas o "pronunciamientos" de algunas provincias de Colombia, actuara con prudencia, ya que podía temerse una reacción aún bélica por parte del Estado Central, aunque ésta no se produjo. De otro lado, los sentimientos de adhesión a Bolívar en nuestra patria fueron siempre muy profundos y el respeto a su ideal de la Gran Colombia debió pesar notablemente en los asambleístas. Finalmente, las guerras de la Independencia habían puesto de manifiesto la insuficiencia de estas comarcas para enfrentarse por sí solas a un enemigo poderoso, y no faltaban motivos para temer nuevas agresiones, sea del vecino del sur, sea de la antigua Metrópoli, que aún no reconocía oficialmente la existencia de estos nuevos Estados americanos. Todo ello contribuyó a que la Carta de Riobamba no aspirara a un Ecuador totalmente autónomo; fue el desenvolvimiento de los hechos históricos posteriores el que demostró la imposibilidad de reconstruir la Gran Colombia y decidió por fin a seguir el camino de la plena autonomía.

Para terminar estas observaciones generales y entrar en el análisis de puntos más concretos, valga señalar que la Constitución de Riobamba se inspiró principalmente en la aprobada en Bogotá el 29 de abril de 1830 y que no llegó a regir efectivamente en nuestro territorio; también se tuvo presente la Constitución del Estado de Quito del año 1812, aunque en menor medida, ya que ésta contenía un sistema bastante complejo y el ánimo de los asambleístas fue el de lograr la máxima sencillez, lo cual se alcanzó en buena medida, como también una síntesis y brevedad excepcionales en esta clase de documentos jurídicos.

3. Contenido

a) El Preámbulo

Conviene reproducir estas nobles palabras con las que se inicia el texto legal y nuestra historia constitucional: "En el nombre de Dios, Autor y Legislador de la Sociedad, Nosotros los Representantes del Ecuador, reunidos en Congreso, con el objeto de establecer la forma de Gobierno más conforme a la voluntad y necesidades de los pueblos que representamos, hemos acordado la siguiente Constitución del Estado del Ecuador."

En esta breve fórmula hay que admirar una rara precisión de conceptos y la oportuna expresión de principios básicos que era altamente conveniente destacar en aquel lugar y circunstancias. Se trataba realmente de fundar el Estado y resultaba necesario poner un fundamento: esto es lo que pretendió el constituyente de 1830.

Los miembros del Congreso constituyente actúan como "Representantes del Estado del Ecuador", fórmula ésta muy exacta y fecunda: se consideran investidos de un poder originario o propio, sino delegado, como verdaderos representantes: aquí está la esencia misma del sentido democrático, cualesquiera que hayan sido los defectos de su elección, necesariamente incipiente y marcada por la premura de improvisar el nuevo país. No son ellos los soberanos, sino que reconocen la soberanía del Estado. Con acierto se llaman representantes del Ecuador, del Estado, no del pueblo, ya que éste es uno de los elementos, el más importante, pero no todo el organismo político en el cual radica la soberanía.

La Constitución de 1830 no contiene una declaración explícita sobre la sede de la soberanía política, como era frecuente en las Cartas contemporáneas y como se estila formular también en nuestros días. El punto fue objeto de breve debate en la asamblea, pero finalmente se convino en omitir una declaración meramente teórica, dando por entendido que el sujeto inmediato de la soberanía era el pueblo, En el Preámbulo, sin embargo, de modo implícito destaca el poder soberano del Estado, en cuyo nombre se dicta la Constitución. Hicieron bien aque-

llos patriotas en no enfrascarse en una discusión un tanto bizantina y zanjar el problema con altura y sentido práctico.

Como tales representantes, elaboraron y expidieron la Constitución, cuyo objeto se declara en el Preámbulo: "establecer la forma de Gobierno más conforme a la voluntad y necesidades de los pueblos que representamos". Es decir que se insiste en la propia calidad de mandatarios que cumplen la voluntad popular y tratan de interpretarla. Este es un nuevo detalle que revela el sentido democrático hondamente asumido por los legisladores: ellos no pueden imponer una voluntad arbitraria, son meros portadores del sentir colectivo: También en esto podrá haber buena proporción de ficción o de inexactitud, pero lo que cuenta, que queda como lección para el porvenir, es la intención, el profundo respeto manifestado hacia la opinión mayoritaria de la Nación.

Después se eleva el Preámbulo a una consideración trascendente, ya que los constituyentes abocan su mandato "En el nombre de Dios, Autor y Legislador de la Sociedad". De este modo se compaginan perfectamente el origen democrático y el carácter trascendente de la Autoridad. Este sentido realmente cristiano de la sociedad se había manifestado ya en la Constitución de Quito del año 1812 y estaba en la convicción general del país. Los legisladores procedieron de acuerdo con sus convicciones cristianas, que eran las de sus representados, las de todo el pueblo. Y en esa forma dieron a su obra una base sólida, superior a las simples opiniones fluctuantes. Además, cumplieron con un acto de justicia al reconocer al Supremo Autor y Legislador de todas las naciones.

Podrían hacerse dos objeciones: la primera, que la Constitución no sólo establece la forma de Gobierno, sino que también señala las grandes bases jurídicas y los derechos y garantías ciudadanas. Indudablemente este desarrollo del constitucionalismo sobrevendrá con el tiempo y en aquella primera Constitución sólo de manera elemental se abordan aquellos problemas; por entonces lo más esencial era la fundación jurídica del nuevo Estado, organizando su forma de gobierno.

La otra objeción: el invocar el Nombre de Dios ¿no implica una profanación? ¿Se puede atribuir al Autor y Legislador del universo una obra tan imperfecta? De ninguna manera es profanación el proceder de modo congruente con la propia fe sincera. Y, desde luego, toda obra humana es imperfecta, pero no por eso deja de servir la acción del hombre, como causa segunda o instrumental, a Quién es origen y principio de todas las cosas.

Las siguientes Constituciones siguieron la línea trazada por la primera, sobre el punto de invocar el Nombre de Dios y poner ese sólido fundamento para su obra legislativa. Así se procedió prácticamente durante todo el siglo XIX; las Constituciones de 1897, 1906, 1929 y 1945, es decir las redactadas después de

la revolución liberal, omitieron el Nombre de Dios, pero las de 1946 y 1967 volvieron a aquella tradición ya bien afirmada y tan concordante con el espíritu del pueblo ecuatoriano, profundamente religioso. La Carta, de 1978, originariamente no incluía en el Preámbulo esta importante mención, pero se introdujo por la reforma de 1982.

Mencionar el Nombre de Dios no significa dar una connotación confesional al Estado, o renunciar a la distinción entre la Iglesia y el Estado; tampoco supone reconocer una religión oficial; por esto, es frecuente en las Constituciones de Estados pluriconfesionales, como lo son muchos de Europa. Simplemente se trata de una invocación al Ser Supremo y de dar una sólida fundamentación para el orden jurídico y social, respetando los pensamientos de todos, que al menos suelen coincidir en la creencia en un Dios Creador y Ordenador del universo.

Por otra parte, la omisión no significa necesariamente negación, pero puede implicarla. Así, en la Carta de 1897 que no menciona el Nombre de Dios, se declara la religión Católica como la oficial del Estado. Pero esa prescindencia conduce al relativismo, a dejar sin su último apoyo el sistema, lo que equivale a permitir el absolutismo de la ley, de la voluntad arbitraria del hombre, con el consiguiente germen de tiranía.

Lo más democrático es recoger, en el texto y en el espíritu de la Ley, las convicciones generales del pueblo, y desde luego en el Ecuador la gran mayoría de la población aún hoy, y con mayor razón en 1830, cree en Dios, de modo que la Constitución en este aspecto fue muy acertada.

b) Supremacía Constitucional

La teoría que ha adquirido dimensiones de mundial aceptación, formulada por Kelsen, sobre la estructura piramidal del Derecho, en cuya cúspide se sitúa la Constitución, se vivió en nuestra realidad y en general en los nuevos pueblos de América. Sin embargo, no se encuentra en la Carta de 1830 una declaración expresa de que ella sea la norma suprema sin limitación temporal; solamente se declara la superioridad de la Constitución sobre las leyes anteriormente vigentes, ya que el artículo 73 reconoce que aquellas "conservan su fuerza y vigor", "en la parte que no se oponga a los principios aquí sancionados". El espíritu del documento parece de todas maneras referirse a la supremacía de la Constitución sobre toda otra regla jurídica, sea anterior o subsiguiente, con la salvedad que luego se anotará.

El hecho de exigir los artículos 69 y 70 el juramento "a la Constitución y las leyes", tanto a los ciudadanos que ejerzan cualquier función pública como al Presidente y Vicepresidente de la República, manifiesta el concepto de la su-

premacía constitucional, aceptado por la expresión del art. 69: "La persona que no jurare libremente la Constitución, no será reputada como miembro de esta sociedad", de modo que la misma pertenencia a la nación supone el reconocimiento de la jerarquía suprema de la Carta Política.

En cambio, la salvedad a que antes me referí es la siguiente: por encima de la Constitución del Estado del Ecuador debía regir la Constitución de Colombia, si se llegaba a la proyectada confederación. Así lo establece el art. 5: "Los artículos de esta carta constitucional que resultaren en oposición con el pacto de unión y fraternidad que ha de celebrarse con los demás Estados de Colombia, quedarán derogados para siempre". Esta disposición guarda relación con el carácter semi autónomo del nuevo Estado, que se afirma en el art. 2 y se da por hecha la unión con los otros Estados para formar la confederación de Colombia: "El Ecuador se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola Nación con el nombre de República de Colombia".

Pero como aquella unión y confederación en realidad no existía sino únicamente como una determinación de parte nuestra y que debía ser aceptada por los demás interesados, con sentido práctico se determina en el artículo 3 el procedimiento para "establecer el Gobierno general de la Nación y sus atribuciones y fijar en una ley fundamental los límites, obligaciones, derechos y relaciones nacionales de todos los Estados de la unión". Esta fórmula es interesante y rara frente a la ciencia constitucional: podría calificarse como verdadera Ley Suprema, puesto que a ella queda subordinada no sólo la Carta de Riobamba, sino que contiene lineamientos a los que deberá sujetarse la futura Constitución de la Confederación. Además, el mismo art. 3 señala otro precepto de trascendencia: "El Ecuador concurrirá con igual representación a la formación del Colegio de Plenipotenciarios de todos los Estados" con el objeto de elaborar esa ley fundamental"; de este modo, actuaba el Ecuador como Estado soberano pero no plenamente autónomo, señalando las condiciones precisas dentro de las que debía forjarse la unión. Es interesante desde el punto de vista técnico, que el legislador ecuatoriano no encontró dificultad de subordinar la Constitución a lo que estableciera un futuro Tratado de unión, siempre que se ajustara a esas normas formuladas en el art. 3. Este asunto de la supremacía de los tratados sobre la Constitución, o viceversa, de la Constitución sobre los tratados internacionales, ha sido motivo de polémicas y de diversas teorías en la ciencia del Derecho Público. La solución hallada por nuestros legisladores resultaba feliz, ponderada y práctica: la voluntad soberana del Ecuador quedaba a salvo ya que el Tratado de unión debía verificarse dentro de precisas condiciones, pero a su vez ese Tratado se hacía factible gracias a que la Constitución podía quedar modificada en cualquiera de sus partes si ello resultaba necesario para forjar la Confederación.

Varios países en Constituciones contemporáneas admiten que los tratados internacionales puedan modificar, no sólo las leyes secundarias, sino su misma Ley fundamental; así lo establece la vigente Constitución de Francia y, en forma más clara, la de Holanda de 1956. La Constitución de España, aprobada por plebiscito en 1978, considera también la posibilidad de que un Tratado internacional pueda modificar la Constitución, previendo solamente la necesaria aprobación previa de las Cortes. Esta tendencia puede resultar fecunda para el desarrollo del Derecho Internacional, para el perfeccionamiento de esta rama jurídica aún inmadura, y complace constatar que en los albores de nuestra historia jurídica se encuentra, como en germen, esta orientación de actualidad al cabo de un siglo y medio.

Las relaciones con los otros Estados "amigos de Colombia", es decir, fuera de los de la Confederación, no queda muy claro si habían de ser atribución del Gobierno central que se instauraría, o de cada Gobierno estatal; al respecto, el art. 4 dice que el Gobierno del Ecuador "admitirá y establecerá relaciones con otros gobiernos, celebrando con ellos tratados de amistad y comercio", pero pueden hacerse otros tratados, por ejemplo de límites, de intercambio cultural, de alianzas ofensivas o defensivas, etc., por esto, el asunto no queda suficientemente aclarado: ¿se quiso reservar una parte de las relaciones internacionales como competencia exclusiva del Ecuador y dejar otros asuntos al Gobierno Central? Si esta fue la intención, habría sido clarividente ya que se sumarían las ventajas de una acción internacional conjunta para los temas de mayor trascendencia, y la conservación de la personalidad jurídica internacional, aunque circunscrita para ciertos asuntos.

Punto de trascendencia para nuestro Derecho Territorial se encuentra en el artículo 3 que reserva al Gobierno General de la Nación la fijación de los límites; esta delegación de atribuciones confirma la válida aplicación al Ecuador del Protocolo Pedemonte-Mosquera. Digo que "confirma", por cuanto la Constitución vigente en Colombia hasta ese instante, la de Bogotá de 1830, igualmente confería esas atribuciones al Gobierno Central, y en uso de ellas se celebró el Protocolo Pedemonte-Mosquera el 11 de agosto de 1830. Además, según el principio universalmente admitido por el Derecho Internacional, los Estados que se desmembran o separan de la unidad política anterior, suceden en los derechos y obligaciones correspondientes, y el Ecuador sucedió en esta forma a la Gran Colombia en varias obligaciones contraídas, por ejemplo, la deuda pública y la fijación de límites con el Perú siguiendo los ríos Tumbes, Huancabamba y Amazonas, delimitación que cedía al vecino del sur extensos territorios, fue derecho y obligación heredada por el Ecuador. Al remitirse nuestra primera Constitución al Gobierno Central o general de Colombia, para estos asuntos de límites, no hacía otra cosa que confirmar la válida aplicación del Tratado Pedemonte-Mosquera, como corresponde hacerlo, conforme a los principios del Derecho Internacional y conforme a la naturaleza del Estado com-

puesto, confederativo, que se estaba fundando. Por la misma razón, en cambio, no puede admitirse la validez de las negociaciones Noboa–Pando, ya que Noboa representaba inconstitucionalmente al Ecuador, es decir que no lo representaba, puesto que la Ley Suprema atribuía a Colombia esas negociaciones en cuanto afectaran a los límites.

c) Acto fundacional

El artículo 1 dispone ante todo la fundación del Estado: "Los departamentos del Azuay, Guayas y Quito quedan reunidos entre sí formando un solo cuerpo independiente con el nombre de Estado del Ecuador".

No era una novedad esa reunión; ya existía en la época colonial en la Presidencia o Audiencia de Quito, la cual tenía entidad o personalidad asentada en la realidad prehistórica, que hunde sus raíces en el legendario Reino de Quito. Este cuerpo político subsistió con el nombre de Estado del Sur de Colombia y en 1830 adoptó el nuevo nombre de Estado del Ecuador con el designio de permanecer dentro de Colombia, con la forma federativa o de Confederación. Es la misma persona moral y jurídica que evoluciona en su configuración política y legal.

El artículo 1 emplea el verbo "quedar": "quedar reunidos entre sí", lo que supone la preexistencia de una situación análoga.

Se dice con exactitud que los tres Departamentos forman "un cuerpo independiente" y se le califica apropiadamente de Estado. Puede, en cambio, discutirse sobre el acierto del nombre propio, ya que habría resultado más conforme a la tradición el conservar la denominación de Quito.

Con esta personalidad bien definida, el Estado unitario del Ecuador, procede en el artículo siguiente a manifestar su voluntad de integrarse en la República de Colombia con el vínculo de la Confederación: "Se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola Nación con el nombre de República de Colombia". El perfeccionamiento de este designio requería la voluntad concorde de los otros Estados, cuya manifestación se preveía que se realizara en una precisa manera; pero ese ulterior acabamiento no se produjo porque Venezuela y el Estado Central de Colombia prefirieron seguir sus propios caminos. De este modo, lo que tenía de programático el artículo, no tuvo realización; pero no puede decirse ni que haya carecido de todo efecto ni que haya sido nugatorio; efectivamente, como he manifestado, significó una cesión o traslado de potestades en lo internacional y, por otra parte, asumió la plenitud de la situación jurídica en que se vivía en aquellos momentos: una situación no carente de incertidumbre, de evidente provisionalidad. La Carta de 1835, ante los hechos

consumados, ya clarificada la vía de la total autonomía, determinará de una vez para siempre el carácter de Estado simple, no confederado.

d) El territorio

"El territorio del Estado comprende los tres departamentos del Ecuador en los límites del antiguo Reino de Quito, afirma el artículo 6 de la Constitución de 1830.

Nótese que no se refiere al acontecimiento político inmediato, que habría sido la Audiencia de Quito, o el Sur de Colombia, sino a la entidad nacional o social que fue el Reino de Quito aún antes de la conquista y continuó denominándose así durante el período colonial, como consta en muchos mapas de la época.[1]

La Constitución procede con la sencillez de quien está en plena posesión de la verdad y de su derecho. Efectivamente, los límites del Estado no presentaban en el momento ninguna dificultad puesto que era doctrina admitida por todos los países era la del "uti possidetis iuris" referida al año 1809, es decir al momento de la proclamación de la independencia de la Naciones Americanas, sobre la base de las antiguas circunscripciones coloniales, y el Tratado de Guayaquil, celebrado en febrero de 1830 había zanjado toda posible disputa con el Perú al reconocer, precisamente sobre dicha base jurídica de la posesión de derecho que Tumbes, Jaén y Mainas pertenecían a Colombia, y por tanto, al nuevo Estado. Con el vecino del norte no habían aún surgido divergencias limítrofes y tanto menos podía pensarse que surgieran ya que se estaba hablando de unión y confederación. La Carta Política refleja simplemente la realidad jurídica del momento, sin pretensiones ni afanes reivindicatorios; en este sentido es un documento más, un testimonio histórico de la convicción del Ecuador respecto de su derecho pacíficamente aceptado por todos en aquel tiempo.

Las Leyes Supremas posteriores, desde la de 1835, seguirán refiriéndose con diversas fórmulas al territorio. A veces se enumeran las provincias que lo integran, incluyendo ya las Islas Galápagos redescubiertas y posesionadas por el Ecuador en 1832 (art. 3 del 35), o se remiten simplemente al territorio que perteneció a la Audiencia de Quito, con las modificaciones producidas posteriormente por los tratados de límites válidamente celebrados. El Derecho Constitucional solamente puede recoger la realidad jurídica en esta materia, no la puede alterar.

Uno de los elementos del Estado es el territorio, de allí que su clara delimitación contribuye a la afirmación de la personalidad del Estado y la defensa y conservación del patrimonio territorial será siempre una de las tareas primordiales de

[1] Véase *Cartografía Ecuatoriana de los siglos XVI, XVII y XVIII*, por Carlos Manuel LARREA, Quito, 1977.

la Nación. La Carta Política de 1830 inició la fundación en el plano jurídico afirmando con precisión lo que en justicia correspondía al Ecuador, y lo que al mismo tiempo le era reconocido sin disputa alguna. Los hechos históricos posteriores han producido el desventurado proceso de recorte y desmembración sucesivos del Ecuador por la carencia de Tribunales y mecanismos eficaces para hacer respetar los derechos de los países que no tienen suficientes recursos de fuerza pública para hacerse respetar por sí mismos.

e) El Gobierno

Un Estado cuenta con la población, el territorio y una organización del poder público que permite la implantación y el funcionamiento del sistema jurídico, para asegurar a todos la libertad, la seguridad y la justicia; el conjunto armónico de las instituciones y el buen desempeño de la autoridad conducen al bien común, objetivo propio de la sociedad política. El Gobierno es el primer servidor del bien común, al que deben confluir los esfuerzos de todos los organismos del Estado y las actividades de los ciudadanos individualmente considerados o bien agrupados en las diversas asociaciones que resuelvan hacer.

La organización del gobierno da por lo mismo una fisonomía a cada Estado y de su adecuada forma y funcionamiento dependen en buena parte la prosperidad, la paz y el progreso de los pueblos.

El artículo 7 de la Constitución de 1830 declara que "El Gobierno del Ecuador es popular, representativo, alternativo y responsable". Se señalan en esta manera las características de una República democrática. Este era el ideal de la gran mayoría de los hombres públicos de la época y sin discusión se adoptó esta forma de gobierno, ya experimentada durante la breve época Colombiana (1822–1830), aunque con las imperfecciones y limitaciones que corresponden a una época turbulenta de revoluciones, dictaduras y anarquía.

Por otra parte, el país había vivido bajo un régimen monárquico durante casi tres siglos. Hay que reconocer el idealismo y valentía que significaba en los patriotas el lanzarse a una verdadera aventura, a estrenar un sistema totalmente nuevo y cuyos fugaces resultados en la época inmediata anterior no eran demasiado esperanzadores. Es un punto que nunca se ponderará bastante: el firme sentido republicano del Ecuador en 1830, a pesar de las contingencias históricas. No debe extrañar que entre el ideal que se formulaba y la realización concreta del incipiente vivir republicano existiera todo un abismo. No se podían improvisar la República, la democracia y sus organismos, consiguiendo desde el primer momento resultados perfectos. Significó, de todas maneras, un gran avance el formular con claridad los objetivos, que con el andar de la historia se irían consiguiendo.

Así, el carácter democrático se ha afianzado progresivamente: las trabas para intervenir en las elecciones han ido desapareciendo y el interés de los ciudadanos por participar en la gestión de la cosa pública se ha acrecentado. En el aspecto jurídico se ha perfeccionado el sistema democrático con el desarrollo de las garantías constitucionales de los derechos humanos, con la mayor precisión de los procedimientos para establecer las responsabilidades de los funcionarios y los medios para poder hacer efectivas las indemnizaciones y reparaciones a que tienen derecho los ciudadanos (por ejemplo, mediante los trámites contencioso-administrativo y contencioso-tributario, desarrollados en los últimos años), con la posibilidad de que cualquier ciudadano participe de la iniciativa legal o que el país sea consultado mediante un plebiscito, etc.

Del carácter republicano ya hemos dicho algo anteriormente, baste subrayar aquí que nuestras constituciones, a partir de la primera, han destacado debidamente la separación de los Poderes o Funciones del Estado y que las situaciones de dictadura han tenido siempre carácter transitorio, procurándose incluso mantener la apariencia del régimen normal, mediante la declaración de vigencia de una Constitución, aunque con salvedades o restricciones.

f) La Religión

La Carta de 1812 destacó notablemente la intención de mantener firme e incólume la religión Católica como la única del Estado. Ante la invasión napoleónica a España, se temía que el catolicismo pudiera sufrir menoscabo en las colonias y en el movimiento emancipador jugó papel de importancia la preocupación por evitar ese posible daño. Las Cartas constitucionales de Colombia, en mayor o menor medida, siguieron una inspiración cristiana, aunque se introdujo un concepto nuevo con la Ley de Patronato de 1824, que pretende continuar bajo el sistema republicano el régimen de patronato que fue una concesión especial, un privilegio personal concedido por la Santa Sede a los Reyes de España. Probablemente intervinieron muchos factores para esa determinación y hasta encontrados intereses o pensamientos, unos más deseosos de hacer bien a la Iglesia y otros que pretendían aprovechar de su influjo moral; pero debió ser más que nada una cierta inercia la que llevó a mantener ese sistema: se pretendía no innovar, aunque las circunstancias habían cambiado tanto que resultaba una ficción esa aparente estabilidad, y más bien entrañaba un atropello a la Santa Sede, ya que no había concedido ningún privilegio a Colombia, y ésta pretendía tomárselo por sí misma.

La Constitución de Riobamba no halló otro sistema mejor y siguió la ruta iniciada por Colombia. Esto iba a producir serias dificultades entre la Iglesia y el Estado hasta que se llegará a una situación más aceptable; pero en 1830 se resolvió dejar las cosas como estaban con indudable recta intención: se trataba de mantener la religión y protegerla. Dice el artículo 8: "La Religión Católica,

Apostólica, Romana, es la religión del Estado. Es un deber del Gobierno en ejercicio del patronato, protegerla con exclusión de cualquiera otra."

No se excluye toda otra religión, sino que se protege solamente la Católica. De este modo queda un cierto ámbito de libertad religiosa. Pienso que ese margen de libertad era el apropiado en aquellas circunstancias -muy diversas a las de otros continentes o a la de otros tiempos-. Efectivamente, todos los ecuatorianos y casi todos los habitantes del Ecuador eran católicos, y no era el momento de plantearse situaciones hipotéticas, ajenas a la realidad.

Por otra parte, se debe considerar que por encima de una libertad religiosa que habría sido utópica por entonces, interesaba al país reforzar sus vínculos de unidad y ninguno tan poderoso, general y eficaz como el de la unidad religiosa del Ecuador de 1830.

Lo que originó dificultades fue el pretendido patronato. Aunque ejercido con moderación por lo general, la Iglesia no podía tolerar esa tutela que no había concedido. El Concordato de 1862 prácticamente acabó con el sistema, aunque todavía se habla de patronato; da una gran libertad a la Iglesia y concierta los esfuerzos de ambas Potestades para la consecución del bien común. Comenzó por aquella época a desarrollarse un cierto anticlericalismo y aún algo de sentido antirreligioso importado de otros países. A su vez, en ciertos casos la reacción se excedió cayendo en abusos clericalistas, y se enardecieron los ánimos hasta el punto de centrarse la lucha política de fines del siglo XIX y principios del XX en tópicos de índole religiosa. La separación de la Iglesia y el Estado se inicia con la revolución liberal de 1895, se acrecienta con las medidas antirreligiosas de los Gobiernos de Alfaro y Leonidas Plaza y culmina con la Constitución de 1906 que consumó la ruptura unilateral del Concordato, desconoció los derechos de la Iglesia y, bajo pretexto de libertad, agravió a la mayoría de los ecuatorianos, a cuantos hubieran querido practicar libremente su religión en privado y en público: se inició un período de persecución y de atropellos, que solamente se mitigó en la década de 1930, para concluir definitivamente en 1937 con el Modus Vivendi. Este nuevo pacto solemne con la Santa Sede dio comienzo a un nuevo período de colaboración entre Iglesia y Estado, pero con un nuevo estilo y más moderado espíritu: dentro del marco de libertad religiosa y de neta distinción de las funciones propias de cada Sociedad perfecta.

Las declaraciones universales y constitucionales de derechos humanos han contribuido también a afianzar el respeto de la libertad religiosa. En nuestro país igualmente, se han perfeccionado algunos aspectos de la libertad, como los relativos al culto público, la posibilidad de ingresar al país comunidades religiosas, el derecho de asociación, el de educación, etc. Quedan, sin embargo, ciertos rezagos de intolerancia y restricciones injustificables de la libertad religiosa, como las prohibiciones de celebrar libremente los sacramentos del bautismo y

del matrimonio, ya que se exigen requisitos civiles previos; esto deberá suprimirse cuanto antes en honor a la libertad, por respeto a la Constitución y a las declaraciones universales ya mencionadas. No cabe que subsistan en el Ecuador esas medidas que resultan contra la gran mayoría de los ecuatorianos y que contrarían el principio de libertad religiosa.

g) La Nacionalidad

Antes de la Independencia solamente se hablaba de españoles: los de la Metrópoli y los de América. Jurídicamente no existía diferencia entre unos y otros; en la práctica casi siempre se reservaban las magistraturas más importantes para los de la Península, aunque en algunos casos hubo criollos que ascendieron a aquellos cargos. Los extranjeros provenientes de otros países, fuera del ámbito español, eran poquísimos y normalmente su estadía era transitoria; se puede decir que no había extranjeros. En la época de las guerras de la Independencia se produjo un doble fenómeno nuevo en estas tierras: por una parte numerosos americanos provenientes de otras colonias españolas intervinieron en las batallas de la libertad y algunos se establecieron definitivamente en nuestro territorio; por otra, ingleses, irlandeses, franceses y otros europeos también combaten y se establecen en América. En cuanto a los españoles de Europa, algunos defendieron la causa de España y otros se solidarizaron con las nuevas naciones, del mismo modo que hubo americanos que combatieron en uno y otro bando. Al surgir los nuevos Estados debían asimilar la población asentada en su territorio, y esto no podía realizarse sino a través de una adecuada combinación del ius sanguinis y del ius soli. Así lo hizo la Constitución de 1830.

La Carta en el artículo 9 declara ecuatoriano: 1. a los nacidos en el territorio del Ecuador y a sus hijos, 2. a los naturales de los otros Estados de Colombia avecindados en el Ecuador; 3. a los militares que estaban al servicio del Ecuador al tiempo de declararse en Estado Independiente; 4. a los extranjeros que eran ciudadanos en la misma época; y, 5. a los que obtuvieren la naturalización y 6o. a los que recuperen la nacionalidad perdida.

Hay que observar que en el numeral primero se combinan ya los principios del derecho territorial y de personal, puesto que tanto los nacidos en territorio ecuatoriano como los hijos de éstos tienen igual derecho, aunque los segundos hayan nacido en el exterior. En el numeral 2o. se establece algo muy semejante a lo resuelto modernamente en los tratados de doble nacionalidad: se tiene la nacionalidad activa en el país en que se reside. El numeral 3o. es un tanto vago al referirse "al tiempo de declararse Estado independiente", ya que podría referirse al 10 de agosto de 1809, aunque parece referirse al 13 de mayo de 1830. Igualmente el numeral 4o. requiere la aclaración de que por "ciudadanos", han de entenderse los "ciudadanos de Colombia", entre 1822 y 1830, sean de la Nueva Granada, de Venezuela o del Sur (Ecuador).

La solución dada a la concesión de la nacionalidad parece adecuada para el momento fundacional del Estado. Se ha criticado, a veces, la excesiva generosidad con que se concedió a los extranjeros la posibilidad de asimilarse al nuevo país; pero hay que considerar por una parte lo mucho que debía el Ecuador a los soldados de la independencia, y por otra, la escasez de población y de dirigentes. Finalmente, los demás países americanos procedieron en forma similar.

Este criterio de amplia acogida al extranjero caracterizó nuestra legislación en la primera parte del siglo XIX; cuando se adoptó el Código Civil Chileno se equiparó plenamente los extranjeros a los nacionales en cuanto a los derechos civiles lo que significaba un notable avance poco frecuente en otras latitudes. Pero a fines de siglo y principios del siglo XX, se restringió tanto la concesión de la nacionalidad ecuatoriana como los derechos de los naturalizados. Con posterioridad, se ha abierto nuevamente el criterio facilitando la asimilación de los extranjeros y se ha llegado incluso a la doble nacionalidad con los españoles e iberoamericanos.

h) Deberes de los ecuatorianos

El artículo 10 declara: "Son deberes de los ecuatorianos: obedecer las leyes y a las autoridades; servir y defender a la Patria; y ser moderados y hospitalarios."

Se encierran de esta manera en forma de dísticos, deberes cívicos y morales. Naturalmente, esta materia admitía un desarrollo mucho más amplio, sobre todo si se englobaban los deberes cívicos y morales, que por su extensión y naturaleza son muy variados; se ha escogido, entre las obligaciones morales, las que parecían tener una influencia más notoria en la convivencia civilizada: la moderación y -curiosamente- la hospitalidad. Insisto en que este punto está tratado con superficialidad, pero tiene el mérito de lo original. Es muy frecuente hablar sólo de derechos y no de deberes. La mayor parte de las Constituciones subsiguientes no insisten en esta materia.

i) Derechos de los ecuatorianos

"Los derechos de los ecuatorianos son: igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos teniendo las aptitudes necesarias." dice el artículo 11. Se descarta así la discriminación arbitraria, sólo la Ley puede establecer los requisitos o cualidades necesarias para el desempeño de las funciones públicas. El principio de igualdad, base de la verdadera democracia, quedaba de esta forma claramente asentado.

Teóricamente, la igualdad debe ser tanto más incondicionada cuanto más se refiere al ejercicio de los derechos primarios o al desempeño de funciones indeterminadas o generales. Es decir, que se pueden admitir mayores exigencias o

calificaciones específicas para el ejercicio de derechos o funciones más complejas y de menor interés general (de todos); por ejemplo, es razonable que el ejercicio de profesiones especializadas requiera la posesión del correspondiente título, como pasa con la medicina, la abogacía, la ingeniería, etc.

El problema delicado de las "aptitudes" queda planteado. En esto, la evolución de la conciencia social juega un papel preponderante: la exigencia de condiciones culturales, de edad, de títulos profesionales, de recursos económicos etc., depende de la sensibilidad social ante esos mismos límites.

Siendo la ciudadanía el más genérico y universal derecho, debe reconocerse con la mayor igualdad, sin trabas ni límites artificiosos. Pero, al dar nuestros primeros pasos republicanos, no puede extrañarnos que aún la ciudadanía quedara restringida por varios conceptos. Hoy nos contraría sobre todo, que se impusieran condiciones económicas para ser ciudadano; nos parece una contradicción con la igualdad que se acaba de proclamar en el artículo 11 de la Constitución, pero es preciso juzgar el fenómeno en su propio marco histórico.

Efectivamente, el artículo 12 exige para ser ciudadano: 1. ser casado o mayor de 22 años; 2. tener una propiedad raíz por valor de 300 pesos o ejercer alguna profesión o industria útil, sin sujeción a otro: y. 3. saber leer y escribir.

Es universal la exigencia de una edad mínima, y esto se justifica por la necesidad de tener un cierto conocimiento del mundo y haber adquirido una personalidad y situación independientes, todo lo cual supone una cierta edad. Si se considera que las leyes civiles de 1830 reconocían la mayoría de edad a los 25 años, la fijación de 22 para la ciudadanía implicaba un avance en el sentido de la igualdad; además, podía suplir a la edad el matrimonio, de modo que el menor de 22 años, si era casado, se consideraba ciudadano. Más adelante se rebajó este límite de edad a los 18 años.

El requisito mínimo de cultura fue, en el Ecuador, como en casi todo el mundo, saber leer y escribir, y esto se ha conservado hasta nuestros días; por primera vez, en la Carta de 1978 se considera ciudadanos aún a los analfabetos, y el asunto ha sido objeto de intensas discusiones.

En cuanto al requisito económico, debe notarse que era alternativo: o bien tener una cierta propiedad raíz, o bien ejercer una profesión independiente. Se manifiesta, por tanto, la preocupación de asegurar la autonomía de quien sea ciudadano: se trata de evitar que quien dependía de otro pudiera votar y ser elegido y se limitaba así el influjo político de quienes tenían sirvientes, jornaleros o trabajadores bajo sus órdenes. En este sentido hay una evidente inspiración democrática en el mencionado precepto constitucional, aunque parezca destruir el sentido de la igualdad. Además se ha tratado de explicar la exigencia económica

aduciendo dos argumentos más: que esto era lo usual en aquella época en otros países, y que solamente quienes tenían propiedad o profesión contribuían al sostenimiento del Estado con impuestos. Lo segundo evidentemente no es exacto, puesto que existía la capitación que gravaba a muchos no propietarios ni profesionales, y los impuestos indirectos pesan sobre todos. Estas restricciones económicas de la ciudadanía se conservaron, con ligeras variantes, en las Constituciones de 1835, 1843, 1845, 1850 y 1852, desaparecieron finalmente en la de 1861. Otras restricciones económicas, para el desempeño de los cargos públicos como Presidente de la República, senador o diputado, subsistieron hasta 1883.

Las disposiciones sobre suspensión de los derechos de ciudadanía (Art. 13) se han conservado a través de los años, también con modificaciones de menor trascendencia.

j) El Sufragio

Para la mayor parte de los ciudadanos, su derecho se reduce al ejercicio del voto; a través de él todos pueden influir en la marcha del Estado.

El sistema seguido por la Constitución de 1830 fue el generalizado en su época; esto es, el sufragio indirecto. Se debían reunir cada cuatro años asambleas parroquiales presididas por un Juez, con asistencia del Cura y de tres vecinos honrados, escogidos por el Juez, para elegir a los electores. Estos debían designar los diputados y se reservaba al Congreso la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, de modo que estos magistrados resultaban de una elección de segundo grado.

Se trataba de un sistema rudimentario, sencillo, apropiado para el comienzo de la vida republicana independiente. Tenemos allí un germen del sistema electoral que, poco a poco, se ha desarrollado y perfeccionado. Los pasos más importantes en esta materia han consistido en la estructuración de los organismos del sufragio como función independiente del Estado, lo cual se logra a partir de la Constitución de 1945, y la representación de las minorías, llegando incluso al sistema proporcional; esto comenzó con la Carta de 1929.

La proporcionalidad de los legisladores con relación a la población no pudo fijarse desde un comienzo, porque se desconocía con exactitud el volumen de habitantes. Se optó provisionalmente por igual número de diputados por cada uno de los tres antiguos departamentos (Quito, Cuenca y Guayaquil), y solamente en 1861 se estableció la elección por provincias en proporción al número de sus habitantes.

k) Poder Legislativo

La organización de la Función Legislativa o "Poder Legislativo", como se solía decir el siglo pasado, se realizó con la sencillez y elementalidad que caracteriza a toda la Carta de 1830. El Congreso contaba con una sola Cámara con diez diputados elegidos por cada uno de los tres Departamentos. El art. 21 señalaba una norma transitoria: un árbitro determinaría si más adelante los tres Departamentos seguirían siendo representados con paridad, o con un número de diputados proporcional a su población. Esto revela el gran tropiezo que encontró la Asamblea de Riobamba para resolver este punto, que no pudo ser zanjado de inmediato y quedó supeditado a la resolución arbitral. Tal arbitraje no se produjo y las cosas subsistieron así hasta la Constitución de 1861, que estableció la proporcionalidad, como ya se ha dicho.

En cuanto al sistema de una sola Cámara, se abandonó desde 1835, para instalar las dos Cámaras que permiten un equilibrado trabajo legislativo. Solamente las constituciones de 1850 y 1945 pretendieron volver al unicameralismo, aunque no llegó a funcionar ni en uno ni en otro caso, porque ambas cartas fueron las más efímeras en la vida del país, sin que siquiera llegara a instalarse el próximo Congreso con esa conformación. La Constitución actualmente vigente retrocedió también, abandonando una provechosa tradición de ciento cincuenta años, para ensayar nuevamente la Cámara única.

Un interesante y progresista desarrollo de la Función Legislativa se produjo en 1929, con las representaciones funcionales, que se mantuvieron en las Constituciones de 1945, 1946 y 1967. Cuando ya parecía estabilizado este sistema, por la práctica de casi cincuenta años, la nueva Ley Suprema ha prescindido de esa forma de integrar el Parlamento, sin razón plausible para esto.

Varias características del Congreso formuladas en 1830, se han mantenido a través de los años: los representantes no son responsables por sus opiniones manifestadas en la Cámara; gozan de inmunidad; pueden ser reelegidos (con algunas limitaciones); tienen período fijo en su representación; se renuevan por partes, normalmente por mitades. Esto último se echa de menos en la Carta de 1978 y pronto se demostró como uno de sus peores defectos que debieron corregirse.

Las atribuciones del Congreso giran en torno a tres asuntos: la legislación propiamente dicha; el control de las otras funciones del Estado y la aprobación y control del gasto público. Las tres atribuciones se conservan invariablemente en nuestro sistema constitucional. En algunos aspectos ha habido más variación, como en lo relativo a la elección del Presidente y Vicepresidente de la República que correspondió al Congreso hasta que en 1861 se pasó al sistema de elección popular directa. También en materia de ascensos de los altos oficiales del

ejército, la intervención del Congreso era necesaria en una u otra forma, y solamente ha desaparecido en la última Constitución.

En cuanto a la formación de las leyes, lo establecido en 1830 permanece en lo sustancial hasta hoy, con las necesarias variaciones, sobre todo por la existencia de las dos cámaras. Los puntos de mayor discusión a lo largo de la historia han consistido en la mayor o menor posibilidad de que el Presidente de la República vete las leyes, o la extensión y eficacia de ese veto. Normalmente el Congreso ha podido insistir en la promulgación de las leyes aprobadas por él y objetadas por el Ejecutivo, siempre que una mayoría calificada de representantes así lo pida (dos terceras partes, casi siempre). Las Cartas que han querido reforzar al Ejecutivo, han dado al veto el efecto suspensivo hasta la próxima reunión ordinaria del Congreso (1843 y 1869).

La posibilidad de juzgar al Presidente y Vicepresidente de la República, por parte del Congreso, se establece en el art. 31 de la Carta de Riobamba; si hay acusación de los diputados, el asunto pasa a estudio de una comisión y para que la sentencia del Congreso produzca la destitución, se requieren los votos de las dos terceras partes de los diputados, más los de dos acusadores. Solamente cabe este juicio por violación de la Constitución y las Leyes. Posteriormente estas atribuciones se ampliaron en otras Cartas Políticas, para extender el posible juzgamiento a otros altos funcionarios. La evolución que se ha producido permite también que el Congreso tenga un conocimiento previo de las posibles contravenciones punibles de dichos funcionarios, que hayan sido cometidas fuera del desempeño de sus funciones, y proceda a autorizar el juzgamiento por el Juez o Tribunal competente. Finalmente se ha abierto paso a un tercer juicio, de carácter político, cuando no existe una violación de la Constitución o leyes, sino por el desempeño inconveniente de las funciones públicas; esta clase de juzgamiento, lógicamente no puede tener las mismas consecuencias y no se ha previsto, para el caso de hallarse culpabilidad, la sanción de destitución. Solamente la Constitución de 1929 admitió la destitución de los Ministros de Estado por el llamado voto de censura, es decir, por razones puramente políticas, sin prueba de que se hubiera violado la ley. Este procedimiento originó grave inestabilidad y alteración de la vida pública del país y pronto debió abandonarse. La actual Constitución adolece de imprecisión a este respecto y pienso que debe interpretarse a la luz de la tradición jurídica, es decir, coincidiendo con la mayoría de las Constituciones del Ecuador.

Otro aspecto en el que se ha producido una interesante evolución, con relación a la función legislativa, radica en la actividad de las comisiones legislativas, que adquieren inusitada importancia a partir de la Constitución de 1946, alcanzando en la de 1967 y en la actual, poderes parangonables a los del Congreso. En la actual, apenas la reforma de la Ley Fundamental escapa a las atribuciones de la Comisión Legislativa en pleno, ya que ésta podía inicialmente proceder hasta la

destitución del Presidente de la República; felizmente esta exagerada atribución fue suprimida por una reforma posterior.

l) La Función Ejecutiva

El sistema presidencial, vivido ya en la época colombiana, continuó en 1830 y ha perdurado en todas las Constituciones del país. La sucesión al Presidente por parte del Vicepresidente no ha gozado de la misma continuidad, ya que unas Cartas la han establecido y otras la han suprimido; en este caso, generalmente ha subrogado al primer Magistrado, el Presidente del Congreso, o del Senado y luego, el de la Cámara de Diputados; la Carta de 1869 y la de 1929 establecían que sucedería al Presidente, el Ministro de Gobierno o el ministro más antiguo. Estas variaciones se han debido más que nada a cálculos de orden político y al deseo de dar continuidad a las labores administrativas.

Las condiciones para ser Presidente han sufrido también numerosos cambios pero de relativa importancia, por ejemplo, respecto de la edad mínima, que en 1830 fue de 30 años y después ascendió y se estabilizó algún tiempo en los 35 años, para llegar hasta los 40 como mínimo, y ha quedado en la última nuevamente en los 35.

La duración del período ha sido de cuatro años en todas las constituciones, excepto en la de 1843 según la cual debía durar ocho años, la de 1869 que fijó en seis años y la actual que marcaba cinco años, aunque luego se reformó para volver a los cuatro tradicionales años. Generalmente se ha prohibido la reelección inmediata (excepto en 1869) y se ha permitido la reelección después de uno o dos períodos completos, también con alguna excepción en el siglo pasado y en la Constitución actual que prohibía en absoluto la reelección, hasta su reforma por el plebiscito de 1995.

Las atribuciones del Presidente de la República se refieren fundamentalmente a la sanción y promulgación de las leyes, al mantenimiento del orden público, a la suprema dirección del ejército y a la administración pública. El concepto y amplitud de la administración ha seguido un proceso de complicación y extensión progresivos: en los primeros tiempos se restringía casi exclusivamente a la recaudación de los fondos públicos, la ejecución de las obras públicas y el mantenimiento de oficinas políticas de función múltiple: para una administración elemental de justicia, para efectos electorales, de policía, supervigilancia de la moralidad y la educación. Después el Gobierno ha asumido quehaceres más amplios en el campo del Registro Civil, de la economía y producción, de la educación y cultura, de la salud y el trabajo. De este modo, la Constitución de 1830 consideraba la existencia de un solo Ministerio; desde 1835 tenemos ya tres: de lo Interior y Exterior, de Hacienda y de Guerra. Progresivamente se han ido creando nuevos ministerios. Las Constituciones del siglo XIX solían fijar

cuales Ministerios existirían, o al menos el número de ellos; así se conserva hasta 1906, cuya Constitución fija el número de cinco ministerios. Después ha sido la Ley de Régimen Administrativo la que ha delimitado el número y competencias de los ministerios. Solamente la actual Constitución se aparta de esta tradición y permite al Presidente de la República asumir esa atribución.

Mayor variedad ha existido en nuestro Derecho sobre las facultades extraordinarias que puede asumir el Presidente en situaciones especiales. Ha variado la enumeración de los casos en que caben esas facultades, así como el trámite para asumirlas, su extensión y duración y la responsabilidad por su ejercicio. La historia demuestra una especie de forcejeo entre el Ejecutivo, que pretende ampliar sus atribuciones para poder gobernar, y el Legislativo, que desconfía del Presidente y pretende restringir sus poderes. No ha sido raro en nuestro desenvolvimiento político que se haya pasado precisamente de los extremos de la máxima restricción de facultades, a la Dictadura arbitraria.

La Carta de Riobamba señala la responsabilidad del Presidente por tres concretas causas: 1. por atentar contra la independencia del Estado; 2. por atentar contra la Constitución, los otros Poderes, o impedir la reunión del Congreso, o provocar guerra injusta, o por negar la aprobación de las leyes constitucionalmente aprobadas (sin perjuicio del veto), es decir en todos estos casos, por ataque a la Constitución; y, 3. por abuso de poder contra las libertades públicas. Se han mantenido, con ligeras variantes, estas reglas.

Otras disposiciones de menor trascendencia, como la prohibición de ausentarse del país durante el desempeño de la Presidencia o un año después (en 1869, hasta dos años después), también han perdurado, con leves modificaciones.

Respecto de los Ministros de Estado, el artículo 41 les declaraba responsables por las mismas causas que lo era el Presidente de la República y además: por soborno, concusión y malversación; igualmente se mantienen estas causas especiales de responsabilidad a lo largo de muchas Cartas Políticas del Ecuador.

m) Consejo de Estado

Desde la fundación de la República se vio la necesidad de un organismo de control permanente al Ejecutivo y que supliera algunas atribuciones del Congreso mientras éste no se hallare reunido, de modo que no se paralizara la marcha del Estado. Tal organismo se denominó a veces Consejo de Estado, otras, Consejo de Ministros o de Gobierno. Generalmente en el primer caso dependía más del Congreso y en el segundo, del Ejecutivo y por tanto tenía menor autonomía y eficacia de control. Más modernamente han surgido otros organismos que han asumido parte de las funciones del Consejo de Estado y se han sumado a ellas, nuevas atribuciones. Es así como se han creado el Tribunal de Garantías Consti-

tucionales, desde 1945, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo desde 1954, el Consejo Nacional de Desarrollo, en la actual Constitución de 1978, etc.

El Consejo de Estado de la primera Constitución estaba integrado por el Vicepresidente de la República, el Ministro de Estado, el Jefe de Estado Mayor General, un Ministro de la Corte de Justicia, un eclesiástico y tres vecinos nombrados por el Congreso. Puede apreciarse un afán de equilibrar en este organismo la influencia del Legislativo y el Ejecutivo. La búsqueda de este equilibrio ha sido como el nervio central de la vida política del país.

Las atribuciones que le confería la Carta de Riobamba eran un tanto genéricas y poco delimitadas: dictaminar para la sanción de las leyes y en lo que fuere consultado, así como sobre los proyectos de ley elaborados por el Ejecutivo y en otros casos. Como dejamos dicho, estas funciones con el tiempo se enriquecen y multiplican y finalmente tienden a repartirse entre diversos organismos nuevos.

n) La Función Judicial

Esta Función del Estado ha sufrido menos cambios que las otras clásicas, en nuestra historia; es decir que ya en 1830 se esboza la estructura del poder Judicial y su funcionamiento de manera similar a como lo encontramos hoy, con sus características de autonomía, jerarquía y actividad reglada.

La materia ha evolucionado en varios sentidos: por un lado se ha enriquecido la formulación de los grandes principios de justicia, por otro, se ha logrado una mayor independencia de la Función Judicial respecto del Gobierno y, finalmente, se ha llegado a una cierta especialización de varios ramos de la justicia.

o) Las Fuerzas Armadas

La Constitución de 1830 declara que las Fuerzas Armadas defienden la independencia, sostienen las leyes y mantienen el orden público. La Carta contiene algunos valiosos principios que tratan de contener el predominio militar propio de aquella época de guerra de emancipación; así por ejemplo, se garantiza a los ciudadanos que no se les puede obligar a dar alojamiento a los militares.

Nuestras Constituciones, por regla común, han dado bastante desarrollo a los asuntos militares. Llama la atención que entre las atribuciones del Presidente de la República se suele señalar con minuciosidad muchas relativas al ejército, mientras que poco o nada se decía de educación pública (hasta 1869). También sorprende la oposición entre la teoría y la realidad política: constantemente se ha pretendido alejar al ejército de la política, pero en la práctica las Fuerzas Armadas han sido un factor decisivo de la política. Desde 1929 se logró una vía

intermedia, al dar representación funcional en el Congreso a las Fuerzas Armadas de modo que por ese cauce legal pudieran tener un influjo razonable. A mi modo de ver, la nueva Constitución de 1978 al eliminar esta representación funcional ha extremado nuevamente la situación, provocando una tensión grave entre el postulado de que la gente armada es obediente y no deliberante, y la necesidad humana de que estos servidores del Estado hagan oír de alguna forma su voz y defiendan sus puntos de vista.

p) Administración interior

La división territorial, para los efectos de la administración pública, se hizo en 1830 en Departamentos, Provincias, Cantones y Parroquias, conservándose desde luego la unidad de la Patria, ya que se trataba de simples circunscripciones para los servicios públicos. En 1835 se suprimieron ya los Departamentos y quedaron las tres divisiones que se han consolidado: Provincia, Cantón y Parroquia.

Con nombres que han variado con el tiempo, han existido siempre autoridades nominadas por el Ejecutivo en los tres indicados niveles administrativos. La Carta de Riobamba asegura a los Prefectos (de Departamento), Gobernadores y Corregidores (de Cantón) el período de cuatro años y el de dos años para los Tenientes de Parroquia. La Carta de 1835 complicó desmesuradamente el sistema estableciendo un procedimiento de nominación de ternas presentadas por las asambleas populares, pero esto no duró y solamente la fugaz Constitución de 1861 volvió a ensayar con iguales resultados negativos que la primera vez. Se ha impuesto en nuestro derecho el que todos estos funcionarios sean de libre nombramiento y remoción por el Ejecutivo; así, pues, no perduró el plazo fijo que señalaba la primera Constitución.

Paralelamente a la Administración dependiente del Ejecutivo, se ha desarrollado la administración autónoma municipal y provincial. Junto a los Concejos cantonales cuya tradición arranca de los Cabildos coloniales, ha tomado incremento el Consejo Provincial, sobre todo en los últimos treinta años. En cambio, el ensayo de formar consejos parroquiales, iniciado en 1945 y reiterado por la Constitución de 1967, no ha dado resultados positivos, sino más bien inconvenientes derivados de una excesiva politización de la población no preparada, además de la dispersión de fondos y energías.

q) Derechos Cívicos y Garantías

La Carta de Riobamba hizo una incipiente enumeración de las garantías, mencionando las más esenciales según el sentir de la época: a) Los Magistrados y funcionarios serán responsables; b) Fuero natural de las personas; irretroactividad de la ley penal; c) Nadie puede ser detenido más de doce horas sin orden

firmada (es el germen del Habeas Corpus, plenamente formulado en la Constitución de 1929 y siguientes); d) Nadie puede ser obligado a declarar con juramento contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes; e) Queda abolida toda confiscación; f) La expropiación exige indemnización; g) Se prohibe todo trabajo obligatorio; h) Libertad de comercio e industria; i) No se puede obligar a alojar a militares; j) Libertad de opinión pública; k) Inviolabilidad del domicilio; l) Libertad de petición individual; ll) se garantiza deuda del Estado; y, m) Se recomienda la protección de los indígenas por parte de los Curas.

Esta serie de garantías se precisarán y perfeccionarán en las Constituciones siguientes, en una línea casi perfecta de avance hacia su plena consolidación. También se agregarán con el tiempo nuevas garantías, como las relativas a la libertad de asociación. Pero, sobre todo, superado el excesivo individualismo característico del siglo XIX, se completarán las garantías con la atención debida a la familia, a la educación, a las asociaciones intermedias; este nuevo sentido social de las garantías se destaca a partir de 1929 y se acrecienta en las Cartas de 1945, 1946 y 1967; la actual no presenta novedad al respecto, pero recoge con acierto lo anteriormente formulado.

Otro aspecto que hay que considerar es que estas garantías en 1830 se refieren a los ecuatorianos, si bien no se excluye a los extranjeros. Muy pronto se extienden a todos los habitantes de la República, reservándose para los nacionales solamente las de índole político.

Importancia destacada entre las garantías ciudadanas, ocupó la tutela del dominio o propiedad, desde la Carta de Riobamba en adelante, experimentándose también en este punto una evolución que a la vez extiende el concepto de propiedad a nuevos ámbitos, y lo delimita en su contenido, apartándose del sentido absoluto de los primeros tiempos. La Ley Suprema de 1830 garantiza la propiedad en forma tan ilimitada que la expropiación sólo es posible con el consentimiento del sujeto pasivo; ya en 1835 se permite la expropiación "por causa de utilidad pública", con las garantías del pago previo del justo precio, pero sin exigir el consentimiento del expropiado. Desde la Carta de 1843 en todas las sucesivas (menos en la actual que omite inexplicablemente este importante asunto), se declara que en el Ecuador no habrá bienes raíces inalienables. En 1845 además de insistir en la abolición de la confiscación, se atiende por primera vez a la garantía de la propiedad intelectual. La Carta de 1861, en cambio, pone límite temporal a los derechos de autor. La de 1929 desarrolla con amplio sentido social el tema de la propiedad, atribuyendo al Estado la de las minas; señala normas para la expansión de los pueblos y prohíbe a los extranjeros ser propietarios de bienes raíces en la zona de 50 kilómetros a lo largo de las fronteras.

La Constitución de 1946 garantiza el derecho de heredar y de testar. La de 1967 recogiendo todo lo anterior, añade especiales garantías a la empresa productiva. La de 1978, aunque con algunos vacíos, insiste también en lo más fundamental y entra a hacer una clasificación de los diversos sectores de la producción, reconociendo a todos sus respectivos derechos.

En una palabra, salvo pequeños y temporales retrocesos, se puede decir que ha existido en el país un continuo ascenso hacia una mayor libertad, hacia un régimen de garantías cada vez más amplio y preciso.

r) Observancia y reforma de la Constitución

La Carta de Riobamba prescribe que tanto el Presidente como el Vicepresidente de la República y los demás funcionarios deberán obligatoriamente jurar el cumplimiento de la Ley Suprema. Esta obligación se mantiene tradicionalmente en las siguientes Constituciones.

Se prevén dos géneros de reformas: unas por efecto de la Confederación con los otros Estados para formar Colombia; en este caso lo resuelto por los plenipotenciarios automáticamente innovará lo que fuere preciso en la Constitución del Ecuador. La otra forma, requería aprobación legislativa con el voto de las dos terceras partes de los diputados en tres discusiones, después de lo cual el proyecto pasaba al Gobierno y si este lo aprobara, el próximo Congreso con la misma votación de dos tercios, consumaría la reforma constitucional. Como puede apreciarse, el procedimiento era bastante complicado, largo y lleno de cautelas, con las que se pretendía dar estabilidad a la Carta, que podemos calificar de rígida. Las otras Constituciones del siglo pasado en general fueron flexibles; resulta una excepción la de 1869. En el siglo presente se nota un proceso de simplificación del trámite para las reformas que llega al extremo de flexibilidad en la actual, dado el sistema unicameral, de modo que basta la aprobación en dos discusiones de la única Cámara con un voto de dos terceras partes y aprobación del Presidente de la República. Parece que lo más equilibrado sería el hacer participar a las tres Funciones del Estado en tan grave asunto, sin perjuicio de la agilidad del trámite.

4. Conclusión

Del breve análisis de la Constitución de Riobamba y de la evolución ulterior de nuestro derecho fundamental, se concluye que en el Ecuador ha existido una línea de continuidad en las instituciones básicas, en la estructura y funcionamiento del Estado. Además, mediante las sucesivas redacciones constitucionales se ha logrado, en general, un perfeccionamiento del sistema adecuándose progresivamente a la realidad nacional. Las tensiones políticas han llevado a veces a ciertos extremismos, a soluciones unilaterales y hasta utópicas, pero

luego se han corregido, ante la confrontación con la realidad. El Ecuador se ha afirmado así, en más de siglo y medio de vida independiente, como una República democrática, presidencial, respetuosa de los derechos ciudadanos, amante de la paz y deferente con la religión.

B. LEGISLACIÓN DE LA PRIMERA ÉPOCA REPUBLICANA

La historia republicana del Ecuador se suele dividir, con razonable fundamento, en tres períodos: el primero comprende desde la separación de Colombia en 1830, hasta la revolución liberal de 1895; el segundo llega hasta la revolución de los jóvenes militares en 1925, y el tercero se prolonga hasta nuestros días, pareciendo demasiado prematura la clasificación de nuevas etapas relativas a tiempos muy cercanos a nosotros, aunque se pueden distinguir ciertas características que conformarían sub períodos, marcados por la revolución del 28 de mayo de 1944, la caída del velasquismo en 1972, y el fin de la dictadura militar en 1978. El desarrollo de las ideas, los estudios y los instrumentos jurídicos corre paralelo con los avatares de la política, la cultura y otras manifestaciones del espíritu del pueblo, de modo que esos límites, puestos en consideración de acontecimientos políticos, sirven también de marco para la exposición del desarrollo jurídico del país.

Ciertamente la vida republicana del Ecuador se inicia en 1809 con el Primer Grito de Independencia, se fortalece en 1812 con la elaboración de la Carta Política y después de breves años de quiescencia, adquiere nuevo vigor en la época grancolombiana de 1822 a 1830, pero nos referiremos al Ecuador plenamente autónomo, que se inicia con la proclamación del 13 de mayo de 1830.

Comenzó entonces un nuevo proceso de estructuración de la sociedad, lleno de esperanzas. Tal vez de demasiadas esperanzas, ya que el pensamiento un tanto ingenuo de nuestros antepasados parecía cifrar la felicidad de la vida individual y colectiva en la sola buena organización del Estado. Bien pronto habrían de comprobar que no bastaban las leyes para forjar esa dicha; como señalaba acertadamente el Presidente Vicente Rocafuerte en uno de sus mensajes, más importante habría sido mejorar las costumbres, elevar la condición moral, mejorar la cultura, impulsar la economía, crear hábitos de convivencia civil, vivir más sinceramente la religión, etc., y entonces sí, las buenas instituciones habrían dado sus frutos de bondad.

Pero el Ecuador pasaba de una vida apacible de colonia subordinada a ser República independiente, con todas las ínfulas de una democracia modernísima para entonces, al estilo francés, sin contar en cambio con elementos verdaderamente preparados para el gobierno y administración, con un grupo reducido de ciudadanos activos y en condiciones precarias de desarrollo cultural, social y económico.

Se ha observado que una gran parte de los esfuerzos nacionales se encauzaron hacia la elaboración del Derecho Constitucional y Público, que resultaban totalmente nuevos en nuestro ambiente. Esto es verdad, aunque haya que mitigar lo ímprobo de la tarea con la consideración de que el sentimiento difuso y profundo de la unidad americana permitía la sencilla adopción de las leyes de los países hermanos sin mayor recelo.

El procedimiento de la imitación y aún de la mera recepción del derecho extranjero se justificaba por las naturales dificultades de la iniciación republicana. Pero esta modalidad de producción jurídica tendió a arraigarse en el Ecuador, por la ley del menor esfuerzo y la tendencia al trasplante jurídico indiscriminado y poco crítico, se puede señalar como una característica censurable para los años subsiguientes.

No faltó, sin embargo, la preocupación en nuestros legisladores por atender el ámbito del Derecho Privado, como veremos más adelante. De todos modos, predominó la actividad en el campo del Derecho Público, y se puede decir que éste imprimió su carácter en el Privado. Más aún, se puede observar en la historia decimonónica del Ecuador que la reelaboración de la Constitución de la República trajo invariablemente consigo la nueva formulación de abundante legislación secundaria, primero de carácter público -leyes orgánicas de Administración, de Justicia, de Aduanas, leyes militares, penales, de Hacienda, etc- y luego, aunque en menor número y de menor importancia, leyes civiles y comerciales.

1. Lo Social

El ámbito de lo que hoy se llama social no fue tampoco desconocido por nuestros abuelos, si bien no existían a principios y mediados del siglo pasado doctrinas debidamente estructuradas al respecto. Las preocupaciones sociales de entonces, naturalmente muy diversas de las actuales, iban dirigidas a mejorar la condición de los más necesitados. Dos puntos presentaban mayor interés y requerían de urgente solución: la situación de los esclavos y la de los indígenas.

Los ideales de emancipación estaban muy vinculados con el sentido cristiano de la igualdad y por esto, en las proclamaciones de independencia, en los discursos de los caudillos libertadores y en el alma popular destacaba una condenación clara de la esclavitud. De allí las pomposas fórmulas de que "nadie nace esclavo en Colombia" o de que "al poner los pies en este territorio, se adquiere la libertad": Pero deshacerse de la pesada carga de aquella institución inhumana de la esclavitud costó mucho esfuerzo en la práctica, porque tenía consecuencias e implicaciones de orden económico difíciles de abordar para países carentes de casi todo. Sin embargo, la abolición de la esclavitud fue un gran logro de la

República, y el año 1852 culminó con la emancipación de todos los esclavos, que por cierto no eran muchos en el Ecuador.

Más complicado y de mayor volumen, por el número de personas, se presentaba el problema de dar un justo estatuto jurídico a los indígenas. No faltó buena voluntad, pero sí tenemos que reconocer la deficiencia de espíritu creativo de instituciones adecuadas y la carencia de nervio y decisión para romper con costumbres ancestrales. La Carta de 1830 pretendió descargar el peso del conflicto sobre el Clero, al que nombra genéricamente como protector de la raza nativa; de hecho los mayores logros en favor de los desvalidos se deben a la acción aclesiástica, pero no debía desentenderse el Estado de esa misión en la que es preciso aunar múltiples factores para conseguir un resultado favorable. En la legislación secundaria hay que anotar que para los indígenas existía un solo impuesto, una capitación, tributo indudablemente rudimentario y poco justo, sin proporción a ningún criterio aceptable, pero en fin, único impuesto; en 1846 se exime de esta capitación a los indígenas del Oriente, y cabe preguntarse qué posibilidades reales tenía el Estado de cobrar ese tributo en las selvas. Finalmente, en 1857 se llega a la abolición de la contribución de los indígenas.

2. El Derecho Constitucional

Dominó en el siglo XIX, y aún después, un concepto exagerado y formalista, casi mítico, del Derecho Constitucional: se hacía consistir desmedidamente en la intangibilidad de la Carta Política, de modo que al sufrir ésta cualquier infracción por parte del Poder Público, se la consideraba "rota", incapacitada para seguir rigiendo, de donde resultaba necesaria la formulación de otro instrumento jurídico por órgano de la Asamblea Nacional. Como, por otra parte, la Suprema Ley se elaboraba en un clima exaltado de reacción contra las dictaduras, de desconfianza hacia los mandatarios, normalmente contenía límites muy estrechos para poder gobernar en un país eminentemente desorganizado, de modo que cada nuevo intento de "constituir" al Estado resultaba un nuevo fracaso.

Se puede observar una especie de movimiento pendular, por el cual se alternan en el Ecuador las Constituciones que conceden más atribuciones al Ejecutivo para poner a raya los brotes demagógicos, y aquellas otras que se inspiran en ideales de más decantada democracia, un tanto soñadora e irreal para aquella época. Sin embargo, hay que reconocer que solamente las de 1843 y 1869 extremaron en medida inaceptable los poderes del Ejecutivo y presentaron una desconfianza igualmente desmedida hacia el Legislativo. Y aún estas dos Cartas, que han sido violentamente vituperadas, se mantienen dentro de una moderación digna de alabanza en cuanto garantizan ampliamente los derechos humanos.

A lo largo de once elaboraciones constitucionales (las de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1883 y 1896), además de algunas reformas importantes, como las de 1888, el Ecuador independiente mantuvo las características adoptadas desde el primer momento, de República autónoma, unitaria, democrática, presidencial, con gobiernos alternativos y responsables. Todas aquellas características se fueron perfilando progresivamente y penetraron en el alma nacional, se convirtieron en convicciones profundas, que poco a poco han florecido en verdadera formación cívica.

Paralelamente a este progreso -marcado también con incidencias personalistas por el influjo de poderosos caudillos-, se puede constatar un desarrollo progresivo de las libertades y garantías fundamentales. Así, en 1851 se abolió la pena de muerte por delitos políticos y al final del siglo desaparece aquella pena para toda clase de infracciones. El sufragio, que inicialmente fue indirecto de tercer grado y restringido a los propietarios de bienes raíces o poseedores de determinadas rentas, se hace universal en 1861. En este mismo aspecto, significó un notable perfeccionamiento el paso de las elecciones por distritos a las elecciones por provincias y en proporción al número de habitantes. En cuanto a la honestidad de los procesos electorales del siglo XIX, es preciso reconocer, en general, un nivel bastante superior al que se dará en las primeras décadas del siglo XX. Las leyes de elecciones normalmente se volvieron a elaborar después de cada Carta Política, para ajustarse a sus exigencias, de modo que en este campo trabajaron abundantemente nuestros legisladores; pero observemos, como un detalle revelador del exiguo espíritu práctico y organizador que nos ha distinguido, que solamente en 1861 se dicta, a instancias de García Moreno, una Ley para el censo general de la población; es decir, que hasta entonces, la delicada función electoral fluctuaba sobre meros cálculos conjeturales.

No ha faltado en nuestra Patria el talento teórico, la capacidad de idealizar, indispensable para el buen estadista, pero, en cambio, raros han sido los gobernantes con verdadera capacidad para administrar; y nuestros legisladores tampoco han sobresalido al abordar los problemas administrativos, aunque no han faltado leyes sobre la materia. Ya el año de la separación de Colombia tuvimos nuestra primera Ley Administrativa, pues el Decreto de 31 de mayo estableció la Secretaría General, una especie de órgano único del Gobierno. En setiembre del mismo año 30 el fecundo primer Congreso nos dio la Ley de Régimen Político de los Departamentos (28 de setiembre) y otra ley señaló para siempre a Quito como Capital de la República (probablemente es la Ley de mayor duración hasta hoy en el país). Las leyes de Régimen Administrativo, con diversos nombres, siguen la misma suerte que las Constituciones, de modo que se reelaboran o se reforman múltiples veces los años 1835, 1843, 1849, 1851, 1861, 1869, 1878, 1887, 1894 y 1897, es decir, cada vez que se ha producido un cambio político importante. Entre tanto cabe preguntarse si realmente funcionaba la administración; y, por desgracia, la respuesta tendría que ser que, salvo los pe-

ríodos presidenciales de Rocafuerte, Ascázubi, García Moreno y Antonio Flores, los gobiernos no gobernaban, sino que simplemente se defendían, se mantenían penosamente en el poder haciendo frente a múltiples conspiraciones.

La Secretaría General dio paso, con la Constitución de 1830 y la respectiva Ley, al Ministerio General. Este tenía dos secciones: de lo Interno y de Hacienda; se completaba el Gobierno con la decisiva rama de lo Militar, que no constituía entonces un ministerio, sino que estaba confiada al Jefe del Estado Mayor. En 1835 se perfilan ya los tres ministerios básicos y posteriormente se divide el de lo Interior y Exterior en sus dos partes naturales y aún más tarde surge el Ministerio de Instrucción Pública. El número y denominación de estas secretarías de Estado fueron fijados por las Constituciones y a fin de siglo se prohíbe crear más de cinco ministerios. La multiplicación de éstos corresponde al siglo XX. Esta conformación del Gobierno señala cuáles eran las preocupaciones predominantes en la época, cuál la acción fundamental del Ejecutivo y nos explica la escasa atención dada a los asuntos tan importantes como las obras públicas, la salud, la producción agrícola, el comercio, etc. Estos ramos recibieron adecuado impulso por la acción de extraordinarios mandatarios como Rocafuerte y García Moreno. Una vez más, superó en eficacia el genio personal a la meticulosa esquematización legislativa.

Otro aspecto capital para el país, quedó postergado al principio del siglo XIX o sólo fue objeto de declaraciones teóricas: me refiero al problema territorial, a la efectiva posesión, incorporación y aprovechamiento del territorio patrio. Se declararon los principios, se alegaron los títulos, pero, salvo la obra efectiva de los misioneros católicos, nada se realizó para conocer, comunicar, poblar, civilizar nuestras selvas amazónicas. Ciertamente aún hoy día no llegamos ni con malos caminos a esos apartados rincones de la patria, pero el descuido del pasado resulta impresionante y es la causa principal de nuestras pérdidas territoriales.

Muchas energías se desperdiciaron en enfrentamientos de tendencias centralistas y descentralizadoras, hasta formular vagos federalismos y aún hasta cierto brote de separatismo como sucedió en Loja en 1859. Fatigosamente se ha ido logrando un sistema adecuadamente equilibrado, para un país dividido por imponentes cordilleras y quebradas profundas.

Otra característica de la historia ecuatoriana del siglo pasado consistió en la lógica reacción antiespañola. No en vano la guerra de más de diez años había encendido los ánimos de parte y parte. Sin embargo, en materia legislativa, con sensatez, los padres de la Patria no desecharon las viejas leyes españolas sino que las adoptaron, aunque fuera con ánimo de provisionalidad. Este fenómeno se acusa más en el derecho privado, pero también en el penal y procesal; sólo lo

constitucional y administrativo por fuerza tenía que cambiar radicalmente ya que pasamos de la Monarquía a la República.

El reducido número de ciudadanos bien preparados para las funciones públicas, la buena formación que ordinariamente tenían los clérigos y su prestigio en una sociedad profundamente religiosa implicaron a un buen número de sacerdotes en las tareas legislativas de los primeros años y esto, unido a otros factores, fue el germen de un clericalismo inicialmente inocuo y más adelante combatido con virulencia. En el nacimiento de los primitivos partidos o grupos políticos juega un papel decisivo la postura clerical o anticlerical. Y ese enfrentamiento, poco razonable en una nación profundamente cristiana, se exaspera progresivamente hasta desembocar en inauditos atropellos y una situación de verdadera persecución antireligiosa, en los comienzos de la revolución liberal (1895–1906).

Los problemas jurídico–religiosos fueron primeramente solucionados por vía de legislación constitucional: las primeras Cartas Políticas tratan de dar un estatuto adecuado a la Iglesia, aunque no siempre con acierto, a pesar de la buena voluntad y del sentido cristiano de todos los legisladores de esos años. Se pretendía continuar con el régimen del Patronato, el único conocido en la práctica de estas regiones, el que había servido durante tres siglos bajo la dominación española y había producido notables frutos de evangelización. Pero ese régimen, ni tenía base legal en el sistema republicano, ni favorecía la necesaria libertad de la Iglesia, más bien se prestaba para incontables abusos, además de dar pábulo para un creciente clericalismo. Uno de los mayores méritos de Gabriel García Moreno fue el de comprender la necesidad de una reforma radical en esto y abordarla con la mayor decisión y energía, superando múltiples oposiciones, hasta llegar al Concordato de 1862, que estableció las bases para una colaboración armónica entre la Iglesia y el Estado, conservando cada cual su propia autonomía y el ámbito natural de sus funciones.

Sin embargo, el Concordato no fue ni bien entendido ni debidamente recibido por quienes habían adoptado posturas extremadas en la lucha entre el clericalismo y anticlericalismo y de este modo las relaciones entre la Iglesia y el Estado sufrieron aguda crisis en la Dictadura de Veintimilla (1878–1883)y se preparó de este modo la ruptura que sobrevendría con la revolución del 95.

3. Lo Fiscal

Otros asuntos de índole fiscal, vinieron a complicarse con el anterior problema y a agravarlo. El hecho es que la Iglesia tuvo un sistema fiscal rudimentario antes de que lo organizara el Estado. Cuando surgió el Ecuador a la vida independiente, faltó la capacidad creativa para organizar las finanzas públicas y los Gobiernos, que padecían endémica situación de miseria, tuvieron, en una u otra forma, que echar mano de los ingresos de la Iglesia por concepto de diezmos.

Hacia fines del siglo, uno de los pocos magistrados que entendían de economía y finanzas, Don Antonio Flores, trató de remediar estos males y llegó a varios acuerdos con la Santa Sede para sustituir el arcaico régimen decimal y proporcionar adecuadas rentas tanto al Estado como a la Iglesia. Esta acertada solución pactada en términos civilizados, fue precedida de numerosas leyes sobre censos y capellanías, que también tocaban el punto de los fondos eclesiásticos (leyes de 1831, 1843, 1847, 1849, 1853, 1857 y 1884) hasta que finalmente, ya en el período siguiente en 1901, se suprimen todos esos gravámenes.

No faltó totalmente la legislación en materia fiscal. El mismo año de la fundación de la República se dictó una Ley de Alcabalas y otra de Aduanas, pero la verdad es que esos tributos debían gravar al comercio y éste era reducido, de modo que el rendimiento fue mínimo. Se puede presumir, además, que hubo amplia evasión fiscal: los nuevos ciudadanos no estaban acostumbrados a cargar con el peso de la maquinaria administrativa y la pobreza natural de la colonia parece que contribuyó a forjar espíritus tacaños en la generalidad de la población.

En 1831 se organizó la Contribución General, que era un impuesto de capitación, distinto para blancos e indios, injusto para unos y otros; rudimentario, excusable sólo por las precarias circunstancias del momento. Esta Contribución General se reformó muchas veces en los años posteriores y ya hemos indicado que en 1857 se suprimió la contribución de indígenas. Se volvió a establecer y se suprimió otra vez en tiempos de Caamaño.

Muy pronto, en 1832, aparece otro impuesto que llegará a ser desgraciadamente clásico en esta nación: el del alcohol. Si se quiere entrar en el dédalo de reformas, derogaciones, reviviscencias, etc. de la ley, basta adentrarse en el estudio de este tributo que parece fomentar desde el poder el peor y más arraigado vicio de nuestra población.

También el impuesto a las herencias tiene orígenes en los primeros años de la República, y esta vez, aparece con el nobilísimo fin de la emancipación de los esclavos. Tal como fue formulado por primera vez en 1837, debía producir muy poco, tanto por lo reducido de la alícuota como por la restricción a sólo las sucesiones testamentarias (que debían ser las menos frecuentes) y por la falta de catastros y mecanismos para hacer efectiva la recaudación. Le salva de total condenación la buena voluntad y el elevado objetivo al que se pretendía destinar esas rentas.

Ya a fines de siglo, en tiempos del segundo Flores, se organizó debidamente el impuesto predial, que en un país de amplio territorio era el que debía haber llamado la atención del legislador en primer lugar.

También fueron gravados algunos cultivos por aquellos años: entre 1837 a 1847 se establecen imposiciones sobre el café, la paja toquilla, el algodón, la morera (para el cultivo del gusano de seda), el olivo, la vid y el añil. He aquí lo que se cultivaba por entonces o lo que se pensaba que podía producir el Ecuador. Tal vez lo único efectivo era el café, la paja toquilla y el algodón. El impuesto a los cultivos y producción de cacao fue el que primeramente sirvió para sustituir el diezmo, y se reguló ya científicamente en 1888. Sobre el azúcar se comienza a hablar en 1883, con la respectiva ley. Otros productos que ahora tienen importancia son muy posteriores, como el banano y el petróleo.

El fecundo año 1830 nos dio también una ley de Minería, que fue seguida de innumerables reformas o nuevas leyes en 1847, 1887, 1892 y muchas más ya en el siglo XX.

Para la recaudación y manejo de los fondos públicos se organizó al año de la separación, rudimentariamente, la Hacienda Pública, y la primer Constitución se refiere a una Contaduría General del Estado. También sobre esta materia se pueden contar tantas nuevas leyes como las sucesivas Constituciones que tuvo el Ecuador.

4. Otros asuntos públicos

Lo militar fue objeto de especial atención por los legisladores. Destaca la importancia dada a la Fuerza Pública en las mismas Constituciones, en las que apenas se habla de educación o de comercio, pero se dedican numerosos artículos al ejército. Las leyes fueron muchas y detalladas y siempre se publicaron, sin el menor sentido de secreto, en los órganos oficiales de promulgación.

En cuanto a los aspectos internacionales, fueron objeto de algunos tratados principalmente con Colombia, Chile, Estados Unidos, Gran Bretaña, Perú y Venezuela. A fines de siglo se abre un tanto el abanico de las relaciones y entramos en contacto con otros países de América del centro y de Europa.

En lo procesal y judicial hubo menos originalidad: nos contentamos inicialmente con la simple adopción de las leyes vigentes en la época colombiana, las cuales a su vez, en buena parte no son otra cosa que las antiguas leyes españolas, con algún injerto de elegancia francesa.

En 1826 ordenó Bolívar que se estableciera la Corte Superior de Guayaquil. El año de la separación de Colombia se creó la de Quito, que luego pasó a ser Corte Suprema. En 1831 se dictó la primera Ley Orgánica del Poder Judicial, que fue sustituida por otras, casi iguales, en los años 1835, 1843, 1851, 1869, 1883, 1897 y las del siglo XX. Nótese la coincidencia casi perfecta con los años de elaboración de nuevas Constituciones políticas.

El primer Código de Enjuiciamiento Civil, que después se llamará Procedimiento Civil, se aprobó en 1835, así como para la materia penal en 1851: Algunos asuntos fueron tratados por leyes especiales: el embargo, en 1837, los jurados en 1848, la coactiva en 1843 y "el modo de proceder contra los conspiradores" desde el instante mismo en que se empezó a conspirar, es decir, al fundarse la República, en 1830. Ese año se dictaron también las primeras leyes de Moneda y de Régimen Municipal y otras disposiciones de menor importancia.

El Derecho Privado

El concepto mismo de Derecho Privado ha evolucionado con el tiempo; en el siglo XIX abarcaba más de lo que hoy generalmente se admite y, en cambio, se distribuía sólo en dos grandes ramas: lo civil y lo comercial. Algunas reformas de tipo social -muy raras- se deben también incluir en este ámbito, según la mentalidad de la época que reseñamos.

En cuanto a lo Civil, ya las leyes colombianas determinaron la vigencia de las Pragmáticas reales, las Leyes de Indias, la Nueva Recopilación, mientras no fueran reformadas o derogadas por nuestros legisladores. Esto mismo se volvió a establecer en el Ecuador, ya separado de Colombia, en 1830.

Bien pronto se despertó el anhelo de tener un Código Civil original y se encargó ya el primer año de vida totalmente autónoma a una comisión el preparar un proyecto. Posteriormente, en 1837, el notable jurista José Fernández Salvador recibió el encargo de revisar el Código Boliviano y preparar sobre esa base uno para nuestro país; aunque avanzó el proyecto, no llegó a conocerse por las Cámaras y en 1852 se integró una nueva comisión; ésta fue reemplazada por la Corte Suprema en 1855. La Corte emprendió en el estudio y elaboración del proyecto iniciado por el Dr. Fernández Salvador y llegó a formular hasta el artículo 863, pero al conocer el Código redactado por Don Andrés Bello para Chile, la Corte decidió dejar de lado su propio trabajo y presentar al Congreso el de Bello con algunas modificaciones. El legislador ecuatoriano hizo lo que no sucedió en Chile: discutió artículo por artículo todo el Código hasta aprobarlo el 21 de noviembre de 1857. Fue sancionado por el Gobierno Provisional del año 1860 y entró en vigencia el primer día del año siguiente.

Durante este proceso de elaboración del Código Civil, se habían dado algunas leyes de índole civil. En 1832 se dictó una ley de Aguas que llama la atención por su avanzado sentido social. Otro tanto podemos decir de la Ley de Pastos Comunales del año 1835. En cambio, revelan la tensión entre los afanes de libertad y la necesidad de reprimir la usura, las numerosas leyes sobre intereses (1833, 1846, 1851, 1852, etc.): ya se quería extinguir la terrible plaga de la usura, ya se volvía a dar campo a la libre contratación de intereses en nombre de una libertad mal entendida.

Sobre la familia no incursionó el legislador sino con suma prudencia, al dar en 1837 una Ley sobre Hijos Naturales.

En 1838 se legisla sobre la participación fiscal en las herencias de los bienes dejados por religiosos al morir civilmente (muerte civil, que se suprimiría casi un siglo más tarde).

Las edificaciones urbanas son objeto de regulaciones en las leyes de 1843, 1846 y 1852.

Este año 1852 se rebajó el límite de la mayoría de edad, que conforme a las antiguas leyes españolas se fijaba a los 25 años, y que desde entonces (hasta 1970) sería sólo de 21 años. El Código recogió esta reforma.

En tiempos de García Moreno y por iniciativa suya, se hacen importantes reformas al Código recién estrenado y entre las reformas cabe destacar la que confiere capacidad jurídica a la mujer casada que ejerce una profesión. En 1867 se regula la prescripción de bienes fiscales; el 69 se establece el Registro de inscripciones, fundamento del derecho de propiedad inmobiliaria moderno. Desde la vigencia de esta trascendental Ley se deben inscribir las transferencias de dominio y los gravámenes establecidos sobre bienes raíces; la prueba de los derechos reales y de los gravámenes sobre ellos, se prueba por medio de dicha inscripción.

Una primera Ley de Propiedad Intelectual se dicta en 1887.

Otras reformas de menor importancia originaron la necesidad de nuevas ediciones del Código Civil que se hicieron en 1871 y 1889.

A través de toda esta evolución, el sistema civil se mantuvo fiel a sus lineamientos originarios: profundamente respetuoso de la personalidad humana, de la familia, de las convicciones religiosas, de la solidez de la propiedad privada.

Además de lo ya expuesto al hablar de lo social, hay que destacar la Ley de Montes de Piedad, iniciativa de la época garciana (1871) y algunas regulaciones tardías para extirpar totalmente cualquier rezago de esclavitud (1855) con posterioridad a la Ley de Manumisión del año 1852.

El establecimiento en 1890 de la interdicción del ebrio consuetudinario tiene que ver tanto con lo civil como con lo social, en cuanto tiende a remediar un mal muy extendido.

En el aspecto comercial, cabe destacar que en 1831 se adoptó el Código de Comercio español de 1829 y se declaró vigente la Cédula de 4 de julio de 1795

sobre jurisdicción comercial. Algunas reformas de menor importancia se produjeron a lo largo del siglo y en 1873 se encargó a la Corte Suprema la elaboración de un nuevo Código, pero solamente en el período siguiente se logró este proyecto. En 1839 se autoriza al Ejecutivo establecer el Banco de la República y treinta años más tarde se legisla sobre bancos hipotecarios, mientras que en 1871 y 1878 se dictan nuevas leyes de Bancos.

Labor de los Congresos Nacionales

Los Congresos Nacionales en esta época de 1830 a 1875 legislaron abundantemente, proveyendo así al país de los principales Códigos y ordenando la administración pública y la justicia. Se aprecia, sin embargo, poca originalidad, ya que casi siempre se copiaron leyes extranjeras, con leves modificaciones y también se dio el prurito de volver a redactar códigos y leyes ya aprobados en períodos anteriores sin introducir cambios sustanciales. Vale la pena, reseñar siquiera rápidamente esta labor legislativa.

El Congreso de 1831 prohibió que los legisladores fueran empleados del Ejecutivo. Expidió las primeras disposiciones sobre estudios, sueldos, crédito público, elecciones, policía, estancos y la tan deseada y necesaria manumisión de esclavos. Esta Legislatura encargó a la Academia de Abogados la preparación del Código Civil y en la misma materia, permitió las servidumbres de acueducto, para favorecer la agricultura. Ordenó la publicación del Código Penal.

Los trabajos de mayor importancia en 1832 fueron la reforma de la Ley Orgánica Judicial; la ley que permitió abrir acequias por tierras ajenas, previa indemnización; una nueva ley de elecciones; la de Procedimiento Civil; otra que estableció un Visitador de todas las oficinas del Estado que manejaren fondos; la Ordenanza de Intendentes y la Ley para el juzgamiento a los Ministros de Estado, con las penas que se les podría imponer.[2]

El Congreso de 1833 emitió leyes contra los contrabandistas y conspiradores. Dejó en libertad el pacto sobre intereses; este asunto, a lo largo de varias décadas fue sucesivamente reformado para regularlo en forma rígida o dejar en libertad a los contratantes; se aprecia que no existió un criterio uniforme y mantenido sino una continua fluctuación, nada ventajosa ni para los negocios ni para la formación de una conciencia moral al respecto. Se había creado el año anterior la Casa de Moneda y comenzó a funcionar pero de manera muy rudimentaria y sin una política adecuada que defendiera la buena moneda frente a la invasión de especies falsificadas -muchas venidas de otros países- o de mala ley.[3]

---

[2] Cfr. CEVALLOS, Pedro Fermín, *Historia*, Tomo XI, Cap. III, p. 160 ss. Edición de Ambato, 1974.

[3] Cfr. AROSEMENA, Guillermo, *Historia Empresarial del Ecuador*, Guayaquil, 1995. Vol. I, p. 169 y ss.

En 1836 se estableció la policía marítima, se reglamentó la Casa de Moneda y se dictó la Ley de Hacienda. Se favoreció la exportación por medio de buques nacionales, se dejó libre el ramo de aguardientes y se dictó el Código Penal que regiría hasta 1872. Se intentó abolir los censos eclesiásticos, pero Vicente Rocafuerte se opuso con energía, considerando que los indígenas sufrirían la consecuencia de que las doctrinas no podrían sustentarse, por lo cual vetó esta reforma. Por este tiempo se desarrolló la intensa actividad del Presidente Rocafuerte en favor de la Instrucción Pública. En 1835 se dictó el primer Reglamento de educación y Rocafuerte se apresuró a formular el Decreto Orgánico de Enseñanza Pública (20 de febrero de 1836) que, según afirma Tobar Donoso, " fue oportunísimo y vino a salvar los intereses más vitales del país".[4] Estas disposiciones fueron reformadas por el Congreso del año 1837, que creó el cargo de Director General de Estudios y fue nombrado para desempeñarlo el afamado jurista José Fernández Salvador quien redactó el nuevo Reglamento, aprobado por Rocafuerte el 9 de agosto de 1838 y que rigió por cinco lustros.

El Congreso de 1839 se excedió en disposiciones que invadían las atribuciones de la Iglesia inspirándose en un criterio regalista y sin mala voluntad hacia la religión, pero creando motivos de discordia que solamente se solucionaron con el Concordato de 1862. Se expidió nueva Ley de Procedimiento Criminal y también normas sobre instrucción profesional.

En este tiempo se intensificaron las relaciones exteriores. Rocafuerte se empeñó en la celebración de un tratado de comercio con México, país al que prestó anteriormente valiosos servicios diplomáticos. En 1840 se obtuvo la formal renuncia por parte de la Corona de España de cualquier reclamación sobre soberanía en los países que formaron la Gran Colombia y también se firmó un tratado de comercio y navegación con España. El 16 de mayo de 1839 se distribuyó la antigua deuda Colombia entre los tres países y desde entonces soportamos, por largas décadas, el peso de la deuda de la Independencia, que originó múltiples acuerdos y arreglos para irla amortizando. El año 41 se firmó un Convenio con Gran Bretaña para suprimir el tráfico de esclavos.

Durante la última administración de Juan José Flores, éste pidió que se aumentara de 4 a 5 el número de Magistrados de la Corte Suprema, y así lo dispuso el Congreso de 1843. Se permitió nuevamente en este año, la libre contratación de intereses, lo que fue motivo de oposición eclesiástica, alegando que se favorecía la usura. Un impuesto de capitación gravó a los varones entre los 22 y los 50 años: debían pagar 3 pesos al año.

La Asamblea Constituyente de 1845, reunida en Cuenca, dictó la 4a Constitución Política, una de las de mayor duración e influencia en nuestro Derecho

[4] Tobar Donoso, Julio: *García Moreno y la Instrucción Pública*, p. 13.

Constitucional. También aprobó los tratados con Gran Bretaña y Estados Unidos; introdujo reformas a las leyes de Hacienda, Elecciones y Procedimiento Civil.

En 1846 se celebró un Tratado de Paz con Nueva Granada, después de los graves incidentes producidos por revolucionarios colombianos.

El año siguiente, ante la amenaza de una posible reconquista española, García Moreno lanzó la idea de una confederación de repúblicas, que prosperó y dio origen al Congreso reunido en Lima, con asistencia de Chile, Bolivia, Perú, Ecuador y Nueva Granada. Allí se creó la liga defensiva del Pacífico y se celebraron tratados de comercio, navegación, cuestiones consulares y de correos. El ideal de colaboración entre los estados hermanos estuvo muy vivo en ese tiempo y los instrumentos firmados revelan un afán integrador, aunque en la práctica el escaso comercio, las múltiples agitaciones internas, los conflictos fronterizos no solucionados y otras causas, hicieron casi nula la aplicación de tan elevados ideales.

En ese año se estableció el juicio por jurados, que algunos consideraban en esos tiempos como un gran avance democrático y de perfeccionamiento de la justicia. En realidad, nada más inconveniente para una sociedad de escasísima población y de elemental instrucción, en la que abundaban los analfabetos y el desconocimiento total de las leyes. Fue un fracaso completo y pronto se tuvo que rectificar, sin embargo, sorprende el entusiasmo que suscitaba en algunos espíritus esclarecidos como los del mismo Rocafuerte o Pedro Carbo.

El año 1851 el gobierno peruano dijo haber encontrado en Moyobamba la Cédula de 1802, que le serviría de base para inauditas reclamaciones territoriales en perjuicio del Ecuador. La autenticidad del documento es severamente impugnada y aunque se tratara de una verdadera disposición del rey de España, no tendría fuerza para arrebatar sus territorios a quien los había descubierto y evangelizado. El año 54 se firmó el contrato Espinel–Mocatta por el que el Ecuador cedía tierras baldías a los acreedores de la deuda de la Independencia otro convenio similar, se firmó en 1857, el Icaza-Prichet, referente a tierras en Canelos y Zamora; el Perú protestó que los inmuebles cedidos estaban en su territorio y se encendió así el conflicto que llegó hasta la ocupación peruana de Guayaquil y, finalmente, la derrota del invasor y su expulsión en 1859.

Paso muy importante en la vida jurídica del país fue la abolición de la pena de muerte por delitos políticos, decretada en 1851. Este mismo año se rebajó el límite de la mayoría de edad, hasta entonces de 25 años, a los 21; se crearon fondos para la enseñanza primaria y se designó nueva comisión para preparar el Código Civil y reformar el Penal. Pero lo más sobresaliente, fue la supresión de la esclavitud. Se calcula que había unos 8.000 esclavos en el Ecuador, que con-

taba con una población de aproximadamente 800.000 habitantes. La proporción era pequeña, en comparación con otras ex–colonias, en las que el número de esclavos fue inmensamente superior (en Nueva Granada se calcula que había 70.000 esclavos y 60.000 en Venezuela). La abolición fue decretada por José María Urvina en calidad de Jefe Supremo, y fue confirmada por la Convención del 52: es su gloria. El año 51 se crearon las Universidades de Guayaquil y de Cuenca; se estableció la Comisión Codificadora Permanente, se creó la Provincia de León (hoy Cotopaxi) y se proclamó a la Inmaculada Concepción Patrona de la República (Decreto de Don Diego Noboa).

Muy desacertada fue la llamada "libertad de estudios" decretada por Urvina en 1853 y que duró hasta ser derogada diez años después. García Moreno tuvo ideas mucho más ordenadas y prácticas que se concretaron en las reformas de su período y adquirieron forma definitiva en 1892.

El año 54 comenzó a regir el nuevo Código Procesal, que corregía defectos del anterior de 1846.

En 1856 por primera vez fue elegido directamente por el pueblo el Presidente de la República, que fue el General Francisco Robles. La elección se hacía en asambleas provinciales de representantes. 514 votos favorecieron al General y 294 al Dr. Manuel Gómez de la Torre y otros pocos a Manuel Bustamante y Francisco Aguirre, todos ellos notables hombres públicos. Subsistía aún el sistema de los tres Distritos electorales, de Quito, Cuenca y Guayaquil, a cada uno de los cuales se reconocían 300 votos. Anteriormente, los Congresos elegían al Presidente de la República.

El mismo año 56 se reunió en Santiago de Chile una Convención de Ecuador, Chile y Perú, que aprobó tratados de correos, libertad de comercio, propiedad literaria, navegación, integridad territorial y moneda. Eran las bases de una confederación que se afianzó en la Convención de Lima de 1864.

El Congreso de 1857 aprobó el convenio del gobierno de Robles con Mackintosh para el pago de la deuda inglesa o de la Independencia. Abolió la capitación de indígenas, que se recordará fue ya eliminada por Bolívar en 1821, pero restablecida el 28. Paralelamente a esta abolición se suprimió la exoneración del servicio militar. El Código Civil fue aprobado por el Congreso, se sancionó el 6 de marzo de 1858 y se ordenó su publicación para que rigiera desde 1859, pero esta se demoró y la entrada en vigencia del Código fue solamente el 1 de enero de 1861.

En 1860 Gabriel García Moreno decretó la elección directa y el sufragio universal, para conformar la Asamblea Constituyente, en proporción al número de habitantes de cada provincia. Esto significaba una verdadera revolución en el

sistema electoral que en forma muy primitiva e injusta se arrastraba desde el principio de la República. El decreto renovador halló fuerte oposición encabezada por Don Pedro Carbo. La Constituyente de 1861 consagró definitivamente el sistema de sufragio universal y proporcional el número de habitantes. Se suprimió, por tanto, cualquier exigencia de propiedad o renta, y bastaba tener 21 años para poder votar, siempre que se supiera leer y escribir.

Esta Asamblea creó la Provincia de Los Ríos y la Academia Nacional Científica de Artes y Literatura. La 7a Constitución Política tenía características casi federativas y privaba al Presidente de la República de los poderes más necesarios; elegido García Moreno para tal magistratura, gobernó al margen de la referida Ley.

El 26 de setiembre de 1862 se firmó en Roma por el Cardenal Antonelli y Mons. José Ignacio Ordóñez como embajador del Ecuador, el Concordato que establecía las normas para las relaciones entre el Estado y la Iglesia. Comienza con este instrumento internacional un nuevo período de la historia eclesiástica en el Ecuador que se caracteriza por la armonía y colaboración de las dos Potestades, en beneficio de la población. Sin embargo, el tratado se ratificó solemnemente sólo en abril de 1863 y todavía en 1864 el Congreso pidió algunas reformas que fueron aceptadas por S. S. Pio IX el 14 de noviembre de 1865. Correspondió al Presidente Jerónimo Carrión dar fuerza de ley al Concordato, después del canje de ratificaciones conforme al Derecho Internacional. Años más tarde, el Dictador Veintimilla suspendió la vigencia del Concordato y después de arduas negociaciones se llegó a firmar un nuevo tratado, sustancialmente con el mismo contenido que el anterior, el 15 de agosto de 1880. Intervino en nombre del Ecuador el diplomático mexicano Marqués de Lorenzana y por la Santa Sede el Cardenal Franchi. Se canjearon las ratificaciones el 30 de marzo de 1882.

El Congreso de 1863 creó el Consejo General de Instrucción Pública, que debía actuar con independencia del Ejecutivo, lo que creó graves dificultades para los afanes de progreso en el campo de la educación, que García Moreno estaba desplegando. En su segunda presidencia, procedió a disolver dicho Consejo y emprendió en valiosísima reforma de la educación, creando la Escuela Politécnica, el Protectorado o Colegio de Artes y Oficios, el Conservatorio de Música, el Observatorio Astronómico, la Escuela Militar (inicialmente establecida por Rocafuerte y luego suprimida) e infinidad de colegios y escuelas, muchos de ellos confiados al cuidado de religiosos.

El año 63 también se dictaron nuevas leyes de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal, de Elecciones y se reformaron las de Régimen Municipal y de Hacienda..[5]

La Convención Internacional reunida en Lima 1864-65, aprobó cuatro importantes tratados: de paz, para evitar las guerras entre los estados contratantes; de correos; de comercio y navegación y de unión y alianza. Debía reunirse la próxima Convención en Guayaquil, pero nunca se llegó a ello.

En 1867 se aprobó el Tratado de cuádruple alianza con Chile, Perú y Bolivia. Se concedió la ciudadanía ecuatoriana a todo colombiano, venezolano, peruano, chileno o boliviano que viniere al Ecuador. También se reconocían los grados académicos obtenidos en cualquiera de estos países. Se puede decir que es el momento de mayor entusiasmo por la integración con los países del Pacífico Sur. Posteriormente, una serie de problemas de unos con otros, debilitó dicha unión y aún se llegó a conflictos armados.

En 1868 se fundó el Banco del Ecuador. No fue el primero, ya que en Guayaquil fundó uno el Sr. Manuel Antonio Luzárraga, pero fue un Banco personal de este acaudalado comerciante, mientras que el del Ecuador tiene ya las características de un banco moderno. Al año siguiente se crearon las Cajas de ahorro en Quito, Guayaquil y Cuenca. En 1871 se fundó el Banco de Crédito Hipotecario y un año antes se dictó la Ley de Montes de Piedad (1870).

El período de protagonismo político de Don Gabriel García Moreno se caracterizó por un fuerte impulso a la producción en sus diversos ramos de la agricultura, la pesca, la minería, la industria y el comercio. Las rentas públicas se multiplicaron y, sobre todo, fueron administradas con escrupulosa honradez y empleadas en innumerables e importantísimas obras públicas, como carreteras y la iniciación del ferrocarril de Guayaquil a Quito y la dotación de agua potable a Machala, Guayaquil y otras ciudades. Se organizó el Tribunal de Cuentas, se creó la aduana de Esmeraldas. Se dictó la Ley Orgánica Militar (1871). En materia fiscal, se simplificaron y se rebajaron los impuestos, a la vez que creció su rendimiento, por la honrada y eficaz recaudación.

El año 1884 se creó la moneda nacional con el nombre de Sucre. El Ecuador había seguido hasta entonces el sistema de patrón bimetalista, es decir de respaldo de oro y plata, y comenzó a plantearse la conveniencia de pasar al patrón oro, considerando que no se explotaban en el país minas de plata y que casi todos los Estados había abandonado el bimetalismo, pero no se llegó a ninguna resolución todavía.

[5] Cfr. CEVALLOS ARÍZAGA, Benjamín: *Historia del Derecho Civil Ecuatoriano*, p. 325.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB-UCE

El mismo año se creó un Tribunal de Arbitraje internacional, para resolver las reclamaciones de ecuatorianos y colombianos; el perito dirimente fue un peruano. El Tribunal tuvo éxito notable. Nuevamente se abolió el tributo de los indígenas, en tiempo del presidente Caamaño, y se pretendió reemplazarlo por la Ley de Timbres (1885) de escaso rendimiento.

En 1887 se dictó la primera Ley sobre Propiedad Artística y Literaria.

Los Juristas

En la primera época republicana (1830–75) destacaron en el foro, el Congreso y la cátedra universitaria los doctores José Fernández Salvador, Nicolás de Arteta, Pedro José de Arteta, Ramón Borja, Pedro Carbo, Manuel Checa, Ignacio Ochoa, Pío Bravo, Angel Ortega, Nicolás Sanz, Agustín Salazar, José María Laso, Ramón Miño, Víctor Vivanco, Agustín Salazar, Juan Toledo, Antonio Muñoz y otros. La gratitud nacional hacia estos próceres se ha expresado poniendo los nombres de algunos de ellos a las calles de sus ciudades; casi todos fueron quiteños.

IV. PERÍODO PROGRESISTA: 1875-1895

La Asamblea de 1878, a raíz del cuartelazo de Veintimilla, expidió el Código de Comercio. Hasta entonces regía el Código español de 1808, con algunas reformas introducidas en esas siete décadas. El Código, sancionado y promulgado por Veintimilla, entró en vigencia en 1882 y rigió hasta el que promulgó Alfaro en 1906. No se apartaba en gran medida de las anteriores leyes sobre la materia.

El mismo año 78 entró en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Civil, elaborado por la Corte Suprema, sobre la base del de 1871 y con la inspiración en las leyes de España y Perú.

Este período se caracteriza por un notable afán de progreso en el plano de las comunicaciones. Se habilitó en 1883 el puerto de Bahía. Se inician por ese tiempo las comunicaciones telegráficas, y se avanza, aunque lentamente en la construcción del ferrocarril y la continuación de las carreteras iniciadas por García Moreno con tanto empuje.

El presidente Antonio Flores además de otras competencias tenía un conocimiento nada común de los asuntos económicos y financieros y se preocupó por lograr una reforma profunda de la economía nacional.

Después de la Dictadura de Veintimilla una Asamblea Nacional dictó la nueva Constitución, aprobó numerosos decretos que Pedro Carbo había emitido como Jefe Supremo de Guayaquil, creó las provincias de El Oro y Bolívar (1883), eliminó la pena de muerte, excepto en los casos de asesinato y prohibió los castigos corporales. Por fin, suprimió toda exigencia económica para poder ser elegido diputado.

El tesoro nacional disponía de escasos ingresos. Esto originó la apropiación indebida de los recursos de la Iglesia, concretamente el diezmo, que había sido reconocido por el Concordato, fue tomado por Veintimilla para el Estado. Flores buscó la manera de arreglar el conflicto con beneficio para ambas partes, reemplazando el diezmo por una contribución territorial. La historia de la negociación es complicada y el mismo Dr. Antonio Flores la ha dejado escrita.[1]

[1] Flores, Antonio: *Diezmos y Censos*. Quito, 1889, Imprenta del Gobierno. 89 pp.

Labores legislativas

El año 1884 se creó la moneda nacional con el nombre de Sucre. El Ecuador había seguido hasta entonces el sistema de patrón bimetalista, es decir de respaldo de oro y plata, y comenzó a plantearse la conveniencia de pasar al patrón oro, considerando que no se explotaban en el país minas de plata y que casi todos los Estados había abandonado el bimetalismo, pero no se llegó a ninguna resolución todavía.

El mismo año se creó un Tribunal de Arbitraje internacional, para resolver las reclamaciones de ecuatorianos y colombianos; el perito dirimente fue un peruano. El Tribunal tuvo éxito notable. Nuevamente se abolió el tributo de los indígenas, en tiempo del presidente Caamaño, y se pretendió reemplazarlo por la Ley de Timbres (1885) de escaso rendimiento.

Ya hemos mencionado que en 1887 se dictó la primera Ley de Propiedad Literaria.

Destacaron como escritores en cuestiones jurídicas en esta época los doctores Antonio Flores, Carlos Casares (autor de unas "Instituciones" que sirvieron largo tiempo a los universitarios), Julio María Matovelle, Juan de Dios Campusano, Pedro Fermín Cevallos, Luis Cordero y comenzó la invalorable producción de Don Luis Felipe Borja, que se desplegará sobre todo en el próximo período.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA UNAE ECUADOR
BIBLIOTECA

V. PERÍODO LIBERAL

Características generales

Desde 1895 hasta 1925 se extiende el período llamado liberal, por haber gobernado hombres del partido del mismo nombre, quienes no solamente acapararon el Ejecutivo, sino que, mediante el sistemático fraude electoral, integraron exclusivamente los congresos, salvo rarísimas excepciones de dos o tres independientes, entre los ochenta legisladores liberales.

La revolución de junio de 1895 se explica como una reacción frente a muchos desaciertos administrativos, como fruto del cansancio respecto de una línea de gobierno mantenida por seis décadas y como expresión del descontento respecto de un país que por su pobreza y por la incapacidad de los dirigentes se encontraba atrasado en progreso. Se prometían reformas y libertades, pero la realidad resultó muy amarga: se restringieron las libertades, se atropellaron los derechos y la revolución casi no dejó otra cosa que una honda división en el país por la actitud antirreligiosa de los caudillos.

Eloy Alfaro en sus años revolucionarios, de organizador de mil "montoneras" contra todos los gobiernos, proclamaba ideas auténticamente liberales y se inclinaba a un cierto federalismo, pero desde que estuvo en el poder gobernó con autocracia más acentuada que la del período anterior y extremó el centralismo. Su temperamento despótico le llevó a conculcar todas las libertades y no respetar ni siquiera la inviolabilidad de la vida que ya estaba consagrada en el derecho constitucional del siglo XIX.

La revolución no triunfó sino por la pericia y valentía de los militares y su caudillo, de modo que al instalarse en el poder resolvieron "no perder por papeletas (de votación) lo ganado por las bayonetas". Y el sistema del fraude electoral significó un grave daño para la conciencia cívica de la nación, que difícilmente comenzó a convalecer cuatro décadas más tarde.

Asuntos internacionales

Otro grave quebranto para la Patria consistió en el mayor abandono de nuestros territorios amazónicos, al dejarlos desguarnecidos de la única forma de presencia efectiva que en ellos teníamos, por la expulsión de los misioneros católicos, obra del sectarismo triunfante.

Esto permitió el silencioso y constante avance de las guarniciones militares peruanas durante medio siglo en nuestro Oriente, hasta consumar en 1941 el despojo del patrimonio territorial ecuatoriano.

En cambio, fue un mérito de la diplomacia de la época, el celebrar un tratado de límites, Tobar-Río Branco, en 1904 con Brasil, con lo que este gran país estaba reconociendo los indiscutibles derechos amazónicos del Ecuador.

El mismo año se celebró un importante tratado de Derecho Internacional Privado con Colombia y en 1916 se finiquitó el litigio territorial con esa nación, mediante el tratado Muñoz-Vernaza, aunque significó gravísima renuncia de derechos en nuestro Oriente y en la zona de costa del Pacífico. Colombia, que recibió tierras ecuatorianas, no tuvo empacho en cederlas en 1922 (Tratado Salomón-Lozano) al Perú, con lo cual este último país quedaba en posesión de territorios al norte de nuestro país, entre el Putumayo y el Napo, facilitándole la usurpación contra el Ecuador.

En 1911 se celebró una serie de tratados con Bolivia que, si se hubieran cultivado, habrían significado para el Ecuador un valioso apoyo para la defensa territorial frente al Perú. Tampoco se hizo nada efectivo para cultivar de modo real la amistad más bien sentimental con Chile.

Estuvimos a punto de terminar el litigio territorial con el vecino del sur, por el inminente laudo arbitral del rey de España, con una línea de frontera bastante mejor que la que obtuvo el Perú por fuerza de las armas en 1942. Pero la inconformidad de ambos países con lo que iba a decidir el real árbitro, los puso en pie de guerra y fracasó una vez más la solución pacífica. Los peruanos siguieron avanzando en nuestro Oriente, casi sin resistencia, durante cuarenta años.

Otros numerosos tratados de reconocimiento de títulos, de propiedad literaria, de comercio, de arbitraje, etc. se celebraron con varias naciones de América y Europa. También se adhirió el Ecuador a 15 Convenciones celebradas en La Haya en 1914 sobre importantes asuntos internacionales.

La cuestión religiosa

Como no hubo un programa maduro de renovación política, sino simples caudillismos, la lucha contra el pasado se centró en lo religioso. La Constitución de 1896 reconoce todavía la religión católica como la única oficial del Ecuador, admitiendo la libertad de cultos, pero a reglón seguido, en flagrante contradicción, pone dificultades para la Católica, prohibiendo la entrada de congregaciones religiosas al país, estableciendo que los superiores religiosos deben ser ecuatorianos, etc.

La Ley de Cultos del año 1899 concentró todo el espíritu sectario y desencadenó la lucha violenta, porque, a pretexto de regular lo que no era de competencia del Estado, ponía todo género de cortapisas a la religión, descendiendo hasta detalles ridículos, como los relativos al nombramiento de sacristanes o con atropellos tan graves como el de suprimir el Obispado de Portoviejo (1902).

Aún en materias que podían resolverse con buen sentido práctico y de servicio, se mezcló el sentimiento antirreligioso, como sucedió con la Ley de Registro Civil, que impuso arbitrarias cortapisas al ejercicio de la libertad de cultos, al exigir como requisito previo para la celebración de los sacramentos del bautismo y del matrimonio, el cumplimiento de prescripciones de índole administrativo civil.

Más grave aún fue la injerencia del Estado en la legislación sobre el matrimonio, imitando precipitadamente legislaciones extranjeras, totalmente contrarias al espíritu cristiano del pueblo ecuatoriano. Junto al matrimonio civil (1902) vino el divorcio, que en sucesivas leyes se fue facilitando progresivamente, a pesar de que la opinión pública fue totalmente adversa a tales reformas. La prueba de la impopularidad de estas leyes está en que durante los primeros ocho años a penas se produjeron otros tantos divorcios. Sin embargo, parecía que el legislador estaba empeñado en debilitar o destruir la familia . Y realmente logró resquebrajar la sólida unidad de la célula fundamental de la sociedad, ya que el divorcio se ha ido propagando como una plaga destructora, y las reformas llegaron al colmo en 1935 cuando se estableció un procedimiento sumarísimo para facilitar la ruptura de los hogares.

El sentido antirreligioso de las nuevas leyes atacó también a la educación, en nombre de un mal entendido laicismo. La privación de toda enseñanza religiosa en las escuelas del Estado a los hijos de católicos -que eran la inmensa mayoría de los ecuatorianos, por no decir, todos-, no se justifica de ninguna manera, pero menos aún la serie de obstáculos para que continuaran prestando sus servicios a la sociedad los colegios religiosos. Muchos debieron cerrarse y se impidió la creación de otros nuevos. También en esta materia hubo que esperar casi cuarenta años para que se restableciera la libertad gravemente conculcada en este aspecto tan importante de la vida.

Los afanes de secularización llevaron a absorber por parte del Estado las obras de beneficencia, antes servidas casi exclusivamente por comunidades religiosas, y para la estatización se procedió paralelamente a la confiscación, sin indemnización, de las propiedades de esas comunidades. Se formó así, en 1908, el patrimonio estatal de la Asistencia Pública, pero no mejoraron los servicios a los ciudadanos; más bien ese enorme patrimonio territorial siguió siendo mal administrado y las rentas que antes sostenían casas de salud, orfanatorios, etc., enri-

quecieron a los arrendatarios y se perdieron en el mantenimiento de una creciente burocracia.

Hasta los cementerios fueron secularizados, teóricamente (1911), porque, en la práctica las cosas resultaron muy diversas, dado el hondo arraigo de las convicciones religiosas de la población.

También en teoría, ni siquiera se conservaba la personalidad jurídica de la Iglesia, desde la Constitución de 1906, y así lo declaró expresamente el Decreto Supremo 112 de diciembre de 1935; pero este atropello tan extremado y contrario a la realidad de la vida no impidió que la Iglesia continuara actuando, también en el campo jurídico, hasta que finalmente en 1937 se reparó el agravio con el Modus Vivendi, celebrado con la Santa Sede y el Decreto 212 de 24 de julio de ese año, que reconoce la personalidad, que nunca perdió la Iglesia, a pesar del sectarismo constitucional y legal.

Lo social

Mérito positivo de este período fue, en cambio, un incipiente despertar de la conciencia social y un ligero avance de la legislación laboral, que tendrá un gran desarrollo en el período siguiente.

En 1899 se reglamenta el concertaje, ya que no hubo por entonces brío suficiente para suprimirlo; más tarde llegará la abolición. Así mismo, se terminó la prisión por deudas en 1916.

Una primera legislación sobre accidentes de trabajo del año 1896, tuvo precaria duración, pues fue reemplazada en 1898 y tomará algún desarrollo en los años 1921 y 1927, preparándose así la magnífica legislación laboral del año 1938, ya en el período siguiente.

También en materia de limitación de las horas y días de trabajo, se comienza a legislar a principios de siglos (1903), aunque muy tímidamente, y se perfecciona un poco en 1916. Estos son los logros sociales y laborales de la época.

La Ley de emancipación económica de la mujer casada del año 1911, significó un notable progreso del Derecho Civil; gracias a ella la condición jurídica de la mujer mejoró notablemente.

Cuestiones técnicas

Los adelantos de la técnica, los nuevos cultivos y una coyuntura económica favorable por las exigencias de la guerra europea fueron secundados por los gobiernos con mucho afán de progreso material. El Ecuador hizo en esta época

un gran esfuerzo de crecimiento económico y de mejoramiento de sus vías de comunicación. Sobre todo, la obra del ferrocarril es un mérito indiscutible de esta época, aunque se haya comenzado en tiempos de García Moreno. El ferrocarril fue un elemento decisivo en la vida nacional durante los primeros cincuenta años del siglo XX.

Una serie de problemas y de asuntos nuevos exigieron abundante legislación por entonces. Ya se habían dado las primeras regulaciones sobre electricidad y telégrafos en 1884, y sobre ferrocarriles en 1873, pero en este período se dedica mayor atención a esos inventos. En 1902 y 1903 se expiden leyes sobre el cultivo del caucho. La primera ley sobre "minas" de petróleo es de 1911 y se regula el tráfico del opio en 1912.

Fue también un período en que se restablecen los estancos, existentes en la Colonia y en los principios de la República. El de aguardientes se había suprimido en 1830 y renace en 1913, y se establecieron los de tabaco y fósforos en 1904, mientras que permaneció el de la sal.

No se supo evitar la rápida desvalorización de la moneda que a principio de siglo se cotizaba a la par con el dólar y pronto pasó a valer la mitad, para seguir depreciándose en una carrera acentuada.

Cuestiones administrativas

Nuevas leyes de Régimen Administrativo en 1899, 1900, 1917 y 1919 tratan de organizar la Función Ejecutiva que cada vez abarca mayor número de asuntos y requiere un continuo crecimiento burocrático.

La legislación militar fue abundantísima, pero intrascendente en sus reformas casi ínfimas. Otro tanto podríamos decir del ramo fiscal, en el que se multiplican los impuestos locales y con destino preciso para ciertas obras de interés reducido.

Contrariamente a lo que podría esperarse de un régimen liberal, se mantuvieron los monopolios, como el de la sal, y se restablecieron algunos monopolios que se habían suprimido en años anteriores, como los de tabaco (1904), fósforos (1908) y aguardiente (1913). Esta intervención desmedida del Estado en el plano de la producción y comercio, causó a la larga perjuicio al desarrollo, ya que se quitaba el estímulo de la libre competencia y se ponían trabas para la actividad creativa.

Proliferaron las Juntas, Comités, Institutos, Consejos, Centros, Ligas, Oficinas, Programas, Cámaras, etc. y demás formas de dispersión administrativa, con sus

consecuencias de crecimiento desmedido de la burocracia, de poco control y muchos abusos.

Desde 1906 tenemos nuevo Código de Comercio, preparado por el Dr.Belisario Albán Mestanza y promulgado por Alfaro. Con múltiples reformas, perdura hasta hoy. No se diferencia en mucho de las leyes anteriormente vigentes en esta materia, pero significó un instrumento valioso de orden.

Los cambios de divisas se regulan a partir de 1917 por leyes y, más tarde, por resoluciones del organismo competente. Varios bancos se fundaron y prosperaron a principios de siglo y contribuyeron al desarrollo económico, pero intervinieron desmedida y abusivamente en la política de aquellos años, siendo una de las causas que desencadenaron la Revolución Juliana de 1925, que puso fin al período liberal.

Los dos partidos políticos conocidos en el Ecuador sufrieron en ese tiempo grave crisis, uno por la exclusión total del poder y el otro por las divisiones internas de tipo caudillista. Comenzó a forjarse una nueva ideología que luego dará origen al partido Socialista. No hubo por entonces ninguna regulación legal sobre partidos.

Los juristas

Mucho más abundante que en años anteriores se presenta la producción literaria de los juristas a principios de siglo.

En el campo del Derecho Internacional sobresalió el Dr. Carlos Tobar y Borgoño, cuyos escritos son citados aún por autores extranjeros.

El Dr. Honorato Vázquez escribió la magistral defensa del derecho territorial ecuatoriano, dentro del juicio arbitral ante el rey de España; tiene la fuerza incontestable de quien expone la verdad y reclama lo justo, además de notable galanura literaria. También trataron este vital tema Segundo Alvarez Arteta, Luis Cordero, Pedro Cornejo y N. Clemente Ponce. Afamados juristas españoles sostuvieron con imparcialidad y sólidamente la causa ecuatoriana, entre ellos Fernández Prida, Canalejas y Olivar.

Pero la obra más monumental fue la del Dr. Luis Felipe Borja, "Comentarios al Código Civil Chileno", cuya primera edición se hizo en París en 7 volúmenes.

Más profundo y original que Borja y más variado en los campos de estudio, fue el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, pero sobre todo se distinguió por sus sabias enseñanzas de Procedimiento Civil.

Clemente Ponce, Federico González Suárez, Ulpiano Pérez Quiñones -estos dos, Prelados-, Francisco Pérez Borja, Remigio Romero León y otros tantos, publicaron importantes trabajos jurídicos.

La Corte Suprema y las Cortes Superiores funcionaron con entera normalidad y gozaron de merecida fama de honorabilidad impoluta.

Prácticamente con el siglo comienza la publicación del Registro Oficial en el que se promulgan las leyes, y la Gaceta Judicial, que da a conocer las principales sentencias de la Corte Suprema. Se publicaron también anuarios de legislación y diversas recopilaciones de leyes, reglamentos y ordenanzas municipales.

Algunas revistas, entre las que destacan la de la Sociedad Jurídico Literaria y la Revista Forense, permitieron la difusión de importantes artículos, alegatos y comentarios de los juristas.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN 1620
QUITO
SIB-UCE

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

VI. PERÍODO DE INESTABILIDAD (1925-1946)

Características generales

La revolución encabezada por un grupo de jóvenes oficiales pretendía cortar los incalificables abusos de los gobiernos liberales y plutocráticos y atender mejor los problemas sociales. La inexperiencia, los excesos provocados por el desmedido entusiasmo y las condiciones desfavorables de la coyuntura económica hicieron fracasar en parte esos saludables ideales. Varias Juntas de Gobierno se sucedieron, demostrando la ineptitud de aquella forma plural de gobernar y, finalmente, se entregó el Poder al Dr. Isidro Ayora, médico enérgico y resuelto a introducir importantes reformas en la Administración, como en efecto lo hizo. El contrató la Misión Kemerer para estudiar y proponer soluciones a la crisis económica y siguiendo estos consejos, se crearon el Banco Central del Ecuador, la Contraloría General de la Nación y otros organismos importantes. También se dieron los primeros pasos hacia el Seguro Social.

La Constitución nuevamente elaborada y que entró en vigencia en 1929, resultó totalmente desajustada a las necesidades nacionales y duró poco tiempo, sucediéndose desde 1931 una serie de gobiernos provisionales, más o menos dictatoriales y de mínima duración, con lo que se agravaron la inestabilidad del país y la crisis económica.

En este período se producen dos acontecimientos internacionales de suma trascendencia: la suscripción del Modus Vivendi con la Santa Sede (23 de julio de 1937) y la agresión peruana que nos forzó a la firma del Protocolo de Río de Janeiro (29 de enero de 1942). El primer suceso significó la pacificación político-religiosa y el establecimiento de las relaciones diplomáticas, rotas a principio de siglo, con la consecuencia de la armónica colaboración para el bien común. En cambio, la desastrosa guerra iniciada por el Perú, contra un país desorganizado, dividido y débil, no podía terminar de otra manera que con nuestra derrota militar, la invasión y, desgraciadamente, la imposición injusta de un tratado de límites que nos despojó de inmensos territorios.

Después de un desastre internacional de las proporciones del sufrido por el Ecuador, era imposible que se mantuviera el Gobierno, y la revolución del 28 de mayo de 1944 depuso al Presidente Carlos Arroyo del Río y encumbró al Dr. José María Velasco Ibarra. La Asamblea elaboró una Constitución en 1945 y que entró en vigencia el 1 de enero del año siguiente. Pero el Dr. Velasco que

calificaba a la Asamblea de "Dictadura de Cien Cabezas" y consideraba la Constitución como cifra de la peor demagogia, la desconoció el 30 de marzo. Luego de nuevo golpe de Estado, interinazgo y Asamblea, se llegó a la Carta Política de 1946, probablemente la más equilibrada, sensata y prudente que hemos tenido; también ha sido, hasta ahora la de mayor tiempo de vigencia.

En estos años de intensa agitación política la crisis económica mundial repercutió duramente en un país débil y desorganizado como el nuestro. No hubo una política coherente y duradera y marchamos a la deriva. La moneda sufrió rápida desvalorización, se multiplicaron los impuestos -muchas veces de mínima eficacia real- y se crearon mil trabas administrativas y dificultades para el crecimiento económico. Se sumó a todo esto, la desconfianza de los inversionistas y el temor a las reformas sociales que, con mucha justicia aunque a veces con poco tino, se introdujeron en estos años.

Precisamente el progreso de la legislación social es lo más positivo y saliente de esta época, junto con la reconciliación con la Iglesia.

Lo constitucional y el Derecho Público

El país había vivido casi veinte años con una Constitución que garantizaba ampliamente las libertades, pero la realidad de la vida pública fue precisamente la contraria: se desconocieron las más elementales expresiones de la libertad, se aplicó sistemáticamente el fraude electoral y gobernaron reducidas camarillas plutocráticas, produciéndose así la descomposición de los partidos políticos tradicionales. Se sentía la necesidad de reemprender, con nuevas instituciones, la vida democrática, y esto se propuso la Asamblea que dictó la décimo tercera Constitución en 1929.

Notables méritos tuvo esta Carta Política. Entre otros, destaca por primera vez la importancia de lo social: protege a la familia, regula -aunque un tanto minuciosamente- cuestiones económicas, laborales y administrativas, con espíritu renovador y con afanes de progreso, tratando de superar las luchas sectarias.

En lo estructural, se incorporan las representaciones funcionales al Congreso y se garantizan los nuevos organismos de control de los fondos públicos y privados que fueron creados por la Dictadura: la Contraloría General de la Nación y la Superintencia de Bancos.

La historia demostró que, por el contrario, no acertaron los constituyentes al establecer un sistema ajeno a nuestra tradición y que podríamos llamar "semiparlamentario", en el sentido de que el Congreso tendría mayores poderes para descalificar a los Ministros de Estado sin el contrapeso correspondiente de facultades del Jefe del Estado . Este sistema defectuoso favoreció las luchas polí-

ticas y precipitó en definitiva el desconocimiento de la Constitución, con la consecuencia de una serie de gobiernos de facto. En ciertos momentos se intentó poner en nueva vigencia la ya superada Carta de 1906, y en su nombre ejercieron el poder dictatorial varios Magistrados. También se intentó sin éxito la elaboración de una nueva Constitución en 1938, pero la Asamblea fue disuelta por el Encargado del Poder Ejecutivo Dr. Aurelio Mosquera.

La Asamblea de 1944-45 siguió de cerca el texto de 1929 y corrigió el grave error del "semiparlamentarismo", volviendo decididamente al ya bien probado sistema presidencial. Avanzó con valentía en el reconocimiento de derechos y garantías sociales; dio importancia a los asuntos económicos; formuló el principio de igualdad de derechos de los cónyuges y de toda clase de hijos. En cambio, tuvo el desacierto de establecer un Congreso unicameral apartándose también en esto de la larga experiencia nacional, ya que sólo la Constitución de 1830 y la fugacísima de 1851 habían intentado, con mal resultado, el dejar la Función Legislativa a una sola Cámara.

Fue importante mérito de esta Carta el establecer el Tribunal de Garantías Constitucionales y perfeccionar el sistema electoral dándole mayor independencia.

Escasos noventa días de vigencia tuvo esta Constitución, ya que el Presidente, elegido por la misma Asamblea, se sintió maniatado y sin atribuciones suficientes para arreglar un país descompuesto. Velasco Ibarra desconoció la Constitución y convocó inmediatamente a nueva Asamblea, que nos dio la bien elaborada Carta de 1946.

Más equilibrada que la anterior, en cuanto a las funciones del Estado, la Constitución volvió al tradicional Congreso de dos Cámaras que asegura una mayor estabilidad política y seriedad en la elaboración de las leyes. Estableció el Consejo de Estado, con algunas atribuciones del extinto Tribunal de Garantías; inició el sistema de elaboración de las leyes por parte de la Comisión Legislativa Permanente. Mérito singular fue el de ampliar el reconocimiento de la libertad de educación e introducir un nuevo y correcto concepto de educación laica, muy apartado del viejo y sectario "laicismo" de principios de siglo; la Carta dice: "El Estado como tal no enseña ni ataca religión alguna" y reconoce el derecho de los padres de familia "para dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren".

Esta Constitución permitió el funcionamiento normal de las instituciones y el desempeño de los Presidentes constitucionales de la República durante su respectivo tiempo: José María Velasco Ibarra, Galo Plaza, Velasco, Camilo Ponce y nuevamente Velasco Ibarra (hasta 1961). Tras nuevos gobiernos de facto, se volvió a poner en vigencia en la última magistratura de Velasco en 1970.

En este período se organiza mejor la administración pública y se crean algunos nuevos Ministerios para atender a las cuestiones sociales, laborales y relativas a la producción, tales fueron los Ministerios de Previsión Social, de Trabajo, de Agricultura, Comercio y Minas (1938). La Ley de Régimen Político y Administrativo de 7 de diciembre de 1930, sufrió innumerables reformas.

Después del despojo territorial de 1942, se comienza a prestar alguna mayor atención a la región amazónica y se crean recursos -siempre escasos- para promover su desarrollo.

La creación de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, en 1944 y la Ley de Patrimonio Artístico de 1945 señalan hitos del progreso cultural. A partir de 1926 se organizan los Colegios Normales para la formación de maestros, y el crecimiento de la enseñanza pública fue inmenso a lo largo de estos años. Desde 1934 se permite la creación de nuevos colegios particulares, que de manera sectaria y contra los intereses de la nación, se había prohibido desde la revolución alfarista. Con el Modus Vivendi de 1937 se consolida la libertad de educación y se da facilidades para la iniciativa privada. En 1945 se crea la primera Universidad Católica.

En lo fiscal, como en el período anterior, la legislación fue abundantísima y se tendió a la dispersión; ya en el período siguiente, la Junta Militar (1963-65) tratará de simplificar y ordenar esta materia que resultaba confusa y anárquica, suprimiendo más de dos mil impuestos locales, ineficaces e inconvenientes.

Lo internacional

Además de los dos hechos ya indicados -Modus Vivendi y Protocolo de Río-, la vida internacional del país siguió en una contínua intensificación. En 1928 se suscribió en La Habana el Código Sánchez de Bustamante, de Derecho Internacional Privado, el mismo que fue ratificado por el Ecuador en 1930, y llegó a regir en 15 naciones americanas, constituyendo un instrumento muy valioso y moderno para perfeccionar esta rama del Derecho.

El Ecuador se adhirió a la Sociedad de las Naciones, en la que se cifraban las esperanzas para una efectiva consolidación de la paz y solución justa y pacífica de las controversias.

Ya la Conferencia Panamericana de Washington, en 1890 había declarado que "Las cesiones territoriales que se hicieren, serán nulas si se hubieren verificado bajo amenaza de la guerra o la presión de la fuerza armada" y que "La nación que hubiere hecho tales cesiones tendrá derecho para exigir que se decida por arbitramento acerca de la validez de ellas". Estos saludables principios se reafirmaron en la Conferencia de Montevideo de 1933: "No se reconocen las

adquisiciones territoriales que se realicen por la fuerza, ya sea con el uso de las armas o en representaciones diplomáticas conminatorias o en cualquier otra coacción efectiva". Finalmente, en la 7a. Conferencia Panamericana, en Lima, se estableció lo mismo, con igual fuerza obligatoria. Todos estos postulados, sin embargo, no fueron tenidos en cuenta en 1942, y el Ecuador sufrió la presión no sólo del Perú, sino de los grandes Estados americanos, Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos, para aceptar el despojo territorial.

Numerosos tratados de comercio se celebraron en estos años y otros sobre visas de pasaportes, aduanas, reconocimiento de títulos, protección a la propiedad literaria, artística e industrial, ensanchándose cada vez más el grupo de países con los que tuvimos relaciones. También adquiere importancia ya desde estos años, la represión internacional del tráfico de drogas estupefacientes. Otros asuntos que se desarrollan en convenciones internacionales fueron los de derechos consulares y diplomáticos, asilo y extradición.[1]

Lo social

Además del impulso dado por la Constitución de 1929 al progreso de la legislación social, hay que mencionar varias importantes leyes. En 1926 se creó la Inspección General del Trabajo, entidad administrativa que debía vigilar la correcta elaboración y cumplimiento de los contratos laborales. En 1927 y 28 se legisla sobre accidentes de trabajo, sobre el trabajo de mujeres y niños, sobre la duración máxima de la jornada (ocho horas) y contrato individual de trabajo. En 1934 se establece el descanso obligatorio de la tarde del sábado. El 36 se reforma lo relativo al desahucio y otros aspectos de la relación laboral. Con estas disposiciones teníamos ya las bases para el Código que finalmente fue aprobado por el General Alberto Enríquez Gallo el 5 de agosto de 1938 con Decreto Ejecutivo 210, promulgado en el Registro Oficial que lleva fechas 14 a 17 de setiembre de 1938. Este importantísimo instrumento jurídico ha dado a nuestro país las bases para una convivencia cívica ordenada, pacífica y justa, ha permitido el desarrollo económico y sobre todo a aplicado los principios de la justicia social. El Código fue duramente atacado por sectores retardatarios y se acusó de haber copiado leyes de países marxistas, pero estas críticas son injustas, como se demuestra por la enumeración de precedentes nacionales de leyes que fueron recogidas en el Código; además, bien puede hablarse de un hondo sentido cristiano, de una clara aplicación de la Doctrina Social de la Iglesia más propiamente que una imitación de leyes marxistas. El Código, naturalmente, ha sufrido

[1] Cfr. BUSTAMANTE, Antonio: *Lista de los Instrumentos Internacionales concluidos por el Ecuador.* Quito, 1960, Ed. Casa de la Cultura. LARREA HOLGUÍN, Juan y GÓMEZ DE LA TORRE, Mario: *Sistema Ecuatoriano de Derecho Internacional Privado,* Quito, Universidad Central, 1980, 904 pp.

una posterior evolución con incontables reformas y nuevas formulaciones en los años subsiguientes.[2]

En el plano social, también son importantes las leyes sobre prenda agrícola de 1927, de contratos de siembra en el Litoral de 1928; sobre Comunas Campesinas, Hogares de Protección Social y Cooperativas del año 1937. El año siguiente se crean las Casas Cunas. En 1945 se dispone la construcción de habitaciones para los trabajadores agrícolas.

Pero quizá lo más decisivo ha sido la organización del Seguro Social, que se inicia con las leyes del tiempo de Ayora que fundó la Caja de Pensiones en 1928. En 1937 se organiza la Caja del Seguro. Y estas dos instituciones, que más tarde se fusionan en el Instituto Nacional de Seguridad Social (IESS) han prestado invalorables servicios a las clases desposeídas y han contribuido eficazmente a la paz social a pesar de sus innegables deficiencias.[3]

El Derecho Civil

El principio proclamado en la Constitución de 1929 de protección a la familia, no siempre se interpretó correctamente, y más bien se produjo, sobre todo en la década de 1930, una avalancha de reformas inconsultas al Código Civil, cuya cuarta edición se publicó precisamente ese año.[4]

Sobre la condición legal de los hijos se dictaron reformas al Código Civil en 1935, 36, 37 y 39, por las cuales se cambió las denominaciones y los derechos de los nacidos fuera de matrimonio los cuales se clasificaban en simplemente naturales e ilegítimos, quedando al margen de toda protección legal quienes no hubieren sido ni reconocidos ni declarados judicialmente hijos.

En 1936 se suprimió la institución de la muerte civil, que privaba de capacidad jurídica a quienes emitían votos solemnes en institutos monásticos aprobados por la Iglesia.

---

[2] Cfr. JARAMILLO PÉREZ, Luis: *Indices del panorama normativo laboral ecuatoriano.* Quito, 1974. LARREA HOLGUÍN, Juan: *Código del Trabajo anotado con fuentes, concordancias y anexos,* Quito, 1992. 410 pp.- TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César: *Derecho del Trabajo,* 2 tomos, Quito, 1987-88.

[3] Cfr. ROBALINO BOLLE, Isabel: *Manual de Derecho del Trabajo,* Quito, 1994. 426 pp.

[4] Las anteriores ediciones son de 1860, 1871 y 1889. La de 1930 fue preparada por la Academia de Abogados de Quito y aprobada por la Corte Suprema de Justicia, conforme al Decreto Legislativo de 30 de setiembre de 1912, y fue promulgada por el Dr. Isidro Ayora, ya Presidente constitucional. En forma de notas al pié de página, señala las reformas introducidas.

El Código de Menores se expide en 1938 y da origen a abundante legislación ulterior, que lo reforma numerosas veces y desarrolla progresivamente esta rama del Derecho de protección de los menores.[5]

En 1940 se introduce otra importante institución civil: el Patrimonio familiar.[6]

Desde 1935 se atribuyen al Estado las sucesiones intestadas, cuando no deja herederos el causante, y concretamente se aplican estos bienes a favor del Instituto de Previsión Social.

Reformas a la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio facilitaron la disolución de los hogares. Se llegó al colmo en 1935, al establecer un trámite sumarísimo por el cual podía disolverse el vínculo matrimonial civil en un día, con la simple suscripción de un acta ante los Jefes o Tenientes Políticos: como si el Estado estuviera interesado en destruir la familia. Esta pésima legislación se corrigió durante el gobierno del Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río, liberal de pensamiento elevado y destacado jurista.

En materia comercial, se establece la prenda agrícola en 1927 y la prenda industrial en 1936. La prenda comercial solamente surgirá en el período siguiente, en 1963. La ley de pagarés y letras de cambio de 1925, incorporó a nuestra legislación las disposiciones adoptadas en La Haya por numerosos Estados. En 1933 se dicta una primera ley de Compañías de Seguros.

Sobre navegación aérea se legisla por primera vez en 1932 y sobre deportes, en 1938.

Los juristas

Conforme al crecimiento de la población y al mayor cultivo de los estudios, se incrementó la producción de obras jurídicas y los autores son muy numerosos de modo que no se podrían citar aquí ni siquiera los más importantes, cabe, sin embargo, mencionar los que han tenido un especial renombre por la trascendencia de sus escritos.

Sobre asuntos internacionales destacan los Doctores Carlos Salazar Flor, N. Clemente Ponce, Homero Viteri Lafronte, Carlos Manuel Larrea, Remigio Crespo Toral y Julio Tobar Donoso. Este último escribe sobre múltiples ramas del Derecho y su producción abundante se prolonga en el período siguiente.

---

[5] Cfr. ARGUDO CHEJÍN, Mariana: *Derecho de Menores*. Guayaquil, Edino, 1993. 224 pp.

[6] Cfr. ROMERO PARDUCCI, Emilio: *La institución del Patrimonio Familiar en el Derecho Ecuatoriano*, Guayaquil, 1971. 203 pp.

Las cuestiones económico-jurídicas fueron tratadas con especial conocimiento por los doctores Luis Elías Laso y Eduardo Riofrío Villagómez.

Manuel Ramón Balarezo, Luis Felipe Borja, hijo, Alejandro Ponce Borja, Alejandro Cárdenas, Alfonso María Mora, escriben sobre todo sobre asuntos civiles, pero también otros de orden constitucional, penal, etc.

Los Presidentes Arroyo y Velasco publicaron obras de polémica política pero también de estudios jurídicos de verdadera valía.[7]

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

[7] Cfr. LARREA HOLGUÍN, Juan: *Bibliografía Jurídica*. Guayaquil, Edino, 1993. 634 pp.

VII. PERÍODO VELASQUISTA (1946–1972)

Después de la época conservadora, que domina el siglo XIX, del período liberal (1895–1925), de la transición llena de inestabilidad y de influjo socialista (1925–1945), se puede caracterizar un tiempo en que domina en la vida política el Dr. José María Velasco Ibarra y en cierto modo la historia se centra en torno a este personaje, a veces en el poder y otras veces en la oposición. En el aspecto jurídico es el período de influencia de la Constitución de 1946 que rigió, salvo durante el paréntesis de la dictadura militar (1963–66).

Características generales

Habiendo terminado la guerra mundial en 1945 y habiendo superado nuestro país la grave crisis producida por la agresión e invasión peruana de 1941, se sentía una necesidad de estabilidad en los varios aspectos de la existencia.

Efectivamente, se consiguió notable estabilidad política entre 1946 y 1962, ya que se sucedieron gobiernos constitucionales de origen legítimo. La ruptura de esta legitimidad por parte del propio Presidente de la República, precipitó su caída y luego la intervención militar que pretendía realizar grandes reformas y evitar el avance del izquierdismo comunista (1963-66). Luego, volvió el país a los cauces democráticos a través de dos presidentes interinos ((Yerovi en 1966 y Otto Arosemena 66-68) y con la elaboración de nueva Carta Constitucional por parte de una Asamblea. El quinto Velasquismo terminó nuevamente por la declaración de Dictadura por parte del Presidente y su deposición por las Fuerzas Armadas que impusieron como Presidente al General Rodríguez Lara en febrero de 1972.

Hay que distinguir, por tanto, dentro de este período, la legislación originada por los cauces legítimos y la proveniente de la Dictadura. La primera fue menos abundante, pero en general, moderada y conforme con las necesidades de progreso del país; la segunda, mucho más numerosa, pero no siempre coherente, llena de fluctuaciones y aún de contradicciones. No se puede negar, sinembargo, el afán de renovación social que impulsó a la Junta Militar y que dejó, entre otros beneficios, la iniciación de la necesaria reforma agraria.

El país requería de una enorme acción para reconstruirse y se buscaron nuevas fuentes de producción. Con acierto impulsaron los gobiernos a las iniciativas en el campo agrícola, industrial, ganadero y minero. Es el tiempo en que los culti-

vos de banano reemplazan en la importancia de las exportaciones al cacao; se difunden más el café y el arroz, se explotan las minas de oro de Macuchi y de Portovelo; se desarrollan las industrias textiles y otras, tanto en la Sierra como en la Costa.

El empeño administrativo se dirige acertadamente a mejorar las comunicaciones. Por primera vez se puede hacer el viaje en automóvil (aunque jugándose la vida) por una carretera hacia 1950, entre Quito y Guayaquil, y poco a poco irá mejorando y se multiplicarán las vías.

También por fin tenemos un puerto moderno y con los servicios adecuados, en Guayaquil. Y se inician importantes obras hidroeléctricas.

Durante el Gobierno de Otto Arosemena se pone el énfasis en las construcciones escolares ("cada día una escuela" es el lema).

Comienza la era de la televisión y los satélites artificiales, que influirán en la cultura y la vida y exigirán nueva legislación.

Al final del período, se descubren importantes reservas petrolíferas en la zona Oriental, que determinan un cambio fundamental en la economía del país y abren el paso para un nuevo período histórico, también en el aspecto jurídico.

Otra característica de los tiempos que estamos reseñando, fue el renovado afán de integración internacional con los países Grancolombianos, Bolivarianos, Andinos y aún Sudamericanos. Es la época de la Carta de Quito, de la ALALC, de la formación de la Flota Grancolombiana, etc.

Todo este impulso del progreso supuso un crecimiento de la administración pública, con nuevos Ministerios y el consiguiente sacrificio tributario . Los impuestos de esta época se multiplican, se complican y se agravan como nunca hasta entonces y todavía se agravará el fenómeno en la "era petrolífera".

También se intenta usar del crédito internacional para hacer frente a las múltiples necesidades, pero esto tropezó con graves dificultades por el ya consuetudinario incumplimiento del Ecuador en el pago de sus obligaciones internacionales. Efectivamente, a principios de siglo, la deuda proveniente de las campañas de la Independencia, con los intereses no pagados se había acumulado hasta llegar a unos 12.300.000 dólares. La construcción del ferrocarril fue oportunidad para consolidar esa deuda y conseguir nuevos recursos, que fueron tramitados por el Sr. Archer Harman constructor del Ferrocarril; así quedó prácticamente duplicada la deuda. Desgraciadamente el país no pudo pagar con regularidad y se siguieron acumulando réditos no cubiertos. En 1928 se consiguió un pequeño préstamo sueco para la fábrica y monopolio de fósforos; en 1936 Italia

nos prestó 890.000 dólares para que le compráramos los primeros aviones de guerra que tuvo el país; Venezuela nos prestó para que pudiéramos adquirir acciones de la Flota Grancolombiana... Así se ve claramente la escasa solvencia económica de nuestro país. Entre 1946 a 1960 apenas si crece el endeudamiento nuevo, en cambio la carrera es acelerada desde 1974 hasta 1980, ya que las esperanzas puestas en el petróleo parecen no tener límite, y llegamos así en ese año a los 12.271 millones de dólares de deuda, o sea mil veces más que en 1900.[1]

Considero, sin embargo lo más importante de este período, el desarrollo del efectivo respeto de los derechos humanos, sobre todo mediante la creación de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo (1956) y de lo Contencioso Fiscal (1963) que se deben en buena parte al Dr. Camilo Ponce Enríquez. Estos verdaderos baluartes de las libertades ciudadanas, impiden los abusos de la Administración o los reparan. Con gran independencia y honorabilidad estos Tribunales han creado hasta ahora una importante jurisprudencia.[2]

Lo constitucional

Ya hemos mencionado que la Constitución de 1945 tuvo precaria vigencia (de enero a marzo de 1946) y que la nueva Carta elaborada por la Asamblea sirvió de instrumento de estabilidad jurídica por largos años, gracias a su equilibrio y adecuación a las realidades nacionales.

La Constitución de 1945 había incurrido en el error de establecer un Congreso unicameral, mientras que la del 46 volvió al bien probado sistema de las dos Cámaras. Además se introdujo la posibilidad de que el Presidente de la República dictara Decretos Leyes de Emergencia que podían ser confirmados o rechazados por el Congreso. Este procedimiento permitió oportunas reformas y avances importantes, como la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La Comisión Legislativa Permanente se encargó de preparar proyectos de ley, que luego en una sola discusión eran aprobados o modificados por el Congreso. Este sistema demostró enorme eficacia, dando origen a bien cuidadas codificaciones y a leyes debidamente preparadas, estudiadas y discutidas.

---

[1] Cfr. RIOFRÍO VILLAGÓMEZ, Eduardo: *La Deuda Externa,* Quito, 1947 y 1967. AROSEMENA, Guillermo: *Historia de la Empresa en el Ecuador,* Guayaquil, 1995, p. 395 y ss.

[2] Cfr. VELÁZQUEZ BAQUERIZO, Ernesto: *La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador.* Quito, Corporación Latinoamericana para el desarrollo, 1995. 284 pp.

La Constitución del 46 volvió también a organizar el Consejo de Estado, al que se dio una suma de atribuciones que luego se desdoblarán en varias instituciones de diversa índole (Tribunal de Garantías, Consejo Nacional de Economía).

Un mérito singular de la Constitución fue el de superar el antiguo concepto de "educación laica", al definir con precisión que "el Estado como tal no enseña ni ataca religión alguna" y reconocer el derecho natural de los padres de familia de "dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren". Este nuevo concepto de educación laica, bien entendido, ha abierto horizontes de verdadera libertad y de respeto a la conciencia de los padres y de los hijos.

Después de la Dictadura Militar (1963–66), se elaboró nueva Carta Constitucional en 1967. Esta, aunque demasiado extensa, precisa muchos detalles económicos y sociales a los que se quiso dar estímulo. Organizó definitivamente el Tribunal de Garantías Constitucionales, los mecanismos de contralor (Contraloría del Estado, Superintendencias de Bancos y Compañías), y de planificación (Consejo Nacional de Economía). Esta nueva redacción constitucional recogió con sabiduría todo lo valioso de las Cartas Políticas anteriores, pero incurrió en la ingenuidad de querer dar permanencia a su propio texto declarando que aún en caso de ruptura del orden jurídico, la Constitución no perdería su vigencia sino que la recobraría una vez terminado el gobierno de facto.[3]

La constitución de 1967 fue desconocida por el Presidente Velasco Ibarra en junio de 1970 y, al asumir poderes dictatoriales, declaró en nueva vigencia la Carta de 1946. Derrocado el Presidente por las Fuerzas Armadas en febrero de 1972, éstas impusieron como Presidente al General Rodríguez Lara quien a su vez fue depuesto en enero de 1976 por el Consejo Supremo de Gobierno integrado por los Comandantes del Ejército, la Marina y Aviación que gobernó hasta entregar el poder al Presidente elegido por el sufragio popular en 1979. Así tuvimos el período dictatorial más largo de la historia ecuatoriana (1970-79), desde luego, mucho menos extenso que los de otros países sudamericanos.

El Derecho Público

Importante adelanto propio de este período ha sido el consolidar y perfeccionar la independencia de la Función Electoral, mediante la organización del Tribunal Supremo y los Tribunales Electorales Provinciales, organismos que aseguran la pureza del sufragio.

También se legisla por primera vez sobre los Partidos Políticos y se va hallando poco a poco normas que regulan adecuadamente estas asociaciones.

---

[3] Sobre esta Constitución remito a mi libro *Nueva Estructura Constitucional del Ecuador*, Quito, 1969. 476 pp. Corporación de Estudios y Publicaciones.

La atención a los nuevos problemas económicos y planteados por los adelantos de la técnica y de la producción, han llevado a la creación de nuevos Ministerios como los de Fomento, de Agricultura y Ganadería, de Minas y Petróleos, de Economía, de Finanzas, de Salud, de Trabajo y Bienestar Social (que luego se divide en dos) etc. y han evolucionado y cambiado con alguna frecuencia.

Se han multiplicado también las entidades autónomas y semiautónomas, aunque el Dr. Velasco y la Junta Militar trataron de restringir su número y atribuciones.

La Junta Militar emprendió en una seria reforma Fiscal, comenzando por suprimir incontables impuestos descentralizados (más de dos mil) que existían más en el papel que en la realidad y eran motivo de muchas anomalías y abusos. La expedición del Código Fiscal, en 1963, marca un importante hito en esta historia. Posteriormente se reemplazó por el Código Tributario en 1978.

La Cultura ha tenido un fuerte impulso gracias a la creación de la Casa de la Cultura y después, la Dirección Nacional de Cultura en el Ministerio de Educación. Se han creado incontables escuelas y colegios y se ha dado especial atención a la capacitación profesional. Las diversas profesiones -médicos, abogados, arquitectos, ingenieros, enfermeros, odontólogos, químicos, etc-, han conseguido la expedición de las respectivas leyes de protección profesional. La ley de escalafón del Magisterio ha asegurado a los maestros estabilidad y sueldos adecuados.

La colaboración entre la Iglesia y el Estado, establecida gracias al Modus Vivendi de 1937, se desarrolla en un clima de paz y buen entendimiento bajo la vigencia de la Constitución de 1946 y también después, con la de 1967. Se celebran varios contratos entre el Gobierno y la Iglesia para favorecer las Misiones religiosas en la Región Amazónica y las escuelas Fisco–Misionales. También se funda la primera Universidad Católica (1946). En 1967 se extiende el Seguro Social en favor del Clero.

La Ley de Carrera Administrativa se ha impuesto a lo largo de este período, con numerosas reformas y con sucesivas crisis. Ha habido un forcejeo entre la estabilidad y la libre remoción de los empleados públicos. Este fenómeno sigue en el período siguiente, y va aparejado a un crecimiento desmedido de la burocracia hasta llegar a una magnitud inconveniente.

En materia de Derecho Penal, además de otras reformas, fue importante lo dispuesto por la Asamblea del 45 en torno al delito de colusión, que luego se recoge en la Ley del año 53, codificada el 60 y el 77.

Lo Social

Las Constituciones del 45, del 46 y del 67 dan fuerza a las conquistas laborales reconociéndolas en la misma Ley Fundamental y consagrando el principio "pro operario". Además, en estos años, se señalan los salarios mínimos vital y de los diversos sectores de trabajo, con sucesivos incrementos. Surgen también nuevos tipos de remuneración del trabajo, que se suman al salario (décimo tercer sueldo, décimo cuarto, décimo quinto, bonificaciones adicionales, compensaciones, pago de transporte, etc). Paralelamente, se ha limitado el número máximo de horas de trabajo hasta fijar la duración semanal en cuarenta horas. Se han ampliado los derechos de participación del trabajador en las utilidades hasta el 15 % de ellas. También se ha ampliado el derecho a vacaciones pagadas (hasta un mes por año), así como las indemnizaciones por despido del trabajador. Las innumerables reformas al Código del Trabajo fueron codificadas por la Comisión Legislativa en 1960 y nuevamente en 1970.

Merece especial mención la labor codificadora, que permitió entregar al país los dos volúmenes de leyes y códigos (1960-61) con más de setenta instrumentos legales de la mayor importancia. Este trabajo se repite en términos parecidos una década más tarde por parte de la Comisión Legislativa Permanente.

La reforma agraria, que tiene sus precedentes en las antiguas leyes de tierras baldías, se concretó en una primera Ley dictada por la Junta Militar en 1964, a la que siguieron numerosas reformas. Se declararon de propiedad del Estado las tierras situadas a más de 4000 metros de altura, en 1963 y las aguas en toda situación. Se amplía la extensión del mar territorial en 1966. Las Leyes de Fomento Agrario y Forestal de 1965 y 71, la de Sanidad Vegetal del 74 y otras que fomentan especiales cultivos como los de arroz, banano, etc. se completarán en 1978 con la Ley de Colonización Amazónica.

La Ley de adopción de 1948 y la del Patronato del Niño de 1960 tienen también un hondo contenido social, así como la Ley de Defensa del Artesanado, la del Banco de Vivienda y Asociaciones Mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, y la Ley del Banco de Cooperativas, todas ellas del año 1953.

El Derecho Privado

En 1950 aparece la 5a. edición oficial del Código Civil, pero ésta, a diferencia de las anteriores, es una codificación que incluye en el texto de la Ley Civil las reformas realizadas hasta el momento, por lo que cambia la numeración anterior y vienen al final del libro las tablas de correlación de los artículos con respecto a la 4a edición. Fue realizada la codificación por la Comisión Legislativa, conforme a lo dispuesto en la Constitución.

Diez años más tarde, se publicó la 6a. edición, que asimismo codifica las reformas que se producen en el intermedio. Y en 1970 se repite el mismo trabajo por la Comisión Legislativa para dar origen a la 7a edición oficial, actualmente vigente.

Las reformas civiles, efectivamente, fueron muchas en estos años. Las más importantes son las que se reseñan a continuación. En 1956 sobre derecho hereditario, restringiendo un tanto la extensión de las sucesiones. En 1958 se expidió una nueva Ley de Propiedad Intelectual. El mismo año se introdujo la institución de la Separación Conyugal Judicialmente Autorizada, instituto jurídico que equivale al antiguo divorcio sin ruptura del vínculo, propio del Derecho canónico y que existió en el Ecuador hasta que, arbitrariamente, fue suprimido en 1935. La reposición de esta alternativa del divorcio fue muy saludable, ya que para quienes consideramos indisoluble el vínculo matrimonial -como es el caso de los católicos y de muchos otros-, las situaciones conyugales difíciles deben resolverse mediante una prudente intervención judicial que autorice y regule la separación de los cónyuges.

En 1960 se dictó la Ley de Propiedad Horizontal, que favorecerá soluciones razonables para el problema de la vivienda urbana.[4]

Aunque las Constituciones de 1929 y 1945 se refieren a la igualdad de derechos de los cónyuges, no se produjo la legislación secundaria que aplicara dichos postulados. La Carta Política de 1967 reiteró este principio y también el de la igualdad de los hijos concebidos dentro o fuera de matrimonio. Para concretar estas directrices constitucionales la Comisión Legislativa contrató mis servicios y preparé la reforma al Código Civil, que abarca más de quinientos artículos; luego discutimos en el seno de la Comisión hasta la aprobación y pasó el proyecto al Congreso que también lo aprobó; fue objetado por el Presidente de la República y ante la insistencia del Congreso, entró en vigencia por el Ministerio de la Ley. Como el Jefe de Estado asumió los poderes dictatoriales a los pocos días de promulgada la Ley 256 (RO de 4 de junio de 1970) y puso en vigencia la anterior Constitución, se produjo cierta incertidumbre sobre si seguían vigentes las reformas; felizmente el Dr. Velasco, habiendo estudiado nuevamente el proyecto, no sólo lo aceptó sino que dictó un Decreto el 17 de agosto, declarando expresamente que las reformas estaban vigentes. Significó un paso importante en la modernización del Código, reformado en un 25 % de sus artículos, y sirvieron estas normas hasta que en 1988 se emprendió en nuevo análisis y puesta al día del principio de igualdad.

Ya hemos mencionado algunas reformas de carácter social que también atañen al Código Civil, como las que declaran de propiedad del Estado las altas tierras, a más de cuatro mil metros sobre el nivel del mar y las aguas, o las que señalan

[4] Cfr. PÁEZ TERÁN, Juan Fernando: *Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal.* Quito, 1983. 2 vols.

los límites del mar territorial, la Ley de adopción, y otras de protección de diversas actividades profesionales.

En 1967 la Asamblea tuvo el desacierto de ampliar más aún las posibilidades de divorcio estableciendo una nueva causa: la separación por más de diez años, de modo que cualquiera de los cónyuges, culpable o inculpable, podría demandar la ruptura del vínculo. Esta equiparación del culpable al inculpable es evidentemente un grave despropósito. Se alegaba que al cabo de diez años es difícil establecer responsabilidades, pero el argumento no justifica algo tan injusto. Además, pronto se rebajaron dichos diez años y por nueva reforma del año 69, bastaron cuatro años para que el cónyuge incluso el que dolosamente ha faltado al deber de la convivencia pueda basarse en su propia culpa para alegar un derecho, contra todo sentido de equidad y justicia. Esos cuatro años, se disminuirán en 1988 a sólo dos años, con lo que se prueba que el fenómeno de la ruptura de los principios se agrava progresivamente con el tiempo y el deterioro de la familia se agudiza cuando se va por el torcido camino de desconocer la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

En 1966 se dictó la Ley Notarial, de mucha trascendencia en materia civil y comercial.

La Junta Militar emprendió en numerosas e importantes reformas del Derecho Comercial. En 1963 se dictaron las leyes de Prenda Comercial, de Cheques, de Venta con Reserva de Dominio, de Títulos de Crédito y de Compañías Financieras. Al año siguiente se formuló la Ley de Compañías, que con diversas modificaciones fue codificada en 1967. Desde el mismo año 64, se dictaron regulaciones sobre los Capitales Extranjeros, en cumplimiento y aplicación de los Convenios de Integración (Acuerdo de Cartagena). En 1968 se dio la Ley de Almacenes Generales de Depósito. Este cúmulo de importantes innovaciones harían necesaria una nueva codificación del Derecho Comercial, pero aún no se ha realizado este anhelo.

Los juristas

La observación hecha en el capítulo anterior sobre la multiplicación de los escritos valiosos de muchos juristas, se aplica con mayor razón a este período en el que se incrementaron notablemente la edición de libros y revistas sobre Derecho. Sería larguísima la lista completa de autores de verdadera valía, y con temor de omitir algunos, sin embargo, no puedo dejar de mencionar a los que parecen más destacados.

En materias de Derecho Procesal, civil y penal, los Doctores Juan Isaac Lovato, Andrés F. Córdova y Víctor Lloré Mosquera indiscutiblemente fueron quienes realizaron obras de mayor prestancia.

Los doctores Teodoro Alvarado Garaicoa, Manuel de Guzmán Polanco, Julio Tobar Donoso, Antonio Parra Velasco, Jorge Pérez Concha, Rafael Euclides Silva y José María Velasco Ibarra son las figuras máximas en el plano del Derecho Internacional de este tiempo.

En el Derecho Constitucional y Administrativo, destaca el Dr. Ramiro Borja y Borja, y también son notables las obras del Dr. Guillermo Bossano, del Dr. Aurelio García y del Dr. Humberto García Ortiz.

En el Derecho Civil destacan el Dr. Alfredo Pérez Guerrero, el Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río, el Dr. Víctor Hugo Bayas Valle, el Dr. René Bustamante Muñoz, el Dr. Alejandro Ponce y Carbo.

Muy importantes obras de Derecho laboral debemos a los doctores Luis Jaramillo Pérez, Aníbal Guzmán Lara, Isabel Robalino Bolle, Carlos Vela Monsalve. Y más específicamente sobre asuntos del Seguro Social, a Jaime Barrera, Hugo Muñoz y Hugo Valencia.

Las cuestiones comerciales tal vez han sido las más tratadas en estos años y entre todas las obras, merecen especial mención las del Dr. Esteban Amador Baquerizo y las del Dr. Ricardo Cornejo.

Además de las publicaciones oficiales de Actas del Congreso, Leyes y Decretos, Mensajes, etc. tienen trascendencia los Boletines Jurídicos de la Comisión Legislativa Permanente en los que se publican los informes de los codificadores, que constituyen una fuente de primera importancia para la interpretación de la ley.

La Gaceta Judicial se siguió publicando con regularidad y, además de las sentencias, hay algunos números que traen valiosos alegatos jurídicos de algunos ya consagrados Abogados como Luis Felipe Borja, Alejandro Ponce y Borja, Víctor Manuel Peñaherrera, etc.

En este tiempo se funda la Corporación de Estudios y Publicaciones, que ha editado 46 números de la Revista de Derecho, con variadísimos autores y artículos, que constituyen en su conjunto una verdadera enciclopedia jurídica. También emprendió en la publicación de las leyes y códigos, con especial autorización dada por la Asamblea Nacional, en diez volúmenes de mil páginas, con un sistema de hojas móviles que se mantuvo durante veinte años, dando así un invalorable servicio a los abogados para mantener al día sus fuentes legislativas. Igualmente, emprendimos en la publicación de resúmenes de las sentencias de la Corte Suprema (consultándolas todas, no sólo las publicadas) y han aparecido así hasta ahora 42 volúmenes. Se suman a estos servicios, el de Índices de la legislación: una obra en cuatro volúmenes abarca desde 1822 hasta 1985 y se

complementa con anexos que aparecen cada año. Y, finalmente, numerosos libros de doctrina jurídica. Se trata, pues, de una corporación de enorme vitalidad y que presta servicios con una constancia no vista aún en nuestro país.

Las publicaciones de Revistas de las Universidades Central, de Guayaquil, de Cuenca, Loja y Católica de Quito, contienen igualmente, en este período muy valiosas contribuciones al saber jurídico. La Revista Forense tuvo un renacimiento, pero no duró mucho. Los Boletines del Instituto Nacional de Previsión contienen una infinidad de artículos valiosos sobre su materia especializada. También han aparecido revistas especializadas en Derecho Penal y Criminología, pero desgraciadamente sin la continuidad que sería de desear.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

VIII. PERÍODO DE DICTADURAS (1972–1978)

Características generales

La explotación del petróleo de la zona amazónica abrió perspectivas inusitadas de desarrollo económico: por primera vez en la historia el Estado contó con recursos de cierto volumen y toda la economía del país recibió una inyección de vitalidad. Las aspiraciones de progreso de todos los rincones de la patria y de todas las clases sociales se dejaron sentir en forma de reclamaciones, paros, huelgas y amenazas. La moneda, que se había mantenido con cierta estabilidad durante más de dos décadas, inicia un proceso de rápida desvalorización. El Gobierno, contando con los futuros recursos petrolíferos no tiene temor de endeudarse y se consiguen préstamos con una facilidad antes no experimentada. Los cambios económicos profundos reclaman cambios políticos y sociales en igual sentido. El Dr. Velasco no supo gobernar en el marco de la Constitución de 1967 y se declaró Dictador poniendo en vigencia la Carta de 1946. Poco antes de terminar los cuatro años de su quinto gobierno fue obligado a renunciar y se apoderó de la Presidencia el General Guillermo Rodríguez Lara (1972-76). Este fue reemplazado por la Junta Suprema de Gobierno integrada por los Comandantes de las Armas de Ejército, Marina y Aviación. Ante la presión ciudadana, se vieron obligados a abrir un nuevo cauce para la democracia, sometiendo a consulta popular dos proyectos de Constitución. Aprobado por el sufragio uno de ellos, se reunió el Congreso y poco antes entró en funciones el Presidente elegido por la Nación, Jaime Roldós Aguilera. Así transcurrieron siete años de gobiernos dictatoriales que trataron de modernizar el país y legislaron con excesiva abundancia.

No sólo en esta época, pero en ella más que nunca, se confió en demasía en el poder transformador de las leyes: se pensó ingenuamente que los grandes problemas del país se resolverían mediante nuevas leyes. El desencanto no tardó en producirse al constatar que muy poco cambiaba la situación económica, social, cultural y general del pueblo por las simples reformas legales.

En algunos aspectos, en vez de mejorar se puede hablar de un deterioro social: un afán de rápido enriquecimiento, paralelo al progreso material del país y al crecimiento de los gastos públicos, ha dañado profundamente la moral. Se han multiplicado los casos de enriquecimiento ilícito y la comisión de múltiples delitos. El gasto desmedido, tanto público como privado ha estimulado estas graves desviaciones.

Por otra parte, el país ha salido de su condición de miseria generalizada y grande atraso, progresando notablemente en materia de vías de comunicación, servicios públicos de agua, electricidad, canalización, salud, educación, deportes, etc.

Pero el progreso no ha podido llegar simultáneamente a todas partes y ha comenzado, como era razonable, por las grandes ciudades, originándose el problema de la inmigración del campo hacia ellas. Los campesinos van a Quito y Guayaquil en busca de trabajo y de mejores condiciones de vida, creciendo desmedidamente estas ciudades, en las que los inmigrantes no encuentran lo que buscaban y muchas veces viven más miserablemente que en el agro.

Los nuevos recursos del Estado se gastan para "sembrar el petróleo", o sea para originar nuevas fuentes de producción. Se emprende en grandes proyectos hidroeléctricos, que han tardado demasiado en concluirse, en mejoramiento de carreteras y puertos, en construcción de edificios para hospitales, escuelas, ministerios y en dotación de servicios. Pero paralelamente crece demasiado la burocracia y se convierte en pesada carga para la nación. También hay un fuerte gasto en compra de armas costosas: aviones de combate, naves de guerra, tanques etc.

El Derecho Público

Aunque nos estamos refiriendo a un paréntesis en la vida constitucional del Ecuador, hay que destacar que los gobernantes pretendieron y declararon vigente una Carta Política, primero la de 1946 y luego la del 45, "en cuanto no se oponga a los objetivos del Gobierno de las Fuerzas Armadas" decían en el segundo caso. De todas maneras, se expresa la voluntad de regresar al régimen de pleno derecho y de regular de alguna manera los actos de gobierno. Hay que reconocer que los magistrados respetaron los derechos humanos y que las garantías cívicas casi no sufrieron desmedro. El acontecimiento más violento y lamentable consistió en la deportación al Paraguay de un grupo de ocho o diez dirigentes políticos; pero este atropello censurable fue prontamente reparado: a los ocho días el gobierno envió un avión para que retornaran a la patria los desterrados. Los medios de comunicación actuaron con libertad, salvo algún incidente aislado. El pueblo manifestó en todo momento la impaciencia por el restablecimiento del régimen constitucional, y fueron estas presiones las que finalmente obligaron a la Junta Militar a entregar el poder. Lo brevemente relatado demuestra que en el Ecuador se ha enraizado fuertemente el respeto por el régimen de derecho y se aspira a vivirlo sin alteraciones.

Ya en 1971 se comenzó a preparar el retorno a la constitucionalidad con la expedición del Estatuto Nacional Plebiscitario, que se transformó en la Ley para el

Referéndum el 77, con ésta se verificó la consulta popular que determinó la vigencia de la actual Carta Política.

Los gobiernos militares se propusieron cortar por lo sano los brotes de terrorismo que se habían insinuado en nuestro país. Sin duda el ejemplo y el influjo de los grupos marxistas muy activos en Colombia y en Perú, en donde el fenómeno de la violencia ha llegado a límites increíbles, influyeron para que también aquí se produjeran algunos lamentables crímenes. Esto llevó a la promulgación de la Ley de Seguridad Nacional el 12 de abril de 1976, que trata de prevenir esos atentados contra el orden público y los derechos de los ciudadanos y del país. También se introdujeron reformas en el Código Penal, sancionando más severamente los delitos contra la seguridad, en 1974. Otras reformas al Código Penal se refieren a nuevos delitos como los de estafas con pretexto de construcción de viviendas populares, atentados contra los derechos humanos (1977) o discriminación racial (1978). Las reformas que agravaban las penas aumentando el máximo de privación de la libertad de 16 a 25 años, fueron derogadas por la Asamblea Constituyente.

Se ensayaron diversas reformas al Procedimiento Penal, para hacer más rápida, inmediata y eficaz la administración de justicia y se realizó nueva codificación del Código de Procedimiento Penal (1971).

Los afanes de reforma se expresaron en innumerables cambios estructurales de la Administración Pública: se crearon y suprimieron Ministerios, Direcciones Generales, Oficinas, etc. La Ley de Régimen Administrativo se modificó profundamente en reiteradas oportunidades. También se intentó centralizar algunos servicios que estaban dispersos a cargo de muchas Juntas locales, para agua potable, alcantarillado, caminos vecinales, etc. y que fueron suprimidas.

Para evitar los abusos económicos de los funcionarios la ley estableció, en 1972, que deberán hacer declaración jurada de sus bienes al entrar y al salir de sus cargos.

En 1973 se creó la Inspección General de la Nación, para controlar el correcto proceder de la Administración.

El mismo año se elevó a Provincia la circunscripción de las Islas Galápagos.

Otras leyes administrativas importantes fueron: la que creó la Corporación Estatal Petrolera (CEPE) en 1971, y el mismo año, la Ley de Hidrocarburos; la de Capacitación Profesional (SECAP) 1978, la que creó la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica (1979); la nueva Ley Orgánica de Aduanas y sus múltiples reformas; Ley Orgánica de Educación (1970), Ley de Aviación Civil (1974), el Código Aeronáutico (1978); nueva Ley de Patrocinio del Estado (1971); mu-

chas reformas a la Ley de Régimen Monetario durante todo el período; Ley de Desarrollo y Fomento Pesquero (1972); la de Fomento Minero (1974); Codificación de la Ley de Marcas de Fábrica (1976); Ley de sensores remotos (1977); Ley General de Puertos y de Régimen Portuario (1976); Ley de Estadística del mismo año, así como la de Licitaciones y Concursos de Ofertas. Se puede apreciar que los más variados aspectos de la producción fueron objeto de la actividad legislativa.

En materia Fiscal fue importante la supresión de numerosos impuestos locales, el establecimiento de los abonos tributarios a favor de las exportaciones (leyes de 1977 y 79), la Ley Orgánica de Administración Financiera; la de la Corporación Financiera Nacional (77)

La Ley de Registro Civil tiene importantes aspectos que interesan al Derecho Civil, otros al Administrativo y a la Función Electoral; fue nuevamente formulada en 1976.

Sobre Educación, fue importante la Ley de Educación Superior de 1971, que rigió hasta la expedición de otra en 1982, con el nombre de Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas. En este período se crearon numerosas Universidades públicas y privadas.

Una nueva Ley de Servicio Militar Obligatorio se expidió en 1977 y se reformó el 79. Igual cosa sucedió con la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas y la Policía tuvo en 1978 su Ley Orgánica y de Personal .

Lo Internacional

El año 71 se dictó una Ley de Inmunidades y Franquicias Diplomáticas. La Ley del Servicio Exterior fue varias veces reformada, generalmente sobre asuntos que miran a las negociaciones de índole económico.

Muy numerosos Convenios se firmaron o se ratificaron durante este período, entre los cuales destacamos los siguientes: Convenio Andrés Bello de integración cultural de los países Bolivarianos (1971); el "Simón Rodríguez" de integración socio-laboral de los mismos, ratificado el 75; el "Hipólito Unanue, igualmente, sobre salud; sobre utilización de satélites artificiales (1975); castigo a la discriminación racial (id),Protección del Ambiente (id).

Especial mención merecen los Convenios suscritos en Panamá en 1975, sobre varios asuntos de Derecho Internacional Privado: letras de cambio, cheques, pruebas judiciales, poderes, exhortos. Estos convenios más los que se celebrarán después en Bolivia, prácticamente renuevan todo el contenido del Código Sánchez de Bustamante, modernizándolo en diversos aspectos.

De mucha trascendencia es el Convenio de Cooperación Amazónica celebrado en 1979, que reafirma los derechos del Ecuador en el Gran Río.

Igualmente son de gran importancia las Convenciones suscritas en la Organización Internacional del Trabajo que en gran número han sido ratificadas por el Ecuador y que perfeccionan nuestro Derecho Laboral.

En 1978 se celebró una Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional y otra sobre derechos de los apátridas. Al año siguiente, la que acepta la Ley Uniforme sobre testamento internacional.

En 1976 se dictó la Ley de Naturalización.

El mismo año se firmó el Convenio de Bruselas sobre no contaminación del mar. Y también un Convenio con Suecia sobre adopción de menores.

Muchísimos otros tratados de índole comercial, sobre visas, reconocimientos de títulos, etc. se celebraron y ratificaron en estos años. Uno de especial importancia fue el celebrado con la Santa Sede en 1978, por el cual se crea el Vicariato Castrense, para la atención religiosa del personal católico de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, aunque solamente fue aprobado ya en la época constitucional y ratificado en 1982. Este Convenio afianza el derecho de libertad religiosa y rompe los antiguos estrechos y sectarios esquemas de un mal entendido laicismo; permite que los ciudadanos católicos que sirven bajo las armas, tengan la adecuada atención religiosa si lo desean. El Convenio completa y perfecciona el régimen de relaciones entre Iglesia y Estado instaurado en 1937 con el Modus Vivendi.

Lo social y laboral

La Ley de Fomento de la Artesanía y Pequeña Industria de 1970 (con antecedentes de 1965) trató de impulsar este sector de la producción; fue varias veces reformada y se codificó en 1973.

También en 1970 se reemplazó el Instituto Nacional de Previsión por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que fundía las dos antiguas Cajas de Pensiones y del Seguro. Al año siguiente se estableció la obligatoriedad de la afiliación al Seguro Social de los trabajadores de la construcción. En 1972 se establece la obligatoriedad de la jubilación al cumplirse 40 años de aportaciones, esta norma fue más tarde derogada (82). En 1973 se estableció la décimo cuarta pensión jubilar, de modo paralelo al décimo cuarto sueldo de los trabajadores activos. En 1975 se decreta la Bonificación complementaria. El 76, se ordena que los trabajadores nombren representantes en los directorios de varios institutos públicos. Este año se dicta el Código de Seguridad Social y se introducen

reformas al del Trabajo sobre despido intempestivo. Una nueva codificación del Código del Trabajo aparece en 1978. También hubo varias reformas sobre la participación de utilidades por parte de los trabajadores, tendiendo a ampliar su cuota. Ya hemos mencionado los numerosos Convenios suscritos en la Organización Internacional del Trabajo que refuerzan las normas jurídicas en favor del trabajador.

Se codificó la Ley de Organizaciones y Régimen de Comunas en 1976.

En 1970 se eliminó el trabajo y tenencia precaria de la tierra, en cualquiera de sus formas, siendo las más usuales en la Sierra el huasipungo y los derechos de "arrimados" y de "partidarios" y en la Costa, los sembradores o finqueros.

Una nueva Ley de Procedimiento Agrario se expide en 1971 y en 1973 la de Reforma Agraria, que luego de muchas reformas, se codifica en 1979 y finalmente es reemplazada en 1994 por la Ley de Desarrollo Agrario.

El Derecho Privado

Muy activa estuvo la legislación en materia bancaria: se regularon la creación, funcionamiento y control de estas instituciones, considerando el caso de los bancos nacionales y los extranjeros. Se estableció que la Junta Monetaria fije el interés de los préstamos, mediante Resoluciones.

Se dictaron leyes de Compañías Consultoras, de Seguros, de Predios Rurales, y otras de similares materias, casi todas en 1976.

Se codificó la Ley de Marcas de Fábrica en 1976.

En materia civil tenemos especialmente: el Código de Menores de 1976, la Ley de Registro Civil del mismo año y la de Derechos de Autor, igualmente. La Ley de Aguas de 1972, que cambia sustancialmente el sistema ya que se estatiza este elemento y se conceden únicamente derechos de aprovechamiento de aguas.

La Ley de control de precios y calidad es de 1977.

Numerosas reformas al Código de Procedimiento Civil se dictan durante estos años.

En 1978 se dispone que pueden ser adoptados los que no han cumplido 21 años, a pesar de que desde los 18 ya son mayores de edad a partir de la reforma de 1970.

Los juristas

Entre el número creciente de distinguidos abogados que han publicado libros o artículos jurídicos, mencionaré siquiera unos pocos:

Sobre cuestiones constitucionales, el Dr. Rodrigo Borja Cevallos, el Dr. Milton Alava Ormaza, el Dr. Gil Barragán, Dr. Hernán Salgado, Jacinto Velázquez y el Dr. Alejandro Ponce Martínez.

Sobre Derecho Internacional: el Dr. Luis Valencia Rodríguez, el Dr. Galo Leoro Franco, Dr. Mario Gómez de la Torre, Dr. Fernando Pavón Egas, Dr. Jorge Villacrés Moscoso y Dr. Galo Pico Mantilla.

Los derechos del Ecuador a su territorio han sido defendidos en escritos de muchos internacionalistas de este país y extranjeros, entre los primeros hay que destacar a Julio Tobar Donoso, Jorge Villacrés Moscoso, Alfredo Luna Tobar, Jorge Salvador Lara, Gonzalo Escudero, Rafael García Velasco, Julio Prado Vallejo, Antonio Parra Velasco y Rafael Euclides Silva. Además, hay importantes publicaciones oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Sobre Derecho Penal, han publicado importantes obras el Dr. Jorge Zavala Baquerizo y el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, que escribirá sobre todo en el próximo período; Jorge y Ricardo Cornejo Rosales.

En materias comerciales y civiles destacan los Doctores Galo García Feraud, Jorge Egas Peña, Luis Tobar Ribadeneira, Alejandro y Enrique Ponce Carbo, Julio Corral Borrero, Juan Páez Terán, Rodrigo Crespo Fabara, César Coronel Jones, José García Falconí, Leonardo Rivas Cadena, Juan Falconí Puig, Carol Geiger (éste sobre múltiples materias), Miguel Macías Hurtado y muchos más.

Ha continuado publicándose la Gaceta Judicial y la actividad de la Corporación de Estudios y Publicaciones se ha traducido en la edición de numerosas obras jurídicas y las leyes y jurisprudencia puestas al día. El Repertorio de Jurisprudencia llega ya a los 42 volúmenes.

La producción jurídica en el Ecuador se puede calificar de abundante. Dada la reducidísima población llama la atención el número de libros y artículos de Derecho; en mi Bibliografía Jurídica he catalogado 6.319 hasta el año 1993, y sin duda existen más obras que no he logrado descubrir. No ha habido gran originalidad, y es muy difícil que la haya en estas materias, pero no faltan estudios profundos, serios, bien documentados. A veces la polémica política ha oscurecido el pensamiento y algunas materias no se han estudiado con la debida imparcialidad, pero estos son defectos humanos casi imposibles de evitar.

En cuanto a los estudios universitarios para los hombres del foro, hay que señalar que se han multiplicado las Escuelas de Derecho en diversos lugares de la República. Desde hace unos años, década del sesenta, se exige menos a los estudiantes: muchos no llegan al doctorado y se contentan con el título de Abogado, que no requiere elaboración de una tesis; esto ha contribuido a bajar un tanto el nivel de los estudios. También la supresión del requisito de examen de ingreso a las universidades ha facilitado su crecimiento desmedido, la masificación y un deterioro de la calidad académica.

Introducción a lo que sigue

Como se podrá apreciar a lo largo de este breve relato histórico, tres han sido los grandes problemas que incidieron en la vida jurídica: el problema político que se traduce en la formulación de las 19 Cartas Constitucionales; el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado; y el de la defensa de nuestro patrimonio territorial, amenazado por los vecinos. Dada la importancia de estos asuntos, parece conveniente tratarlos con unidad y algo más de detenimiento, a pesar de que se ha hecho referencia a ellos en los capítulos anteriores; por esta razón, se desarrollan a continuación los respectivos capítulos sobre estas tres materias.

IX. HISTORIA DEL TERRITORIO

La actual República del Ecuador se asienta en el territorio del antiguo Reino de Quito, cuyos orígenes se hallan en las primeras organizaciones políticas de los indígenas y se consolidó por el establecimiento del gobierno de la Corona de Castilla mediante la Audiencia de Quito. La extensión de este territorio varía con el tiempo, como han cambiado todos los estados del mundo, por efecto de hechos jurídicos y militares; esta evolución se puede estudiar en tres épocas históricas: la colonial, la de la Gran Colombia y la del Ecuador independiente.

Época colonial

No actuaron arbitrariamente los conquistadores españoles, sino que se sometieron a disposiciones de los reyes que los enviaban como "adelantados", a tomar posesión de las tierras que descubrían y sometían a obediencia. Muchas veces se firmaban capitulaciones o contratos por los cuales un explorador obtenía del rey la concesión de un territorio que se procuraba determinar, aunque fuere vagamente, dadas las escasas noticias geográficas. Otras veces, un capitán o teniente era enviado por el conquistador principal, a tomar posesión de ciertas regiones, tal es el caso de Sebastián de Benalcázar enviado por Francisco Pizarro para conquistar el Reino de Quito.

Los cronistas relatan las primeras noticias llegadas a los españoles del Reino de Quito, y las primeras exploraciones, primero de las costas de las actuales provincias de Esmeraldas y Manabí, luego de Guayas y Tumbes y, finalmente, la expedición de Benalcázar, por la Sierra, llegando hasta la fundación de Quito cerca de la laguna de Cajabamba y su traslado al actual emplazamiento el 6 de diciembre de 1534. De esta manera quedó conquistado el Reino de Quito, cuya existencia anterior se confirma por los testimonios de los cronistas.[1]

Transcurrido muy poco tiempo, en 1543 el Gobernador del Perú Vaca de Castro en ejercicio del patronato, señaló los límites del Obispado de Quito, que debía coincidir con los del territorio del antiguo Reino de Quito. Esos límites fueron confirmados por la Bula del Papa Paulo II en 1545, quien erigió el Obispado de Quito, que comprendía desde la bahía de San Mateo, al norte de la costa, hasta " los términos de Piura" al sur, y se mencionaba en el oriente a Bracamoros y

[1] Cfr. Larrea, Carlos Manuel: La Real Audiencia de Quito y su Territorio. 2a. ed. Ministerio de Relaciones Exteriores, Quito, I987. 152 pp.

Guambaconas. Naturalmente, no se definen con detalle los límites, ya que se trataba de regiones muy poco conocidas aún.[2]

La creación de la Audiencia de Quito en 1563, constituye el título jurídico decisivo para el derecho territorial de esta región. En este documento real se mencionan las ciudades o, como diríamos hoy " provincias", que comprendía: Quito, Loja, Cuenca, la Zarza, Guayaquil, Jaén, Valladolid, Zamora...estas últimas en la región oriental. Se excluían por el sur: Paita, Piura, Cajamarca, Moyobamba y Motilones, que están al sur del Amazonas. De este modo, quedaban incluidas en la Audiencia de Quito Tumbes, Jaén y Mainas.

Es importante el hecho de que además del territorio "actual", la circunscripción política de la Audiencia se extiende, según la cédula, a "lo que descubriere y conquistare" hacia el oriente, que era todavía poco conocido.

Efectivamente, desde Quito partieron expediciones de descubrimiento, conquista y colonización hacia la zona amazónica. Entre otros, Gonzalo Díaz de Pineda llega hasta el río Coca en 1538. Gonzalo Pizarro y Francisco de Orellana, con un buen grupo de vecinos de Quito y más de mil indios de esta tierra, entran al oriente y Orellana baja por el Napo y descubre el Amazonas, lo recorre en toda su extensión y cruza el Atlántico para dar cuenta al rey del formidable descubrimiento.

Pedro de Vergara, Juan Porcel, Hernando Benavente, Gil Ramírez Dávalos y otros, descubren diversas regiones de nuestro Oriente amazónico y fundan ciudades como Baeza y Zamora. La más amplia exploración y conquista fue realizada por el Capitán Juan de Salinas en 1566, habiendo obtenido el reconocimiento de su adquisición por parte del Virrey del Perú Marqués de Cañete. Por la cédula de 1571 se le concedió por dos generaciones la Gobernación y Capitanía General de Yaguarzongo y Pacamoros, en donde fundó varias ciudades como Valladolid y Santiago, luego destruidas por los salvajes y refundadas por nuevos conquistadores quiteños. Simón de Carvajal en 1591 exploró la región de Mainas y fundó pueblos.

La Audiencia de Quito fue una jurisdicción político–administrativa que aunque dependía teóricamente del Virreinato de Lima, funcionó con amplia autonomía, y no podía ser de otra manera, dada la inmensa distancia y la falta total de vías de comunicación. Sin embargo, para el buen gobierno de esta zona, a veces se dispuso que tal o cual sector de la administración esté sometido al Virreinato, como sucedió con Guayaquil por breve tiempo, o con Mayas, para los efectos

[2] El Dr. Alfredo Luna Tobar ha publicado una amplísima bibliografía sobre el Derecho Territorial Ecuatoriano en 1995, y él mismo es autor, en colaboración con el Dr. Julio Tobar Donoso, del libro Derecho Territoral Ecuatoriano, la ed. 1979, que recoge magistralmente los diversos argumentos y documentos sobre la materia.

religiosos exclusivamente. Estos entrecruzamientos de jurisdicción en nada alteraron los límites de la Audiencia, que continuó también llamándose Reino de Quito. Aún la momentánea supresión de la Audiencia de 1717 a 1720 no modificó el territorio, el mismo que volvió a ser gobernado por la Audiencia restablecida y aún con mayores facultades, puesto que se le dio la categoría de Pretorial, además de Togada.

La cédula real de 1740 confirmó los derechos territoriales de la Audiencia, aunque los disminuyó un tanto en su extensión al sur del Amazonas, en el río Ucayali que había sido explorado por Juan de Salinas, pero que quedó desde 1740 bajo la jurisdicción de Lima. La Audiencia con estos nuevos límites figura en el mapa de Francisco de Requena del año 1779. Conforme a éste, abarca los territorios de Tumbes, Jaén y Mainas.

Los linderos de la Audiencia hacia el oriente no fueron nunca claramente determinados, porque según la cédula de creación y según los principios de Derecho Internacional vigentes en la época, debía extenderse hasta donde llegaran los descubrimientos. Por su parte, los portugueses subieron progresivamente por el Amazonas y los principales afluentes, hasta encontrarse con los dominios españoles, lo que originó diversos incidentes. El 1 de octubre de 1777 se celebró el tratado de San Ildefonso entre España y Portugal según el cual el dominio portugués avanza hasta la desembocadura del Yapurá (continuación del Caquetá) en el Amazonas; hasta ese punto llegaba, por tanto la Audiencia de Quito. Buena parte de este inmenso territorio en la hoya amazónica fue recorrido por misioneros quiteños, quienes evangelizaron a las tribus allí existentes, las redujeron a la vida sedentaria, en aldeas y pueblos que fundaron en nombre del rey y para la Audiencia de Quito.

Ya en vísperas de la Independencia, la cédula de 1802 creó el Obispado de Mainas y lo puso bajo la dependencia del Arzobispado de Lima; junto con la jurisdicción eclesiástica, debía estar la militar, conforme al criterio imperante en la época. Esta cédula ha sido el fundamento de la reclamación peruana respecto de un amplio sector del territorio de Quito. La cédula, sin embargo, no desmembró el territorio ni siquiera varió la jurisdicción ordinaria, sino que únicamente se refiere al gobierno eclesiástico. Por otra parte, la cédula ni siquiera llegó a ejecutarse por los acontecimientos de la independencia. Tan carente de valor fue esta cédula, para los efectos territoriales, que el Perú no la alegó durante cincuenta años mientras ya se discutían los límites entre Colombia y Perú, y después entre Ecuador y Perú.

La cédula de 1802, además de no desmembrar territorios, no constituye un nuevo gobierno o jurisdicción territorial, por esto mismo, no señala propiamente límites territoriales; se refiere más bien al servicio, a la misión religiosa y por esto indica que el nuevo Obispado llegará " hasta donde dejan de ser navegables

el Amazonas y sus afluentes", pensando sin duda que los misioneros podrían subir por dichos ríos, en su afán evangelizador. La fórmula usada manifiesta claramente que no se trata de una delimitación, ya que la navegabilidad de los ríos no es un criterio cierto ni estable sino que más bien cambia según las estaciones, las lluvias, etc. Por esta razón la cédula no figura en las recopilaciones de documentos oficiales civiles sino entre los documentos eclesiásticos. Confirma esto mismo el que los mapas posteriores siguen incluyendo Maynas en el territorio del Reino de Quito.

El proyectado Obispado de Mainas no pudo funcionar, porque iba contra toda la práctica de dos siglos: los misioneros salían de Quito y eran protegidos, costeados y ayudados en todo por el gobierno civil y eclesiástico de esta ciudad. Así se produjo el abandono de las misiones y en 1821 el rey trató de remediar el mal ordenando al Jefe Político de Quito que prestara toda atención a esas regiones que "existen en el distrito de su mando"; es decir, que se reconocía por el mismo rey, que no se había cambiado ni el distrito ni el mando.

Similar fue el caso de Guayaquil, que por cédula de 1803 quedó bajo la dependencia militar de Lima. Esta provincia menor siguió siendo parte del distrito de la Audiencia de Quito, no se desmembró de su territorio, pero, para los solos efectos militares pasó de la dependencia del Virreinato de Bogotá al de Lima. La plena conservación de los derechos del Reino de Quito sobre Guayaquil ha sido reconocida por dos siglos de historia posterior y de igual manera debería admitirse que Maynas no se perdió para Quito, por la cédula de 1802, en todo semejante a la de 1803 para Guayaquil. La cédula real de 1819 declaró con energía que debía aplicarse "lo dispuesto en las leyes" y reconocer así que Guayaquil seguía siendo parte de la Audiencia de Quito. No hay mejor intérprete de la ley que quien la ha hecho.

En conclusión, durante todo el período colonial se afianzó la personalidad del antiguo Reino de Quito, constituido en Audiencia, tuvo su propio territorio claramente determinado por múltiples cédulas reales y ejercitó sobre él la jurisdicción política, administrativa, militar y eclesiástica -con desmembramientos parciales y momentáneos, que no afectan al derecho-, y realizó en ese territorio la grande y admirable obra descubridora, civilizadora y evangelizadora que nadie puede negar. Este territorio comprendía en el oriente, Mainas y otras provincias menores como Sucumbíos, Quijos, Canelos, Xíbaros, Yahuarzongo y Bracamoros; en la Sierra, abarcaba hasta la provincia menor de Jaén y en la Costa, hasta Tumbes inclusive. El Reino de Quito descubrió y colonizó la zona amazónica y fue dueño de este río, que llevó también el nombre de río de San Francisco de Quito, y aún de territorios al sur del mismo.

La época de la Gran Colombia

Los movimientos emancipadores estallan en Sudamérica en los años 1809 y 1810 en casi todas las Audiencias. Quito se adelantó proclamando la independencia el 10 de agosto de 1809, y después de reveses militares y fusilamiento de muchos patriotas, se reunió una Asamblea con representantes de las provincias que componían Quito para dictar la primera Constitución. Esta fue aprobada en enero de 1812, y consagraba el principio del "uti possidetis iuris", esto es, que el nuevo Estado comprendía el territorio de la antigua Audiencia de Quito, sin que pudiera variarse ni en más ni en menos.

Cuando Guayaquil se emancipa, el 9 de octubre de 1820, decide esperar a que se produzca la plena independencia de Nueva Granada y de Perú, para adoptar una resolución sobre su adscripción a uno de estos países. Y, siguiendo la inspiración de Bolívar, el 31 de julio de 1822 la Asamblea reunida en Guayaquil resolvió la "restitución" de la provincia a Colombia, es decir, mantener el derecho vigente y reconocerlo expresamente.

El principio del "uti possidetis iuris", fue adoptado por los diversos nuevos Estados que se independizaron por aquellos años. Este fue el principio igualmente sostenido por los grandes Libertadores: Bolívar, San Martín, O´Higgins, Artigas. Fue el principio sentido y admitido por los pueblos de modo espontáneo y no podía ser de otra manera, puesto que era razonable respetar los vínculos creados por la historia durante varios siglos. Este principio de Derecho Internacional ha servido para resolver los problemas limítrofes y para la celebración de tratados entre varios países, como entre Perú y Bolivia o entre Colombia y Venezuela o entre Argentina y Chile. Es, pues, una regla del Derecho consuetudinario, que obliga a todos.

En mayo de 1821 Jaén proclamó su independencia y se puso bajo la protección de San Martín. Este hecho ha sido interpretado por el Perú como un acto de autodeterminación para unirse al Perú. Pero nada más inexacto: el Perú aún no estaba liberado y Lima estaba sujeta al poder español; la protección de San Martín no significaba otra cosa que acudir a quien podía defender la autonomía de la provincia menor. Sin embargo, de modo arbitrario, el gobierno de Trujillo ordenó que en Jaén se hicieran elecciones de diputados para el congreso del Perú, lo que ocasionó la protesta de Colombia cuyo derecho sobre Jaén se estaba desconociendo; envió a Lima a Joaquín Mosquera con la misión celebrar un tratado que fijara claramente los límites, pero el gobierno peruano evadió el asunto alegando no tener poderes para el efecto.

El año siguiente, pretendió el Perú que también Mainas y Quijos nombraran diputados ante su congreso, lo cual fue igualmente rechazado por Colombia. En esta oportunidad el Perú no alegó la cédula de 1802, lo cual demuestra que tenía

conciencia de su ineficacia en materia territorial. Finalmente se llegó a firmar el tratado de 1822 que reconoce el principio del uti possidetis referido al año 1809: lo que poseían los Virreinatos de Perú y Nueva Granada. El congreso del Perú aprobó el tratado, pero no el de Colombia, porque no fijaba expresamente la línea demarcatoria. De todos modos, ambas repúblicas habían aceptado el principio del "uti possidetis", esto es lo importante.

En 1824 los pobladores de Jaén manifestaron su voluntad de reintegrarse a Colombia, y el Ministro peruano Unanue declaró que estaba sorprendido de que Jaén aún estuviera bajo la jurisdicción peruana, puesto que realmente pertenecía a Colombia, como él mismo lo había hecho constar en la "Guía" que publicó en 1793. Esto demuestra que el Ministro Unanue, de reconocida sabiduría, no daba importancia a la cédula de 1802 en cuanto al territorio. El Perú, sin embargo continuó en posesión ilegítima de esta provincia. Dos años más tarde convocó nuevamente a elecciones en Jaén y en Mainas pero "solo en esta banda del Marañón", es decir, al sur del río. Colombia protestó por estos atropellos y la renuencia del Perú a reconocer efectivamente el derecho, provocó la guerra entre los dos Estados.

Después de la victoria de Tarqui, se firmó el tratado de Girón, en el que, según declaró Sucre, como la victoria no crea derechos, solamente se reconoció la situación anterior: que los límites entre Colombia y Perú, eran los mismos de 1809, debiendo hacerse mutuas "pequeñas concesiones", para que fueran más claros y seguros. El Perú se resistió sin embargo a desocupar Guayaquil, que había invadido y solamente lo hizo obligado por nueva victoria de las armas de Colombia.

Se realizaron las conversaciones diplomáticas en clima de total libertad y paz en Guayaquil, hasta llegar a la firma del tratado de 1829 que reconoce una vez más la validez del "Uti possidetis iuris" de 1809, según el cual se debía señalar la línea demarcatoria. Se obligaron las partes a este señalamiento a partir de 40 días y en un máximos de seis meses. Sin embargo, el Perú no cumplió esta obligación solemnemente aceptada y ratificada por su congreso: los representantes peruanos no se presentaron jamás para la fijación de la frontera. Esto obligó a Colombia a emprender en nuevas negociaciones que culminaron en el Protocolo Pedemonte-Mosquera, celebrado en Lima el 11 de agosto de 1830, el cual simplemente aplica el Tratado de Guayaquil señalando con precisión la línea que no se había fijado en el terreno por el incumplimiento peruano. Esa línea iba por el río Tumbes y el Marañón, debiéndose continuar entre los dos, sea por el Huancabamba (más al sur) o por el Chinchipe (más al norte), lo cual se deja al arbitrio de Colombia.

El Perú ha querido inútilmente impugnar este Protocolo, alegando hasta su autenticidad, a pesar de las múltiples referencias que sus propios diplomáticos han

hecho respecto del Protocolo. Ha sido una circunstancia desfavorable al Ecuador el no tener desde el principio el documento, que se guardaba en Bogotá y cuya copia auténtica nos fue negada largo tiempo por el vecino del norte.

Durante el período Grancolombiano el Estado del Sur sufrió también la grave desmembración territorial producida por la Ley de División Territorial de 1824, que adscribió a la Nueva Granada la provincia de Pasto, que pertenecía a Quito, y los territorios orientales entre el Caquetá y el Napo, que igualmente eran quiteños. Ya separado el Ecuador esto originará dos conflictos bélicos en 1831 y 1832, que fueron adversos a las armas ecuatorianas y significaron la consolidación de la posesión de Nueva Granada en dichos territorios ecuatorianos. Los tratados celebrados con Colombia en 1904 y 1916 terminaron definitivamente la disputa, cediendo el Ecuador casi todo el territorio en mención, y devolviendo Colombia, solamente pequeñas zonas en la costa entre los ríos Putumayo y Napo, que se reconocieron como suelo ecuatoriano.

En conclusión, durante el período colombiano el territorio ecuatoriano sufrió disminución arbitraria en su frontera norte y la frontera con el Perú, quedó reforzada por los tratados de 1822, 1829 y el Protocolo Pedemonte Mosquera; todos éstos reconocieron la soberanía de nuestro país sobre Tumbes, Jaén y Mainas, pero el Perú, a pesar de haber ratificado y aún celebrado con júbilo estos tratados, se negó sin razón a cumplirlos, quedando de hecho en posesión de Tumbes y Jaén y de la orilla derecha o sur del Amazonas.

La época de total independencia

El Ecuador se separó de Colombia el 13 de mayo de 1830, aunque declaraba su voluntad de formar una confederación con la Nueva Granada y Venezuela. Esta voluntad soberana de mantener la unidad de la antigua Colombia, en forma de confederación, se reiteró en la Constitución aprobada en Riobamba en setiembre del mismo año, de modo que el nuevo estado se llama " el Ecuador en Colombia". Los vínculos jurídicos con Colombia se rompen definitivamente con la Constitución de Ambato, de 1835. Por tanto, el Protocolo Pedemonte Mosquera (agosto de 1830) se firmó cuando nuestro país aún estaba unido a Colombia. En todo caso, realizada la división, cada parte sucedió en los derechos y obligaciones del todo, conforme a los principios siempre aceptados por el Derecho Internacional.

El Perú pasó una época de convulsión política gravísima y alguno de los gobiernos revolucionarios ofreció al Ecuador un arreglo muy satisfactorio de los límites, pero el Ecuador no quiso aprovecharse de la situación de debilidad del vecino y prefirió esperar. Insistió, sin embargo, nuestro país en que se diera cumplimiento al tratado de Guayaquil de 1829, y el Perú dio respuestas dilatorias una y otra vez, sin ninguna justificación; finalmente, en las negociaciones

tenidas en Quito en 1840, por primera vez, el Perú manifestó abiertamente su voluntad de no cumplir el tratado de Guayaquil, alegando el inconsistente argumento de que el Ecuador era tres veces más pequeño que cuanto lo había sido Colombia y que según los títulos coloniales debía reconocerse Mainas como parte del Perú, mientras que para Jaén alegaba la autodeterminación y para Tumbes el mero hecho de la ocupación. En una palabra, la pretensión peruana careció desde el primer momento de base jurídica aceptable y solamente expresa una voluntad imperialista de conquista injusta.

En nuevas negociaciones realizadas en Lima en 1842 tampoco se llegó a un acuerdo definitivo. Esta vez, el Perú sacó a relucir un nuevo argumento: el de la "conveniencia" para el Perú de retener las zonas ocupadas. Evidentemente no podía ser más débil e insignificante este argumento.

Solamente en 1853, por primera vez, el Perú alega la cédula de 1802 para atribuirse Mainas, y lo hizo para erigir un gobierno militar independiente con el nombre de Loreto. Inmediatamente protestó el Ecuador e insistió en la necesidad de aplicar el uti possidetis iuris de 1809.

Fingió el Perú que había descubierto ese año 1853 la cédula de 1802, pero esto es totalmente falso, puesto que hay una serie de actos oficiales del Perú que se fundan en la referida cédula, como el de nueva instalación del Obispado de Mainas en 1823; esto demuestra que el Perú conocía la cédula y le daba su verdadero valor, el exclusivamente eclesiástico. Durante medio siglo el Perú no dio valor territorial a la cédula de 1802, como que realmente no lo tenía, pero posteriormente ha de ser el argumento en el que cifra toda su pretensión sobre Mainas.

Cuando en 1857 el Ecuador suscribió el convenio Espinel-Mocatta, por el cual cedía derechos de propiedad en la zona amazónica a favor de los acreedores de la deuda externa, el Perú volvió a insistir en que según la cédula de 1802 esos territorios eran peruanos. La tirante situación desembocó en la agresión militar del Perú, que bloqueó y luego ocupó Guayaquil en 1859. Estando invadido nuestro territorio, el Mariscal Castilla pretendió celebrar un tratado en Mapasingue, con el jefe militar ecuatoriano Guillermo Franco, pero este tratado no se celebró con el gobierno legítimo del Ecuador, ni fue reconocido jamás ni por una ni por otra repúblicas, ya que ni el Perú lo ratificó y más bien depuso a Castilla y condenó su actuación injusta. Posteriormente el Perú, sin embargo, ha pretendido que el tratado de Guayaquil, habría quedado sin valor por este nuevo tratado de Mapasingue, lo cual es evidentemente absurdo.

Más inconsistente aún es el argumento peruano contra el Tratado de Guayaquil que se funda en el tratado Noboa-Pando de 1832, ya que éste que es sólo de "amistad y comercio", dice expresamente: "Mientras se celebra un convenio

sobre arreglo de límites entre los dos Estados, se reconocerán y respetarán los actuales". De ningún modo esta inocua declaración afecta la validez y obligatoriedad del Tratado de Guayaquil. Precisamente lo refuerza, porque según el Tratado de 1829, tenían que fijarse los límites a base de reconocer el uti possidetis de 1809 y de hacerse "pequeñas mutuas concesiones".

En los años subsiguientes se producen una serie de incidentes en los que se sigue perfilando la voluntad imperialista del Perú, aunque en algunos casos reconoce más o menos explícitamente el derecho del Ecuador sobre la orilla izquierda del Amazonas. En 1886 el Perú cedió a sus acreedores terrenos situados al norte del Amazonas, y nuestra Cancillería protestó, ante lo cual el Ministro peruano alegó "los hechos consumados", es decir el argumento más cínico e injusto.

El Ecuador había pedido reiterada e inútilmente al Perú que se sometiera el problema a la resolución arbitral de Chile, tal como se estipulaba en el tratado de Guayaquil. Finalmente se llegó en 1887 a celebrar el tratado Espinosa-Bonifaz, por el que se somete la controversia a la resolución arbitral del Rey de España, quedando las Partes en libertad de resolverla también por negociación directa antes de que se produzca el laudo. No precisaba este tratado con la debida claridad la materia controvertida, ni los principios que debían aplicarse, como debe hacerse en todo compromiso arbitral.

Convencidas ambas Partes de que el arbitraje sería muy difícil y lleno de riesgos, resolvieron emprender en negociaciones directas que se tuvieron en Quito entre el embajador Dr. Arturo García y el Ministro de Relaciones Dr. Pablo Herrera. La discusión fue ardua pues el Perú, esta vez alegaba sobre todo la posesión de hecho y la fundación de varios pueblos en las márgenes del Amazonas, incluido Iquitos. Fue preciso, en el ánimo de llegar a un acuerdo, tratar el asunto de modo transaccional: el Ecuador cedió sus derechos sobre Tumbes, retirándose la frontera al río Zarumilla y sobre Jaén, fijándose en esta zona el río Chinchipe como demarcador. El Perú a su vez, renunció a las insanas pretensiones de llegar hasta donde dejan de ser navegables los afluentes del Amazonas por su ribera izquierda y reconoció al Ecuador esta margen norte del Gran río desde la desembocadura del Chinchipe hasta la del Pastaza. El límite seguía por este río aguas arriba hasta Andoas, a donde habían llegado los destacamentos peruanos, y desde allí seguía a la desembocadura del Curaray en el Napo y luego hasta el Putumayo. Se firmó así un tratado en que con precisión se señalaba la frontera, aunque con gran sacrificio de los derechos territoriales del Ecuador.

El Congreso del Ecuador aprobó el tratado de 1890. El del Perú en cambio, pidió que se negociaran nuevas concesiones al Perú, por las cuales se privaría al Ecuador del dominio de las zonas de los ríos Santiago y Morona, dejándole salida al Amazonas únicamente desde el Chinchipe hasta el pongo de Manseri-

che cerca de la desembocadura del Santiago. Esto significaba desconocer buena parte del tratado y negar al Ecuador una salida al Amazonas en sitio navegable. El Perú pretendía que se convirtiera el arbitraje total del rey de España en arbitraje entre la línea que fijaba su Congreso y la del tratado Herrera–García, es decir, que las concesiones hechas por el Ecuador en Tumbes y Jaén quedaban sin compensación, con el riesgo de que pudiera también perder importantes territorios en Mainas. Esta actitud injusta del Perú, llevó a los dos países a una situación de extrema violencia, por lo que intervinieron la Santa Sede y Colombia, para evitar una guerra.

Se intentaron nuevamente conversaciones en Lima, en las que intervino también el delegado de Colombia. Este país trató de sacar provecho sacrificando al Ecuador, pues, ni siquiera alegó el Tratado de 1829, sino que únicamente formuló el principio del uti possidetis y sostuvo que debían hacerse concesiones equitativas que, en definitiva darían a Colombia una amplia salida al Amazonas entre el Putumayo y el Caquetá, quedando al Ecuador únicamente el Napo como afluente navegable hacia el Amazonas. El Perú reaccionó a la propuesta colombiana sosteniendo que no tenía fronteras con Colombia, puesto que el Ecuador era el heredero de la Gran Colombia con el cual tenía que fijar sus límites exclusivamente. Como el problema resultaba insoluble las partes convinieron solamente en ampliar la extensión del arbitraje del Rey de España, que debía fijar las fronteras de los tres estados, aunque, esta vez no fue ratificado por el Ecuador (1894).

Continuaron las negociaciones y se llegó en 1904 a admitir que un Comisario del Rey de España viniera para estudiar el problema y facilitar la negociación que podría ser confirmada por el laudo arbitral. Ante el Comisario, que fue el Dr. Ramón Menéndez Pidal, el representante peruano Cornejo varió los términos del acuerdo previo pues pidió que se aseguraran al Perú, Tumbes, Jaén e Iquitos, y que al Ecuador se le diera alguna salida al Amazonas.

El Comisario Menéndez Pidal presentó al Rey un proyecto de línea transaccional que dejaba al Ecuador amplia salida al Amazonas entre el Santiago y el Pastaza y más abajo, en la desembocadura del Napo en el Amazonas.

El Dr. Honorato Vázquez presentó ante la Comisión de Estudio nombrada por el Rey un magnífico alegato de los derechos ecuatorianos, fundándose en todos los títulos, inclusive el Protocolo Pedemonte Mosquera que solamente por entonces nos dio a conocer Colombia. Además se adjuntaron dictámenes de muy ilustres internacionalistas de diversas nacionalidades y de prestigio universal. El Perú por su parte presentó el alegato de Cornejo y Osma e hizo valer influencias familiares en la Corte española.

Sorprendió a la Comisión española que los señores Cornejo y Osma aseveraban ahora que el Perú no podía admitir que se revisen sus derechos ni que se desconozca su independencia y la soberanía sobre todo el territorio disputado. Esta posición intransigente equivalía a desconocer de antemano lo que resolviera el Real Árbitro. Contradecía así el Perú, con mala fe, el compromiso arbitral en el que se habían obligado las partes a aceptar lo que el Rey reconociera como justo. En el "Epílogo" el Perú anunciaba desafiantemente que no admitiría ninguna concesión o reconocimiento de los derechos ecuatorianos. Y en el Memorándum Final, el Perú rechazaba de manera absoluta la posibilidad de que se dejara al Ecuador alguna salida al Amazonas, contra todo lo prometido en las negociaciones previas y con la mayor mala fe.

La Comisión de Examen preparó en 1909 un proyecto de línea fronteriza que en la parte oriental significaba dejar al Ecuador la orilla izquierda del Amazonas entre los ríos Santiago y el Pastaza, luego subía por éste hasta la confluencia del Bobonaza y de allí iría a la desembocadura del Cononaco en el Curaray; por éste hasta el Napo y de allí una línea recta hasta la frontera con Colombia. El Consejo de Estado modificó esta línea en sentido aún más favorable al Perú, aunque con el voto salvado del ilustre jurista Sánchez Román que demostró la necesidad de respetar la línea del Tratado de Guayaquil de 1829.

La publicidad dada prematuramente al proyecto de laudo levantó tal indignación en uno y otro países, que veían frustradas sus aspiraciones y se aprestaron para la guerra. El Rey resolvió inhibirse de pronunciar el laudo para no ser el causante de una guerra fratricida. Entre tanto, el Perú aprovechó para avanzar más y más subiendo por los afluentes del Amazonas con una posesión de hecho, contra todo derecho y valiéndose de la violencia cuando fue necesario, como en el episodio de Torres Causana.

En estas primeras décadas del siglo XX hubo, por parte del Ecuador el grave error de no mantener las misiones religiosas que hacían acto de presencia en el territorio disputado; más bien algunas de ellas se retiraron por incomprensiones y actitud hostil del gobierno, lo cual facilitó el avance de los peruanos.

En cambio, fue favorable a nuestra causa el hecho de terminar con un tratado la antigua disputa existente con el Brasil. En 1904 se celebró el Tratado Tobar-Rio Branco, que sin prejuzgar los derechos de las partes en sus conflictos pendientes con Colombia y con Perú, delimita sus respectivos territorios, poniendo así coto a la continua expansión brasileña que avanzó en la Amazonía desde el tratado de Tordesillas (1494), pasando por los de Lisboa (1681) Utrech (1709 y 1715) y Madrid (1750). El Brasil había arreglado sus límites con Perú en 1851 y con Colombia en 1853, dejando en los arreglos con ambos países, a salvo los eventuales derechos que pudiera tener el Ecuador.

Igualmente, con Colombia, hicimos un gran esfuerzo por llegar a término de la divergencia fronteriza. Después de las guerras, desastrosas para el Ecuador, de 1831, 1832 y 1862, se mantuvieron las fronteras con Colombia sin variación pero sin clara determinación. En varios mapas oficiales de Colombia se respeta el derecho ecuatoriano a las hoyas del Coca y del Aguarico. Misioneros ecuatorianos evangelizan esas zonas y aún se abren trochas en la selva y penetran pequeños destacamentos militares de nuestro país. Por el río Napo la presencia efectiva del Ecuador es aún mayor, llegándose a fundar el pueblo de Rocafuerte en la parte oriental de la desembocadura del Aguarico en el Napo. Desde 1870 surgen problemas por algunos sitios de la zona del Coca que pretende Colombia como propios aunque están bajo la jurisdicción ecuatoriana. A raíz de la celebración del tratado Herrera-García (1890), Colombia protestó, sintiéndose perjudicada; el Ecuador propuso a Colombia someter el asunto a arbitraje y éste país a su vez planteó un tratado tripartito que nunca llegó a perfeccionarse.

En 1904 celebraron Colombia y Perú un tratado para resolver por arbitraje su frontera. Hay que observar que en años anteriores ambos países habían declarado no tener problemas pendientes, porque entre los dos se interponía el Ecuador. La protesta de nuestro país y la hábil negociación diplomática del general Julio Andrade, consiguieron que Colombia no ratificara aquel tratado con el Perú y más celebrara otro con el Ecuador, sometiendo la decisión de su frontera al arbitraje del Emperador de Alemania, aunque no llegó a efectuarse, el año 1905 se celebró con Colombia un tratado de amistad y navegación, en el que se reconocen los límites conforme a la ley de división territorial de 1824.

El año 1908 se celebró nuevo tratado de límites con Colombia, que precisaba los puntos de la frontera desde la bahía de San Lorenzo en el Pacífico hasta la desembocadura del Ambiyacu en el Amazonas. La parte central del Oriente se divide por una línea media entre el Putumayo y el Napo, de modo que quedaba con Colombia este río y con el Ecuador el Napo. Ambas Repúblicas se comprometen a defender estos territorios de la común herencia que se dividían. Pero el tratado no fue ratificado por el Ecuador, aunque sí por Colombia. En 1810 se renovó el tratado anterior, sin llegarse tampoco a perfeccionar. Continuaron las negociaciones y solamente en 1916 se celebra el tratado Muñoz Vernaza- Suárez que fija definitivamente la actual frontera, en términos casi idénticos a lo pactado en 1908. Ambos países lo aprobaron y ratificaron y el canje de ratificaciones se verificó en Bogotá el 26 de enero de 1917.

La ejecución del tratado Muñoz Vernaza-Suárez, presentó algunas pequeñas dificultades por existir en varios sitios nombres repetidos de quebradas u otros accidentes, y aún por el descubrimiento de algún pequeño río durante la demarcación en el suelo. Todo se resolvió de común acuerdo haciéndose las partes recíprocas concesiones. Una de éstas llegó a tener importancia para el Ecuador: se fijó la frontera 340 metros más oriente de la desembocadura del San Miguel

en el Putumayo, con lo que el Ecuador quedó con un acceso, aunque pequeñísimo -menos de medio kilómetro-, sobre este magnífico afluente del Amazonas. Y cuando en 1922 Colombia cedió al Perú la zona que había recibido del Ecuador comprendida entre el divortium aquarum del Putumayo con el Napo, ese pequeñísimo punto reconocido al Ecuador en la fijación de la frontera en la orilla derecha del Putumayo impidió que la ambición peruana pudiera apoderarse del triángulo situado más al occidente, entre el Putumayo y el San Miguel. El Protocolo de Río de Janeiro confirmará la soberanía ecuatoriana sobre ese triángulo y que da un acceso ahora de más de cien kilómetros sobre la orilla derecha del Putumayo.

Después de que el Rey de España difirió el pronunciamiento del laudo, el Ecuador buscó nuevamente arreglar el problema con el Perú mediante negociaciones directas, sin avanzar prácticamente nada dada la renuencia constante del Perú que simplemente aprovechaba el transcurso del tiempo para seguir introduciendo sus destacamentos militares en la selva discutida. Desde 1913 se comienza a hablar de una posible fórmula "mixta", que consistiría en someter a arbitraje los puntos en que las partes no lograran un acuerdo. Este principio se concreta en 1924 en el protocolo Ponce-Castro Oyanguren, por el que las negociaciones directas debían tenerse en Washington y se sometería al arbitraje del Presidente de los Estados Unidos, aquello que no se consiguiera conciliar entre las Partes.

Las continuas dificultades planteadas por el Perú retardaron la instalación de las negociaciones en Washington hasta el año 1936. Entonces se completó el protocolo Ponce–Castro, con otro acuerdo celebrado en Lima, por el cual se precisaba que el arbitraje habría de ser de derecho y que las Partes mantendrían el statu quo de sus posesiones en la zona amazónica. El Perú se adelantó ilógicamente a señalar cuáles eran los posiciones de los destacamentos ecuatorianos, lo cual nos competía declarar a nosotros. Pero esta irregular actitud peruana resulta interesante por cuanto prueba irrefragablemente cuales eran los puntos que el Perú no había logrado ocupar todavía; en realidad el Ecuador tenía de hecho algo más de lo que el Perú reconocía, pero aún ateniéndonos a los puntos señalados por Lima, la situación ecuatoriana era bastante mejor que la línea que llegó a señalarse en Río de Janeiro en 1942, por ejemplo, sobre el río Curaray, el Perú reconocía la presencia ecuatoriana en la desembocadura del Nashiño, mientras que en el Protocolo de Río se puso la frontera en la desembocadura del Cononaco, unos treinta kilómetros más al occidente, aguas arriba, es decir, con pérdida para nuestro país.

Las negociaciones en Washington fueron entorpecidas por la continua renuencia del Perú de llegar a ningún acuerdo y cuando el Ecuador pidió que entonces se procediera al arbitraje total por parte del Presidente Roosevelt, la delegación peruana abandonó Washington. Fue necesario seguir buscando una solución mediante conversaciones en Lima, que tampoco adelantaron en nada. El Perú

simplemente se preparaba para la guerra de agresión y conquista que desencadenó arteramente en 1941, pretendiendo con el máximo cinismo que el Ecuador era el agresor.

Todavía intentó el Ecuador un nuevo método de solución: pidió la mediación de los mismos países que acababan de resolver el problema del Chaco entre Paraguay y Bolivia, los Presidentes de estos cinco países aceptaron la petición ecuatoriana, siempre que también la solicitara el Perú, pero este país guardó absoluto silencio, demostrando con este hecho la voluntad arbitraria de imponer por la fuerza su aspiración contra todo derecho.

En los años 1939 y 40 se suscitaron algunos incidentes fronterizos que pusieron en peligro la paz. Con suma prudencia el Ecuador retiró algunos destacamentos militares de sitios de su indiscutida posesión y soberanía, para evitar que se agravaran las cosas, pero el Perú siguió movilizando sus fuerzas a las cercanías de la Provincia de El Oro. En esta situación, los gobiernos de Estados Unidos, Brasil y Argentina ofrecieron sus buenos oficios para que los dos contrincantes hallaran medios de solución pacífica. Inmediatamente aceptó el Ecuador esta amistosa intervención, mientras que la rechazó el Perú, alegando que no había pedido ninguna mediación. El 5 de julio de 1941 un grupo de peruanos con guardias civiles penetró en territorio ecuatoriano y fueron rechazados, con lo que comenzó un conflicto bélico que el Perú había preparado largamente. Como tenía fuertes contingentes muy cerca de la frontera, pudo invadir rápidamente sectores de El Oro y Loja, empleando inclusive la aviación y paracaidistas, a pesar de que el incidente inicial era puramente local y el Ecuador no contaba con medios militares que pudieran compararse con los peruanos.

Gracias a la intervención de Argentina, Brasil y Estados Unidos, que propusieron a los dos países en conflicto retirar sus tropas a 15 kilómetros de la línea de statu quo, se logró un cese de fuego el 9 de julio, y el Ecuador aceptó retirar dichos quince kilómetros. El Perú aceptó también retirarse, pero alegando que se había herido su dignidad en una manifestación callejera, movió nuevamente sus ejércitos pasando la frontera el 22 de julio. Hasta el 26 de julio, la inmensa superioridad del ejército peruano le permitió ocupar todos los puestos fronterizos del Ecuador y continuar avanzando dentro de nuestro territorio en la Costa. En agosto las guarniciones ecuatorianas en el Oriente -algunas de poquísimos hombres: diez o doce-, fueron asaltadas y destruidas todas.

Nuestra Cancillería pidió el dictamen de los más prestigiosos internacionalistas de toda América y respondieron manifestando que no se podía tolerar la agregación de territorios por actos de fuerza, que cualquier cesión realizada bajo la presión de las armas sería nula, que ningún tratado sería válido mientras estuvieren ocupados territorios del país vencido.

Los Gobiernos de los países mediadores propusieron que se retiraran las tropas a la línea del statu quo de 1936 y se iniciara una negociación transaccional en Buenos Aires. El Ecuador demostró una vez más su buena fe y la voluntad de atenerse a los medios correctos del Derecho Internacional, aceptando esta propuesta, pero el Perú la rechazó, confirmando así su posición imperialista y de desprecio de toda norma de Derecho.

Se reunió por aquellos días de enero de 1942 la Conferencia Consultiva Interamericana en Río de Janeiro, bajo la impresión causada por la agresión japonesa a los Estados Unidos el 6 de diciembre de 1941 y con el propósito de presentar al mundo el panorama de un continente unido en el rechazo de la agresión internacional. En este ambiente, los diversos países presionaron para que se resolviera el gravísimo problema existente entre Ecuador y Perú, a toda costa, y como el Perú estaba en posesión violenta de los territorios disputados y de mucho más, de zonas nunca discutidas y aún densamente pobladas como las de El Oro y Loja, no tuvo el Ecuador más remedio que aceptar la firma del Protocolo que señalaba los límites según el antojo peruano, no sin discutir hasta el final para salvar en lo posible algo de nuestro patrimonio amazónico.

Se firmó el Protocolo de Río de Janeiro bajo la presión de la fuerza, estando ocupados extensos y valiosos territorios del Ecuador que nunca habían sido objeto de disputa. Consta en el mismo documento que el Ecuador estaba invadido, pues los artículos 2, 3 y 4 ordenan el retiro de las fuerzas peruanas en el plazo de quince días. Es decir que el Protocolo señala claramente su propia nulidad por ser el resultado de la imposición violenta.

El Protocolo no señala una frontera sino que dice: "La Línea de frontera será referida a los siguientes puntos:..." (Art. 8). Por consiguiente, la frontera debe fijarse más adelante, de manera válida, por procedimientos internacionalmente aceptables. El Perú había logrado imponer como frontera provisional en el Oriente prácticamente la línea del máximo avance de sus tropas por la invasión violenta de 1941, que coronaba la lenta y clandestina ocupación que venía realizando desde mediados del siglo anterior. En 1864 puso por primera vez el Perú un "Apostadero" en Iquitos, a la izquierda o norte del Amazonas, y en las décadas siguientes avanzó por los afluentes hasta puntos como Andoas en la desembocadura del Bobonaza en el Pastaza, o la confluencia del Curaray en el Napo.

Hasta que se delimiten totalmente los dos países, se comprometen los países Garantes -Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos- a intervenir. Las negociaciones deben realizarse con su auspicio e intervención. También establece el Protocolo que el Ecuador tiene derecho a la libre navegación del Amazonas y de sus afluentes septentrionales, debiendo perfeccionarse la regulación de este derecho en un Tratado de Navegación.

El Protocolo de Río de Janeiro fue aprobado por los congresos del Ecuador y del Perú y se verificó el canje de ratificaciones, de modo que, formalmente se perfeccionó y comenzó la fase de la delimitación en el terreno. Surgieron las naturales dificultades de interpretación de los nombres geográficos en regiones todavía poco exploradas; en algunos casos se resolvieron las controversias por medio de arbitraje internacional.

El problema más grave surgió cuando se trató de encontrar el divortium acquarum entre el Santiago y el Zamora, que inicialmente se pensó que era la cordillera del Cóndor, pero que se demostró por las observaciones aéreas que en realidad existían dos divisores de aguas: uno entre el Zamora y el río Cenepa, constituido por la cordillera del Cóndor, y otro, entre el Cenepa y el Santiago. En las cartas geográficas anteriores al año 1947 el Cenepa aparece como un insignificante río, mientras que en ese año se descubre su largo desarrollo y la multitud de afluentes que forman todo un sistema hidrográfico de importancia. El Ecuador ha mantenido la tesis de que el Protocolo de Río de Janeiro no solamente adolece de nulidad por haber sido impuesto por la fuerza, sino que, además, resulta inaplicable -al menos en la zona comprendida entre los ríos Zamora y Santiago-, por referirse a un accidente geográfico que no existe: no hay un divortium acquarum entre los ríos Zamora y Santiago, sino todo un sistema hidrográfico, el del Cenepa, separado de los ríos Zamora y Santiago por dos divisores de aguas. No hay ningún fundamento en el Protocolo para sostener que la frontera deba ir por el divortium acquarum entre el Zamora y el Cenepa o para decir -como convendría al Ecuador-, que el límite está entre el Cenepa y el Santiago. En esta zona, necesariamente las Partes tienen que llegar a un acuerdo ya que el Protocolo no es aplicable.

Serios incidentes militares se han producido en los años 1982 y 1994 en la zona no delimitada. Se ha evitado la generalización del conflicto bélico por la oportuna intervención de los países Garantes y se ha llegado a acordar el retiro de los destacamentos militares de ambos países, para evitar nuevos combates, mientras se llegue a la solución definitiva. El Ecuador ha insistido una y otra vez en la conveniencia de una mediación que facilite el acuerdo, y llegó a plantear también que se someta el problema a la decisión arbitral del Sumo Pontífice. El Perú ha rehuido, como siempre, todos estos procedimientos pacíficos y continúa haciendo presión para que se resuelva la controversia según sus máximas aspiraciones y negando sistemáticamente al Ecuador su derecho. El Perú ha llegado, en el extremo de la intransigencia, a negar la existencia de todo problema territorial, que asevera ya ha quedado totalmente resuelto por el Protocolo de Río, negando así la realidad evidente de la inejecutabilidad, al menos parcial, del referido Protocolo y cerrando los ojos ante los graves motivos que el Ecuador tiene para alegar la nulidad de ese instrumento.

Hay sólidos argumentos para sostener la nulidad del Protocolo de Río de Janeiro, fundados en la violencia -evidente por la invasión al Ecuador-, la amenaza y la presión recibidos por nuestro país, así como por el error respecto de la realidad geográfica. Esta tesis ha sido proclamada por los Poderes del Estado y formulada por las Academias y juristas. Sin embargo, desgraciadamente el Derecho Internacional no contempla actualmente un mecanismo por medio del cual se pueda lograr la declaración de dicha nulidad, si no es por la aceptación de ambas Partes, o por el sometimiento voluntario de ambas a un Tribunal o Árbitro, y, como es evidente, el Perú rehuye absolutamente tales procedimientos.

En esta situación, opino que no cabe más que negociar con el Perú una línea transaccional presentando por parte del Ecuador como concesiones importantes para el Perú: la aceptación del Protocolo de Río y su ejecución final; la adjudicación de caudales de aguas útiles para la irrigación de suelo peruano, en mayor proporción de la que le corresponde en los ríos binacionales (Tumbes y Macará), otras ventajas económicas o financieras y pequeñas compensaciones territoriales en las zonas aún no delimitadas. Con este doloroso precio el Ecuador tal vez podría conseguir un reconocimiento por parte del Perú de nuestra condición de país ribereño del Amazonas y el dominio pleno y soberano de un callejón de acceso al Gran Río.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

X. HISTORIA CONSTITUCIONAL

Los orígenes

El Derecho Constitucional del Ecuador arranca de los primeros florecimientos de esta rama en la Madre Patria, ya que formamos una unidad con ella. No hay que olvidar que lo que hoy es el Ecuador fue parte del gran imperio español, y, si había diferencia de situaciones entre la Metrópoli y los territorios de ultramar, también existía una gran unidad. A veces acentuamos más las diferencias y la situación de inferioridad en que nos hallábamos y hablamos de la Colonia despectivamente, sin poner de realce el hecho de haber integrado un gran imperio. Éramos españoles de América y españoles de la Península. ¿Que no había igualdad? Indudablemente aquella fue una época de grandes desigualdades en todo el mundo; pero al menos había algo en común y dentro de ese imperio se fue forjando la gran nacionalidad americana; una nacionalidad poco estructurada, pero en la cual se encuentra el origen del espíritu nacional de estos países. Fueron madurando progresivamente muchas cosas, entre ellas, el espíritu jurídico y el sentido del Derecho Constitucional.

Para los futuros pueblos de América hubo un aprendizaje para la vida independiente mediante los gobiernos locales. Y la experiencia constitucional de las Cortes de Cádiz, en las que tuvimos aquellos grandes representantes que fueron Olmedo y Mejía, significó la última e inmediata lección que sirvió enormemente en los balbuceos del constitucionalismo ecuatoriano. Así se explica como, al formular en 1812 la Primera Constitución propia, la del Estado de Quito, se logra un documento de notable madurez y originalidad. Aquella fue una Constitución diferente de las de su tiempo y de las que luego han regido la vida jurídica de nuestra Patria.

Entre otras características -sin entrar en mayores detalles-, aparte de seguir lo clásico de la distinción de los tres Poderes, se inventó una cuarta Función, en la que radicaba la soberanía: un Poder superior y árbitro de los otros tres para componer los desacuerdos que pudieran surgir entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Este "Supremo Congreso", fue un rasgo genial de la Carta de 1812 y si se hubiera mantenido habría evitado graves crisis que pasó la República.

Ciertamente la preocupación de los padres de la Patria se centraba en determinar el asiento de la soberanía. Las teorías derivadas de la Revolución Francesa sostenían que la soberanía residía esencialmente en el pueblo, uno de los ele-

mentos del Estado. El pensamiento de los patriotas del 10 de agosto y de sus continuadores hasta 1812, tenía cierto horror a las teorías de la Revolución Francesa, al mismo tiempo que acogía algunas de sus inspiraciones, y por esto era preciso buscar un nuevo asiento o sede de la soberanía nacional. No se había encontrado definitivamente la fórmula de que la soberanía corresponde al mismo Estado y que se ejerce a través de sus diversas funciones; y, como por otra parte, la democracia directa no era posible en un Estado incipiente, en esas condiciones resultaba lógico localizar la sede de la soberanía en un organismo representativo, un Congreso integrado por diputados representantes de los diversos sectores de la Patria. Este debía tener realmente la soberanía: el poder de decidir en última instancia y, por consiguiente, una competencia superior a la de las tres funciones del Estado.

En lo expuesto radica lo más original y característico de la Constitución de 1812; pero habría que señalar otras peculiaridades valiosas, por ejemplo el acertado concepto de la función de la religión en la formación y mantenimiento de la nacionalidad; un sentido generoso y amplio de apertura a lo americano que presagia las modernas tendencias integracionistas; el afán de estructurar un Estado sencillo, sin demasiadas complicaciones, con una Carta en la que se esbozan ya los derechos humanos que deberían ser garantizados por las autoridades públicas.

Queda así delineado en breves rasgos lo que fue el ideal de 1812, ya que no se puede calificar de otra manera aquel planteamiento programático que no llegó a funcionar porque la Revolución Independentista fue ahogada en sangre y la Constitución se quedó en el papel.

Los años siguientes fueron de guerra, una guerra civil que se convirtió en internacional y en la que intervinieron hermanados los ciudadanos de las diversas colonias. Durante este tiempo se volvió a instaurar el gobierno español en nuestro territorio y en Colombia principia a desarrollarse el constitucionalismo, sentando precedentes que luego servirán a nuestra Patria.

La Gran Colombia

Tres intentos de elaboración constitucional se dieron en Colombia y, por lo menos, en uno de ellos intervinieron representantes del Ecuador. En la Convención de Cúcuta de 1821 no hubo representación de nuestra Patria, porque estaba bajo el dominio español. La Convención de Ocaña en 1828 no llegó a aprobar la Constitución a pesar de los largos debates en que se discutieron los principios patrocinados por el Libertador. Finalmente, la Asamblea de Bogotá aprobó el 29 de abril la nueva Carta Política, con la intervención de diputados ecuatorianos, incluso uno de ellos fue Vicepresidente del llamado "Congreso Admirable".

Los representantes del Departamento del Sur -que así se llamaba nuestro territorio-, eran nombrados por las diversas provincias. Efectivamente hicieron estos nombramientos las provincias de Pichincha, Chimborazo, Azuay, Loja, Portoviejo y Guayas. La Carta Política apenas llegó a regir pocos días, ya que el 13 de mayo se proclamó la separación de Colombia.

A pesar del corto tiempo de vigencia (sólo 13 días), aquella experiencia constitucional tuvo trascendencia para la futura historia del Ecuador. Lo mismo que las discusiones en Cúcuta y Ocaña, las de Bogotá, plantearon los principales problemas organizativos del Estado, y las soluciones halladas en Colombia, sirvieron de inspiración principal para la Asamblea de Riobamba de 1830, que nos dio la primera Constitución ecuatoriana.

El General Juan José Flores, al encabezar y encauzar el movimiento separatista, actuó con inteligencia penetrante y ágil y con gran sensibilidad patriótica realizó los expedientes necesarios para la pronta reunión de la Constituyente. Incluso en el pronunciamiento revolucionario de Guayaquil se le había señalado el plazo de seis meses para convocar la Asamblea, y el General Flores la convocó prácticamente de inmediato, para que se reuniera el lo. de setiembre.

La Primera Constitución

En la fecha indicada se reunió la Constituyente con pocos diputados, pues eran solamente treinta, que correspondían en número de diez a cada Departamento. El trabajo fue intenso y rápido gracias a que se tomó como base lo ya elaborado en Colombia.

Hay que ponerse mentalmente en las dificultades del momento: se trataba nada menos que de pasar de modo decidido y definitivo del régimen monárquico al republicano; de un sistema de dependencia a uno de independencia. Y esto, en medio de una situación precaria, teniendo que improvisarlo todo, sin medios económicos, sin organización de ninguna suerte y con el peligro de represalias del Gobierno Central de Colombia, aunque esto felizmente no se produjo.

Fue, por consiguiente, una labor de enorme valentía y eficacia extraordinaria la realizada por los Constituyentes de 1830. No era el momento de grandes disquisiciones, ni la ocasión propicia para invenciones o ensayos desconcertantes. Lo que había que hacer era simplemente imitar, y sensatamente imitaron lo que se encontraba ya en las raíces del nuevo Estado, lo que se había experimentado en Colombia.

Resultó la Constitución de 1830 una copia bastante buena, incluso depurada de algunos errores, de la colombiana. Naturalmente se trató de adaptar lo ya experimentado a las necesidades y posibilidades del Estado naciente, de allí, por ejemplo, la simplificación de la Legislatura.

Hubo cierta timidez o indeterminación respecto de la total autonomía y se dejó abierta la posibilidad de la confederación con los otros Estados de Colombia, para lo cual debía reunirse un Congreso de Plenipotenciarios y cuanto ellos decidieren sería tenido por norma superior a la Constitución. Se deseaba mantener la existencia de la gran Nación fundada por Bolívar. Pero resulta difícil saber ahora hasta qué punto había la verdadera voluntad de llegar a la Confederación. Posiblemente no todos los diputados pensaban de igual manera, aunque es evidente que una fuerte corriente era partidaria del ideal bolivariano. Los acontecimientos tanto de la Nueva Granada como del Ecuador hicieron que no se avanzara nada en el camino de la Confederación y más bien en los próximos años se produjeron dos encuentros armados con el país del norte, que debieron dejar sentimientos de enemistad. Cuando en 1835 se elabora nueva Constitución, en Ambato, ya no se habla de la confederación y se afirma rotundamente la plena autonomía del Ecuador. Así, mediante estas dos Cartas se llega a la expresión jurídica del Estado independiente.

Ya hemos mencionado en otro capítulo, los méritos de la Constitución de 1830, sobre todo en cuanto se decidió claramente por el sistema republicano, presidencialista para el Gobierno y la estructura unitaria del Estado.

Aunque se optó en Riobamba por el Estado unitario, no quedó claramente definida la división territorial del país, ya que se conservó para efectos del sufragio la tripartición en los Departamentos de Quito, Cuenca y Guayaquil, que debían tener igual número de representantes hasta que un árbitro definiera el sistema electoral. Esta solución de compromiso dependía del hecho de que se desconocía el volumen exacto de la población y el número de ciudadanos de cada zona. No se produjo nunca el deseado arbitraje y se conservó en las Constituciones siguientes (1835, 1843, 1845, 1851 y 1852) este defectuoso sistema, hasta que en 1861 se optó por la representación por provincias y en proporción a su población, lo que era más equitativo y conveniente.

Otros aspectos positivos se lograron en 1830: la división de las tres funciones del Estado, los tres Poderes como solía decirse en la época. Quedaron configuradas con precisión las atribuciones del Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

El sistema presidencialista que se adoptó, suponía que el Presidente de la República nombre y remueva libremente a sus Ministros, Gobernadores y demás funcionarios ejecutivos. Esta característica perduró casi sin mutaciones hasta un siglo después: en 1929 se intentó modificarlo aproximándolo al régimen parla-

mentario. Al apartarse el Ecuador del ya tradicional sistema se produjo un grave trastorno político que privó al país de estabilidad durante veinte años de gobiernos provisorios y dictatoriales.

También el régimen administrativo quedó esbozado en 1830, señalándose las funciones de los Gobernadores y otros funcionarios subalternos. Esta organización de las provincias, cantones y parroquias se desarrolla progresivamente en los años venideros y en las diversas Cartas sucesivas. Apenas en dos ocasiones - 1835 y 1861- se aparta el país de la línea normal en estos aspectos; cedieron los legisladores en esas oportunidades a la tentación de cierto federalismo, ya que se establecía que los Gobernadores y Jefes Políticos debían ser nombrados de ternas elegidas por los vecinos; se habría quitado al Presidente el principal instrumento para dirigir eficazmente la Administración Pública, con todas sus consecuencias negativas, por lo que no prosperaron esas innovaciones.

Otro punto importante fue el señalar, siquiera elementalmente, los derechos humanos y garantizar su respeto. De esa enumeración y garantías incipientes, se llegará progresivamente a mejores formulaciones y más eficaces sistemas de protección: cada Constitución prácticamente representa un paso adelante en este importante aspecto jurídico.

La Constitución de Ambato

En 1835 se suprimieron los Departamentos, aunque se conservaban como simple circunscripción provisional para los efectos electorales, como ya se ha dicho. Como el período inicial de vida independiente estuvo marcado por las conspiraciones, cuartelazos e intentos revolucionarios, el Presidente Juan José Flores debió necesariamente obrar con energía, prescindiendo frecuentemente de la Constitución; en 1835 se reacciona contra esas arbitrariedades impuestas por las circunstancias y se limitan las atribuciones presidenciales en exceso. El remedio de los abusos no consistía en dejar maniatado al Presidente, y más si se considera que quien iba a ejercer esa Magistratura era Vicente Rocafuerte, hombre de temperamento violento y autocrático. Las estrechas trabas que creó la Constitución de Ambato originaron nuevos abusos y en la segunda administración de Flores éste trató de corregir ese defecto ampliando desmedidamente las atribuciones presidenciales (Constitución de 1843), lo cual originó la reacción que terminó con la deposición de Flores y la siguiente Carta, de 1845, nuevamente estrecha los poderes presidenciales. Se inicia de este modo una especie de movimiento pendular, que se repetirá en años siguientes, entre una amplicación y una restricción de las atribuciones del Jefe del Estado.

La Constitución de Ambato tuvo el mérito de conformar la Función Legislativa con las dos Cámaras, del Senado y de Diputados, que quedarán como el sistema consuetudinario del Ecuador, salvo excepciones que tampoco fueron felices: las

fugaces Constituciones de 1851 y 1945 volvieron al sistema unicameral, y la actual de 1978 también instauró este defectuoso sistema que ha producido frecuentes dificultades y crisis.

La Constitución Floreana de 1843

Acabamos de exponer como en Ambato se restringió en exceso los poderes del Presidente de la República. Rocafuerte y Flores, que gobernaron con aquella Constitución de 1835, se vieron en la necesidad de extralimitarse para contener las revoluciones y, finalmente, Flores pretendió robustecer el Poder Ejecutivo para lo cual inspiró la Constitución de 1843. Esta prolongaba el período presidencial a ocho años, en cambio, los Congresos debían reunirse solamente cada cuatro, estas y otras disposiciones que convertían al Presidente casi en un Dictador, provocaron la reacción anti-floreana, la revolución del 6 de marzo de 1845, que dio paso a la Asamblea Constituyente de Cuenca.

La Constitución de Cuenca, 1845

La cuarta Constitución del Ecuador reacciona a su vez contra los desmedidos poderes conferidos al Presidente por la Constitución Floreana del 43. Se ha calificado a la Carta de Cuenca como una Constitución políticamente liberal por contraposición a la anterior de carácter más conservador. En el aspecto jurídico-religioso, en cambio es lo contrario: la del 43 era más abierta o liberal y la del 45 más conservadora. Mérito importante de la Carta de Cuenca fue el elaborar más perfectamente la garantía del Habeas corpus, así como el asegurar la independencia de la Corte Suprema mediante un adecuado sistema de elección de sus Magistrados con la intervención conjunta del Ejecutivo y el Legislativo.

En general la Carta de 1845 fue bastante equilibrada y precisa en su redacción, por lo que ejerció poderoso influjo en todas las demás que se sucederán en el siglo XIX. Se puede decir que en Cuenca se alcanzó ya una formulación casi definitiva del Derecho Constitucional de nuestra Patria que, salvo detalles, se mantiene en las diversas Leyes Supremas.

Los avatares de la política hicieron que se desconociera la vigencia de la Constitución por parte de Urvina en 1850 y se elaborara nueva Carta Política, pero ésta que sólo rigió pocos meses en 1851, se apartó bastante del sistema ya tradicional e incurrió en defectos que la hicieron insostenible. La Asamblea de 1852, volvió al texto de Cuenca que revisó y con pocas modificaciones fue nuevamente promulgado como nuestra 6a Constitución.

La Carta de 1861

Con la séptima Constitución se inicia el período llamado conservador, principalmente por el predominio político del Dr. Gabriel García Moreno, verdadero fundador del partido Conservador y el más alto exponente de esa ideología. Sin embargo la Carta de 1861 es precisamente la más liberal de cuantas se habían elaborado en el Ecuador hasta entonces. Su principal mérito, debido al influjo de García Moreno, fue el de consagrar el sufragio universal y cambiar el sistema de representación, como ya se ha explicado. Para poder votar solamente se exigió tener 21 años y saber leer y escribir; se suprimieron las odiosas restricciones de carácter económico que contenían todas las Cartas anteriores. Subsistieron, por desgracia esos requisitos de propiedad o de renta para ser elegido Presidente o legislador, hasta que se suprimen también estas rémoras en la Constitución de 1878.

El defecto en que incurrió la Asamblea del 61 fue el de despojar al Ejecutivo de la verdadera dirección de la Administración Pública, al determinar que los Gobernadores fueran elegidos por las provincias.

La Constitución Garciana de 1869

Merece especial referencia la Constitución de 1869, que fue muy criticada por el apasionamiento político en su tiempo y porque los ataques contra ella se inspiraban en la oposición a su inspirador, García Moreno. La Carta tiene, sin embargo, notables méritos y significó en varios aspectos un verdadero avance del constitucionalismo ecuatoriano.

Ciertamente robustece al Poder Ejecutivo, pero ello parecía necesario después de la grave crisis que puso al país en peligro de disolución; una vez superado el peligro, era preciso dar los instrumentos de gobierno al Presidente que le fueron negados en 1861.

Se prolongó el período presidencial a seis años, contra la tradición ya establecida de los cuatro años. Solamente Gabriel García Moreno gobernó esos seis años (1869-75) y en las Cartas siguientes se vuelve a los clásicos cuatro años (hasta el nuevo efímero ensayo de alargar el período en 1978).

La reelección presidencial y la norma por la cual para ser ciudadano se requería ser católico, fueron los blancos de los mayores ataques a la Constitución de 1869. En cuanto a la condición de ser católico, hay que apreciarla en el contexto social de la época: prácticamente todos los ecuatorianos eran católicos, de modo que no se excluía a nadie. Se teorizó sobre que esta regla haría difícil la inmigración al país, de individuos de otras religiones, pero tampoco existían corrientes migratorias ni se avisoraba la posibilidad de provocarlas. Las constituciones

anteriores, lo mismo que la del 69, declaraban además que la religión católica era la oficial del Estado, y dentro de un régimen confesional, la disposición garciana no resulta inconveniente. Las posteriores Cartas suprimieron esa exigencia, si bien se mantuvo el carácter confesional del Estado hasta la revolución liberal de fin de siglo.

Un significativo adelanto en el perfeccionamiento democrático fue el de conferir a la Corte Suprema el derecho de suspender la vigencia de las leyes consideradas inconstitucionales. Esta tutela de constitucionalidad fue de suma importancia y la Constitución de 1929, sesenta años más tarde y en un contexto sociopolítico muy diverso, volvió a establecer con acierto. Es evidente que se requiere un control ejercitado por un organismo de gran altura y preparación jurídica, dotado de suficiente independencia, y ese organismo no podía ser otro que la Corte Suprema. Solamente en 1945 se intenta conformar otro organismo, que fue el Tribunal de Garantías Constitucionales, el que se ha perfeccionado en las Cartas de 1967 y 1978. Entre tanto, no ha desaparecido la función propia de la Corte Suprema para intervenir en el control de la constitucionalidad. Para desempeñar debidamente estas funciones se requiere que la Corte sea realmente independiente, lo cual a su vez depende en buena parte del modo de nombrarse sus miembros; la Carta de 1869 trataba adecuadamente de asegurar esa independencia de los Magistrados de la Corte Suprema.

Otro acierto indiscutible fue la flexibilidad, es decir, el fácil trámite establecido para la reforma de la Constitución. La experiencia ha demostrado que cuando no existe esa flexibilidad, se produce más fácilmente la ruptura. Hemos sufrido también a este respecto el vaivén entre sistemas más rígidos y más flexibles; el pensamiento de García Moreno estaba por la fácil reforma de la Ley Fundamental.

La estructura clásica del Congreso Nacional queda definitivamente fijada en 1869, con las correspondientes atribuciones de las Cámaras del Senado y Diputados y el correspondiente trámite para la formación de las leyes. Las sucesivas Constituciones apenas cambian detalles.

La novena Constitución

En 1878 y después del fugaz gobierno del Dr. Antonio Borrero, se llega a una nueva Constitución elaborada por la Asamblea en Ambato y que significó una reacción contra la Carta de 1869, regresando en algunos aspectos a los planteamientos de 1861, sobre todo en la restricción de las atribuciones del Ejecutivo. Sin embargo, esta Carta tiene notables méritos, como el de la mejor sistematización de las garantías constitucionales y el tratar por primera vez de la educación pública como tarea del Ejecutivo. Anteriormente sólo se mencionaba la educación en cuanto el Congreso debía regularla por leyes. Parece significativo que

una tarea tan importante como la enseñanza y la cultura no hayan sido consideradas en las Constituciones.

En cuanto a los Ministerios, esta Carta creó el de Educación, completando así el número de cinco, que la Constitución de 1906 señalaría como máximo posible.

La décima Carta

En 1883, después de la dictadura del General Ignacio de Veintimilla, se elaboró nueva Constitución, que sigue de cerca el esquema ya clásico y presenta algunas semejanzas con la de 1869, sobre todo en la conformación y atribuciones del Congreso, con la duración de cuatro años para los senadores y dos para los diputados y las sesiones anuales de ambas Cámaras. No hay mayor novedad en los aspectos organizativos ni en la declaración de los derechos humanos, simplemente, se puede decir que con esta Constitución se regresa al régimen plenamente democrático, enlazando con la tradición constitucional ya existente.

La Constitución de 1896

La revolución liberal de 1895 inicia un nuevo período y origina esta nueva Constitución que se comenzó a elaborar en Guayaquil y se terminó en Quito, después del incendio de la primera ciudad. La XI Carta Constitucional, que podía esperarse que fuera innovadora, resultó casi igual a la de 1883. En lo estrictamente político no hay cambio alguno y desdice totalmente de las proclamaciones revolucionarias de entonces, ya que se reproduce servilmente el contenido de la Constitución conservadora de 1883. Los elementos nuevos fueron de índole religiosa, aunque se reafirma también que el Ecuador sigue siendo un Estado confesional, ya que se declara la religión Católica como la oficial del Estado. Sin embargo, se manifiesta un espíritu sectario, en cuanto interviene el Estado en cuestiones que no eran de su competencia, como el exigir la nacionalidad ecuatoriana a los superiores religiosos y el prohibir el ingreso de comunidades religiosas al país.

Aquella inspiración antirreligiosa que contenía la Constitución originó una lucha sumamente enconada y excesiva de agravios y reacciones violentas y desmedidas, que a su vez encendieron más los ánimos y llevaron a lamentabilísimos atropellos de intolerancia, como nunca se habían producido en el Ecuador hasta entonces. Esa intolerancia del Gobierno atacó principalmente a la Iglesia Católica en su Jerarquía, persiguiendo y expulsando a varios Prelados y a muchos sacerdotes y religiosos.

La legislación de los primeros años del régimen liberal parecía buscar maneras de maniatar, de quitar libertades a la Iglesia y a los católicos. Las leyes de Registro Civil y de Matrimonio Civil y Divorcio, de secularización de cemente-

rios, la llamada de "Manos muertas" o de Beneficencia Pública, todas ellas contenían verdaderos atropellos violentos contra la libertad, contra los derechos legítimamente adquiridos, contra la dignidad de las personas y las instituciones y, sobre todo, contra las convicciones y sentimientos religiosos de la inmensa mayoría, de la totalidad del pueblo ecuatoriano. Todo lo que se había respetado y tutelado durante el siglo pasado, fue objeto de escarnio, de violento ataque, de atropello injusto. Tales disposiciones legales fueron impopulares y solamente se mantuvieron por la fuerza de las armas, contra el querer de la Nación, negándose así la esencia del principio democrático. Se sumó a esto el sistemático empleo del fraude electoral, para dar apariencia de legalidad a estos desmanes.

La Ley de Educación, que implantó el llamado "laicismo" de la enseñanza oficial, significó el más grave y violento ataque a las convicciones del pueblo y la negación más arbitraria de la libertad de los padres de familia para educar a sus hijos según sus propias convicciones religiosas. Despertó, además, un ambiente de hostilidad hacia las obras de educación católica y creó una beligerancia inconcebible contra ella; apenas se toleraba dentro de estrechísimos márgenes, y muchas escuelas y colegios tuvieron que cerrarse, sin que fueran reemplazados por algo semejante. La privación de la libertad de enseñanza en nombre del liberalismo, constituye una de las paradojas más lamentables y vergonzosas que se hayan producido en la historia. Aquel dique o barrera contra la libertad, tuvo que superarse con extrema dificultad, tras largos años de amargas luchas, hasta llegar a reconquistar la libertad. En los años 30 se comienza a superar el cerrado sectarismo que ahogaba la libertad de enseñanza, y fue mérito del Dr. José María Velasco Ibarra haber abierto nuevamente la posibilidad de fundar colegios y aún universidades católicas.

La Constitución liberal de 1906

La Ley Fundamental del año seis desconoció la personalidad jurídica pública de la Iglesia Católica hasta entonces siempre reconocida y que el Concordato, Tratado Internacional válidamente celebrado, había garantizado. La ruptura entre la Iglesia y el Estado había comenzado por la arbitraria "Ley de Cultos" del año 1899, que nunca fue admitida por la Iglesia, ya que violaba escandalosamente el Concordato y no respetaba los derechos adquiridos. El desconocimiento de la personalidad jurídica pública de la Iglesia, vino a crear un nuevo y grave problema, ya que la Iglesia era la sociedad de mayor vitalidad en el ámbito nacional y la abusiva disposición del Estado no podía cambiar esa realidad; la fuerza moral de la Iglesia estaba muy por encima de la tinterillezca disposición de los asambleistas; tan es así, que la vida misma demostró la ineptitud de esas disposiciones violentas e injustas; si se hubieran llevado las cosas hasta sus últimas consecuencias lógicas, la Iglesia no habría podido ni poseer, ni ser dueña, ni ejercer derecho alguno, ni celebrar contratos, etc., y todo ello no fue así, sino precisamente lo contrario: la pujante actividad de la Iglesia, a pesar de todas las

trabas, continuó haciendo obras de misericordia, de beneficencia, de educación, de culto, etc. desplegando en ello una intensa vida jurídica. Nadie se atrevería a sostener que todo aquello fue nulo o que no existió. El año 1935 el Dictador Ingeniero Federico Páez se creyó llamado a "interpretar" la Constitución de 1906, por más que esa Carta había dejado de tener vigencia diez años antes y había sido reemplazada por la Constitución de 1929, que tampoco regía, puesto que nos hallábamos en un régimen de facto. Según la curiosa interpretación, debía entenderse que la Iglesia había dejado de ser persona jurídica en 1906: Un decreto dictatorial que interpretaba la Constitución inexistente, pretendía desconocer hechos históricos innegables; esto resultaba tan contrario a la lógica, que no pudo tener eficacia alguna, y el mismo Dictador tuvo que derogar aquel decreto y más bien buscó el arreglo de las relaciones con la Santa Sede, que culminó con el feliz reconocimiento de las dos Potestades y la firma del Modus Vivendi de 1937.

La Constitución de 1906 tiene méritos: a pesar de que sistemáticamente reaccionó contra todo lo anteriormente vivido en el país, conservó los lineamientos básicos del Estado que habían madurado en el período anterior e incluso desarrolló mejor lo atinente a la Función Jurisdiccional, como guardiana de la constitucionalidad de las leyes. Permitía, en efecto, que la Corte Suprema declarara la inconstitucionalidad en un caso particular, sumando esta facultad a la prevista en la Constitución garciana de 1869, de declarar la plena inconstitucionalidad de una ley para todos los efectos, mientras el Congreso no resolviera otra cosa. Ambas facultades son necesarias e incluso convendría una tercera: la de emitir un dictamen previo sobre la constitucionalidad para el trámite de las leyes en el Congreso.

La Constitución de inspiración social

En 1929 se inicia un nuevo período del constitucionalismo ecuatoriano con la XIII Carta Política. Esta contiene valiosas innovaciones, aunque cometió el grave error de apartarse del sistema presidencialista ya bien experimentado y afirmado en el país.

Por primera vez se puso atención hacia los derechos sociales en la Constitución, pues anteriormente sólo se encuentran algunos balbuceos del Derecho Social en leyes secundarias aisladas. Ya en la presidencia de García Moreno se dieron iniciativas interesantes para mitigar el rigor de la prisión por deudas y proteger a los indígenas, y, en otro aspecto, se mejoró la condición de la mujer casada reconociéndole capacidad jurídica si ejercía una profesión, etc. A principios de siglo se protege con mayor decisión a los trabajadores, sobre todo jornaleros, y se suprime el concertaje. Pero es mérito de la Constitución de 1929, desarrollar ampliamente el Derecho Social y darle categoría de Ley suprema.

También se reconoció el derecho del Estado sobre el subsuelo y se prohibió a los extranjeros ser propietarios de tierras en la zona de cincuenta kilómetros a lo largo de las fronteras.

Por primera vez, igualmente, se proclama que la familia merece la protección del Estado, aunque esta protección resulte poco eficaz mientras las leyes secundarias faciliten la disolución del hogar mediante el divorcio. La posibilidad de romper el vínculo civil del matrimonio, constituye un elemento disgregador y de corrupción de las costumbres. Pero, al menos teóricamente, la Constitución de 1929 declaró que hay que proteger a la familia.

El Habeas Corpus fue técnicamente formulado y regulado, como no lo había sido hasta el momento, aunque los antecedentes se encuentran en los cien años anteriores. Este es uno de los mayores méritos de la Carta del 29.

En el aspecto electoral, la Constitución contiene importantes innovaciones: el voto de la mujer explícitamente permitido por primera vez, la representación de las minorías y las representaciones funcionales, que subsisten en la legislación posterior, de una u otra manera y han dado saludables resultados para el equilibrio político y el progreso de la legislación nacional.

Se dió igualmente importancia a las relaciones internacionales y a la colaboración con los países más vinculados históricamente con el nuestro.

Frente a los muchos y valiosos aciertos de la Ley Fundamental del año 29, hay que lamentar que, apartándose de la tradición secular, desvirtuó el sistema presidencialista y adoptó una fórmula semi-parlamentaria que llevó a la Nación a una situación de crisis política como no se había experimentado hasta entonces. El Congreso tenía una desmedida injerencia en la Función Ejecutiva, ya que podía dar los llamados "votos de censura", que significaban la descalificación y remoción de los Ministros de Estado, aunque no hubieran violado ninguna ley, tan sólo por motivos políticos. Y no existía la contrapartida, propia de un régimen parlamentario, que consiste en que el Ejecutivo pueda disolver el Congreso y llamar a nuevas elecciones; de esta manera, el predominio del Legislativo sobre el Ejecutivo resultaba incontrastable y al suscitarse la pugna entre los dos poderes, se precipitó la Dictadura. Esto originó una época de extremada inestabilidad política, de gobiernos provisionales y dictatoriales que pretendieron revivir la Constitución de 1906 en varias ocasiones, aunque realmente se trataba de mera fórmula para cubrir una apariencia de democracia.

La decimocuarta Constitución

La Constitución de 1945 se elaboró en un clima de extremada violencia y de profundos resentimientos sociales y políticos, después del descalabro interna-

cional de 1942. Esa Carta resultó un compendio de buenas intenciones llevadas por un camino demagógico; así, instituyó dos importantes organismos como son el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal Supremo Electoral, pero no se equilibró debidamente las atribuciones de la Función Ejecutiva dejándose llevar de una injusta desconfianza hacia el Jefe del Estado.

Se incurrió, sobre todo, en el grave error de querer regresar, una vez más, a la Cámara única, que sólo podía justificarse en los albores de la República, pero que, después del largo recorrido de nuestros Congresos bicamerales, no tenía razón de ser. Felizmente ni siquiera llegó a funcionar ese Congreso de una sola Cámara, porque la Carta no alcanzó sino tres meses de vigencia y fue desconocida por el Presidente de la República el 30 de marzo de 1946 al mismo tiempo que convocó nueva Asamblea Constituyente.

La Carta de la estabilidad

La XV Constitución, de 1946, corrigió los excesos de la del 45 y logró una síntesis muy acertada de cuanto había experimentado el país en más de un siglo de vida republicana. Desarrolló y consolidó las libertades y al mismo tiempo dio las necesarias atribuciones para que el Jefe del Estado pudiera gobernar. El equilibrio y ponderación de esta Ley Fundamental se demostró en el largo período de gobiernos constitucionales que se sucedieron, en la paz política y el progreso nacional, y en la misma permanencia de la Constitución que tuvo una vigencia de veinte años, como ninguna hasta entonces.

La celeridad de los cambios económicos exigía medios ágiles de legislación, y se encontraron dos instrumentos adecuados: la Comisión Legislativa Permanente y la facultad del Presidente de la República de dictar Decretos-Leyes de Emergencia en materia económica. Ambos ensayos dieron favorables resultados.

Por otra parte, se perfeccionaron los sistemas de control de la legalidad de los actos y de la constitucionalidad de las leyes.

Un aspecto de fondo que ha contribuido poderosamente a la saludable evolución del ambiente político y a su pacificación, fue el acertado concepto sobre el laicismo de la enseñanza, que vino a corregir los excesos sectarios que habían caracterizado a las leyes y a la práctica gubernamental en esta materia desde principios de siglo. La Constitución de 1946 reconoce el derecho y deber fundamental de los padres de familia de dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren, y señala la obligación del Estado de favorecer la obra educativa, sea pública o privada.

La Constitución de 1967

En 1967 se promulga la decimosexta Carta Constitucional, que sigue los lineamientos de la de 1946 introduciendo algunos notables adelantos. Se formula con mayor amplitud el principio de la irretroactividad de la ley; se da gran desarrollo al principio de la igualdad ante la ley, afirmando la igualdad de los cónyuges entre sí y la de los hijos.[1]

La Carta del 67 tiene también instituciones nuevas como el Plebiscito o consulta popular, e incorporó al ámbito constitucional el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el de lo Contencioso Tributario, dando también rango constitucional a la Reforma Agraria. Desarrolló y dio nuevas funciones a la Junta de Planificación Económica que en la siguiente Carta se transforma en el Consejo Nacional de Economía.

La Carta de 1978

Después del período de Dictadura militar que pretendió gobernar bajo la teórica vigencia de la Constitución de 1945, se ha llegado a la actual, del año 1978. Esta fue elaborada por una Comisión y aprobada por consulta popular: se planteó a la Nación escoger entre dos proyectos, uno llamado Constitución de 1945 reformada y otro titulado como nuevo proyecto; este segundo obtuvo votación mayoritaria.

La Carta tenía notables errores e inexactitudes, que en parte se han ido corrigiendo en sucesivas reformas o mediante actos legislativos de interpretación y, finalmente, por nuevas consultas populares efectuadas en los años 1994 y 1995.

La conformación de la Función Legislativa resulta defectuosa: se han eliminado las representaciones funcionales y se reduce el Congreso a una sola Cámara (como en 1830, 1851 y 1945). Además se establecía la renovación integral de los legisladores y esto después de un largo período de cinco años: ambos aspectos, indudablemente inconvenientes, se han corregido, volviendo a la renovación parcial cada dos años, y reduciendo el período a los ya clásicos cuatro años. La supresión de las representaciones funcionales deja a las Fuerzas Armadas y la Policía sin voz en el Congreso y tampoco se aprovecha el valioso aporte de las Universidades, las Cámaras de Producción, los obreros, indígenas, etc.

Muy discutible resulta el voto concedido a los analfabetos, que se presta a múltiples maniobras poco democráticas y desalienta la campaña para eliminar el analfabetismo.

[1] La Ley 256, cuyo proyecto tuve el honor de elaborar, aplicó este principio de igualdad reformando más de quinientos artículos del Código Civil, del cual se hizo, también a base de un proyecto mío, la nueva codificación y la séptima edición, el año 1970.

Se ha pretendido robustecer a los partidos políticos, pero por medios poco naturales y violentando la libertad de los ciudadanos independientes. Este punto, objetado por muchos desde los inicios de la Carta, se ha corregido, como otros, por el plebiscito.

A pesar de las sucesivas reformas, quedan en la Constitución puntos dudosos, expresiones ambiguas y, en algunos casos puntos de dudosa interpretación en materias tan graves como el alcance del juicio político a los Magistrados.

Por primera vez se deja al arbitrio del Presidente de la República establecer el número y denominación de los Ministerios. Ya hemos señalado como al principio los designaba la Constitución, luego se dejó la competencia a la Ley y finalmente se ha llegado a esta decisión de carácter simplemente administrativo.

Una de las reformas más importantes a la actual Carta, reintrodujo la posibilidad de emitir Decretos-Leyes como contemplaba la Constitución de 1946 y que se había suprimido en la actual.

También fue trascendental el volver a invocar el Nombre de Dios en el Preámbulo de la Carta Fundamental, dando así la verdadera base meta-jurídica a todo el sistema y señalando un criterio cierto para la interpretación de las leyes, a la luz de los principios eternos e inmutables.

En conclusión, podemos afirmar que el Ecuador ha seguido desde su Independencia un camino ascendente, en términos generales, hacia un sistema de mayor perfección jurídica y democrática. Ciertas desviaciones que se han producido, no han logrado mantenerse, han sido fugaces. Hasta las Dictaduras han pretendido gobernar con alguna Constitución y, hay que reconocerlo, han respetado generalmente los derechos humanos más esenciales.

Hay puntos que deberían perfeccionarse, además de corregir la inadecuada conformación del Congreso, merecen especial mención los siguientes:

La relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional debe ser precisada. En algunos países se admite ahora la superioridad de los Tratados Internacionales, y cuando éstos modifican la Constitución deben ser aprobados por el órgano u órganos más altos y representativos del país, pero una vez aprobados, prevalecen sobre toda norma.

Era preciso delimitar bien la intervención de las tres Funciones del Estado en los problemas de constitucionalidad. Esto no es competencia exclusiva ni del Congreso ni de la Corte, ni del Ejecutivo, sino de las tres Funciones. La reciente

reforma[2] ha establecido el Tribunal Constitucional, que se integra por Magistrados elegidos por el Congreso, pero la Corte Suprema y el Presidente envían sendas ternas de candidatos, además, intervienen los Alcaldes Municipales, las Centrales de Trabajadores y las Cámaras de la Producción.

Igualmente el problema de la independencia de la Corte Suprema ha sido especialmente estudiado en estos últimos años y se ha procedido a varias reformas en lo relativo a la nominación de sus Magistrados, hasta que la reciente reforma consagra el establecimiento del Consejo Nacional de la Judicatura, que puede contribuir a lograr dicha independencia.

Sería preciso volver a establecer las representaciones funcionales en el Congreso, para asegurar una más equilibrada integración de la Función Legislativa.

La protección a la familia y a las entidades menores, tantas veces formulada en las Constituciones, exige una valiente y honda reforma legal y de los servicios sociales, que hagan eficaces esos ideales. El principio de subsidiaridad debe primar en esta acción y no se deben soslayar las convicciones morales y religiosas arraigadas en el pueblo. Las instituciones sociales deben responder al alma nacional y no oponerse a ella. La solidez y estabilidad de la familia se hallan actualmente comprometidas gravemente por el divorcio, fácil de obtenerse en el Ecuador como en pocas partes del mundo.

El robustecimiento de los partidos políticos no puede lograrse con medidas compulsivas como las que contenía la Constitución del 78, y que felizmente han sido modificadas a petición del pueblo, manifestada en la consulta del año 1994.

En términos generales, habría que afirmar cuanto contribuye al fortalecimiento de la unidad nacional, al desarrollo armónico de la democracia y al mejoramiento de las condiciones económico-sociales del pueblo. Una prudente descentralización de los servicios puede ser un buen instrumento para alcanzar estos objetivos y habrá que buscar los caminos para lograrla, aunque en la última consulta popular del año 1995, el voto mayoritario negó la reforma en el sentido de la descentralización; esta negativa popular probablemente se debió a causas políticas más que a un rechazo del sistema de la descentralización por sus propias características y consecuencias.

[2] Se promulga en el Registro Oficial 863 del 16 de enero de 1996.

XI. RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO

Ningún criterio más acertado para caracterizar una sociedad y delimitar sus derechos y deberes, que el de su finalidad. La causa final determina lo más específico de cada entidad y señala las características que debe tener un organismo; por esto, la delimitación de las funciones y prerrogativas del Estado y de la Iglesia, en el aspecto teórico, requiere una clara comprensión de la naturaleza y objetivos propios de estas dos grandes sociedades. En el devenir histórico a veces se perfilan debidamente las finalidades de una y otra organizaciones soberanas, y en otras, se desdibujan los contornos, se crean confusiones o conflictos. Esto se puede comprobar tanto en el ámbito de la historia universal como en el más reducido de la vida de una nación. En el presente capítulo trataré brevemente sobre lo sucedido en el actual territorio del Ecuador, desde la conquista española hasta nuestros días, en lo relativo a las relaciones -de colaboración o de conflicto-, entre la Iglesia y el Estado.

Época colonial

La Iglesia llegó a nuestra Patria, no como convidada a una sociedad ya formada, sino como principal actora de su establecimiento; soldados, aventureros, hombres de diversos ideales, trajeron juntamente con esfuerzos civilizadores, la fe cristiana. Entre los conquistadores destaca la figura de algunos sacerdotes y religiosos que desde la primera hora propagan el Evangelio e inician las obras de caridad características del Catolicismo; pero no se piense que solamente ellos fueron los fundadores de la Iglesia en nuestro continente y en nuestra Patria: clérigos y laicos, religiosos y seglares, todos estaban profundamente penetrados de un sentido cristiano de la vida y su acción de fundadores de ciudades, de difusores de la agricultura, de maestros de oficios o de organizadores de la vida cívica, iba igualmente dirigida a forjar la sociedad civil, como a establecer la sociedad espiritual. Sus virtudes y sus defectos, sus aciertos y sus errores, su conducta heroica en unos casos, taimada y reprobable en otros, fue siempre la de buenos o menos buenos cristianos que a la vez se sentían miembros de una Nación. La colaboración de todos en la fundación de estos pueblos, no admitía distinciones teóricas y el servicio de Dios y la búsqueda del bien común temporal se entretejieron constante y fuertemente.

La Iglesia asumió tareas ingentes, todas orientadas hacia su finalidad sobrenatural, pero siempre directamente vinculadas con el bien común espiritual. La fundación de aldeas y ciudades muchas veces se debió a la iniciativa de misio-

neros que trabajaban por agrupar la población dispersa y nómada, buscando facilitar así su evangelización. Las más variadas obras de cultura, desde las escuelas de artes y oficios o de primeras letras, hasta universidades, fueron empeños casi exclusivamente eclesiásticos. Desde luego, los hospitales, los asilos para niños o ancianos y toda clase de obras de beneficencia, se debieron a la Iglesia. También la enseñanza práctica y la organización del trabajo en las haciendas, talleres, obrajes, etc., muchas veces correspondió a elementos de la jerarquía eclesiástica. Todo esto supuso la dedicación de incontables personas: muchas vidas humanas entregadas al servicio del prójimo, con mayor o menor plenitud, ajustándose o no a las exigencias del ideal, pero, en fin de cuentas, vidas de abnegación bajo el signo de la Fe cristiana.

Tan descomunal esfuerzo requería también de medios económicos y la sociedad fue generosa en proporcionarlos, con íntima convicción, de modo que la Iglesia dispuso de aquellos recursos en abundancia. A veces se menciona la enorme riqueza territorial que adquirieron algunas congregaciones religiosas -como dato negativo-, pero no se destaca suficientemente el servicio prestado, generalmente, con esos bienes a todo el pueblo y principalmente a los más necesitados. No quiero negar la existencia de abusos y excesos; pero no se debe desconocer que con esa forma espontánea, fruto de arraigada convicción, una sociedad profundamente religiosa supo realizar a través de la Iglesia una redistribución de los bienes y de los servicios, una especie de socialización adecuada para el medio y por la cual se ponía en función de servicio de todos, abundantes bienes muebles e inmuebles.

La sociedad civil, por su parte, tenía graves responsabilidades que cumplir en el proceso fundacional: asegurar el orden, implantar el derecho, administrar justicia, difundir la civilización. Todo esto no era fácil y no daba campo a otras preocupaciones de orden cultural, sanitario, laboral, etc. de modo que las funciones del Estado se restringían bastante y se descargaba en la Iglesia, que, como acabamos de considerar, asumía gustosa numerosos y variados servicios, aptos también para facilitar la evangelización.

Lo que ordenaba la vida misma y las circunstancias del continente recién descubierto, fue consagrado por las instituciones jurídicas. Los Soberanos Pontífices, con clara penetración de las necesidades de estas tierras distantes y primitivas, concedieron a los Reyes de Castilla y Aragón, el derecho de Patronato, mediante el cual podían intervenir a fondo en los asuntos y el gobierno de la Iglesia en América. Las relaciones oficiales entre ambas sociedades, se resolvían por el sistema de la unión en la cabeza, concordando con la perfecta unión existente entre los miembros y la unidad de ideales: unos mismos eran los súbditos del Rey y los fieles de la Iglesia. Recordemos que celosamente se impidió la inmigración de moros, judíos, herejes, etc. a América, de modo que los europeos aquí eran en su totalidad católicos, y en cuanto a los indígenas su incor-

poración a la civilización, su integración al Estado, coincidía con su conversión al cristianismo, ya que se efectuaba en América un gran trasplante integral de Europa: Fe, sangre, cultura, organización social, derecho, trabajo, civilización.

El sistema de Patronato, indudablemente adecuado sobre todo para los comienzos de la gran aventura conquistadora y colonizadora, traía consigo graves inconvenientes a la larga, por los elementos de confusión, de indeterminación de funciones: el Estado parecía una super-Iglesia y la Iglesia se veía avocada a funciones y servicios que competen directamente al Estado moderno. Las ventajas del sistema y la paz social felizmente existente, hicieron que las cosas perduraran en aquel estado sin las mutaciones que habrían sido convenientes.

En la vida corriente surgieron, sin duda, numerosos conflictos, principalmente cuando la sociedad civil fue madurando y asumiendo sus responsabilidades más amplias, pero estos enfrentamientos se atribuyeron más a las personas, sin que sufriera el sistema. Como éste era por entonces el único conocido, no se intentó siquiera alterarlo, y perduró aún después de la separación de la Metrópoli.

El mayor inconveniente del sistema de Patronato colonial consistía en la subordinación directa de la Jerarquía local de la Iglesia al poder civil, con la consiguiente falta de independencia y las consecuencias muchas veces deploradas de corrupción, de estancamiento de la labor apostólica y de desvirtuación de la vida religiosa. Los abusos y escándalos que deslucen la gran obra evangelizadora y civilizadora de este período, en buena parte se deben al defectuoso sistema, además de las limitaciones y fragilidad humanas, aún de los mejores.

Conviene destacar el hecho de que el Patronato implicaba que toda comunicación entre las Iglesias locales con la Santa Sede tenía que pasar a través del Monarca, y lo que es peor, esto se efectuaba en la práctica, a través de un complicado engranaje administrativo, lento, interesado y a veces desconocedor de la realidad.

La República antes del Concordato

Culminado el proceso emancipador en los gloriosos campos de Pichincha, nuestra Nación se integró en la Colombia de Bolívar. Relativamente poca influencia tuvieron los pueblos del Sur en la orientación del descomunal Estado de reciente fundación: algunos diputados acudieron a Congresos y Asambleas y pocos vecinos de estos pueblos alcanzaron cargos de importancia, por el contrario, la mayor parte de las autoridades venían de Nueva Granada o Venezuela. Lo que hoy es el Ecuador se incorporó a Colombia cuando ésta había elaborado ya su Constitución y algunas leyes propias: todo ello heredamos en bloque. Con el conjunto del sistema colombiano, recibimos también un nuevo sistema de Pa-

tronato, que pretendía continuar el Patronato real anteriormente vigente por concesión pontificia.

El Ecuador, como Estado independiente desde 1830, no se planteó en un primer momento cambiar el sistema, que parecía el más natural, y en todo caso, el único experimentado hasta el momento. La fundación de la República, con sus afanes constitucionalistas no dejó tiempo para una reflexión más penetrante sobre el problema.

Posteriormente surgieron algunas dificultades, sea por los nuevos textos constitucionales (1835, 1843, 1845, 1851), sea por la exagerada injerencia de los Congresos en los asuntos eclesiásticos. Estas tensiones originaron discusiones ideológicas y el planteamiento de la necesidad de encontrar nuevos caminos en las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

Por otra parte, la Santa Sede no aceptó la imposición unilateral del Patronato. Los políticos colombianos habían querido fundamentar la Ley de Patronato de 1824 en una pretendida sucesión de Colombia en los derechos del Rey de España; pero los Sumos Pontífices advirtieron que tratándose de un privilegio personal, no podía ser asumido por los nuevos Estados. Con afán conciliador, el reconocimiento político de las entidades recientemente fundadas no se hizo esperar demasiado y se entablaron conversaciones para regular las relaciones con los Estados, pero solamente a mediados del siglo se suscribieron la mayor parte de los Concordatos: con Bolivia en 1851, Costa Rica 1852, Guatemala 1852, Haití 1860, Honduras 1861, Nicaragua 1861, El Salvador 1861, Venezuela 1862, Ecuador 1862 .

La política de los Estados vecinos, sobre todo Colombia, siguió influyendo en el nuestro; así, las medidas persecutorias de López y Mosquera, prácticamente se impusieron por amenazas a Urbina y Robles. Comenzó así a delinearse por primera vez en el Ecuador un enfrentamiento de sectores políticos en torno a la cuestión religiosa. Todos seguían profesando la Fe católica, pero algunos consideraban que sus adversarios eran demasiado clericales y comenzaron a titularse a sí mismos como liberales. Las luchas caudillistas y personalistas agriaron las disputas y llevaron lamentablemente a posiciones extremadas, intransigentes y exageradas.

García Moreno buscó ardorosamente recomponer la unidad nacional puesta en grave peligro de sucumbir ante la invasión peruana, los pactos con el enemigo de la Patria y el establecimiento de cinco Gobiernos en distintas regiones del país. Con vehemencia quiso recomponer un Estado en disolución, resistiendo la inmoralidad, imponiendo disciplina al ejército acostumbrado a continuas intervenciones en la política, llamando a clérigos y religiosos al cumplimiento de sus deberes específicos y dando un gran impulso a la educación, la cultura y el pro-

greso material; para ejecutar estos ideales comprendió que era preciso dar a la Iglesia un estatuto de independencia y respetabilidad, unir las fuerzas del Estado y las de la sociedad espiritual para la realización del bien común de la Nación en los aspectos materiales y espirituales, dentro de un clima de armónico entendimiento. Tras difíciles negociaciones y venciendo una ciega oposición debida más a la rutina que a la convicción ideológica, se llegó al Concordato de 1862, que entró en plena vigencia en 1866.

Según el Concordato Ecuatoriano, la Iglesia tiene en este país el pleno reconocimiento de su personalidad como entidad de Derecho Público; goza de independencia frente al Estado, asegurada por un fuero especial; puede desenvolver libremente sus actividades y cuenta con el apoyo del Estado; éste interviene moderadamente -para el criterio de la época-, en la designación de las autoridades eclesiásticas. La Iglesia cede a favor del Estado la tercera parte del diezmo y el Estado se encarga de la recaudación de este tributo, principal fuente de ingresos eclesiásticos e importante fuente fiscal para el Gobierno civil; esta materia debía ser ulteriormente reglamentada y originó algunas divergencias penosas.

El nuevo sistema probó su bondad de inmediato, y gracias a los afanes civilizadores y de progreso del gran Presidente, el Ecuador experimentó una época de adelanto ejemplar ante las naciones del mundo. La Iglesia floreció abundantes obras de educación y beneficencia y tomaron nuevo incremento las misiones y las labores de promoción popular, principalmente en beneficio de los indígenas.

A pesar de las evidentes ventajas del Concordato, se ahondó la discusión doctrinal y la política se polarizó en torno a él. El Concordato resultó como la divisa del partido presidencialista, y la oposición, alimentada por múltiples motivos e intereses, se centró también en un ataque frontal contra el Pacto internacional. Esto derivó en un cierto aire sectario anticlerical que fue adoptando el naciente liberalismo ecuatoriano, aunque todos los ciudadanos seguían considerándose buenos hijos de la Iglesia. Influencias extranjeras, venidas de Centro América y de los países vecinos, probablemente alentadas por logias masónicas, terminaron por imprimir en el liberalismo ecuatoriano un marcado carácter sectario. La reacción contra él, y la violencia revolucionaria mediante la cual logró el ascenso al poder agravaron las cosas, llevando hasta extremos de persecución antirreligiosa a un país en el cual todo ello resultaba contrario a su tradición y al sentir de la mayoría.

Entre tanto, el problema de la regulación de los diezmos había dado dificultades a un gobierno de neta orientación católica como fue el de Don Antonio Flores, y finalmente se llegó en 1890 a una Convención con la Santa Sede, por la cual se sustituían los diezmos por una contribución del tres por mil anual sobre los predios rústicos; esta Convención venía a incorporarse al Concordato, como

parte integrante de él y más tarde, ya en pleno período liberal, sería desconocida.

La ruptura

La revolución liberal, triunfante en 1895, no trajo de inmediato ningún avance efectivo en las libertades ciudadanas, como habría sido de desear. La Constitución de 1896 sustancialmente sigue la línea de las anteriores, y más bien restringe la libertad religiosa, puesto que introdujo una arbitraria e injustificable limitación: no podían ingresar al país comunidades extranjeras y se exigía la nacionalidad ecuatoriana para desempeñar cargos dirigentes de las Órdenes o Congregaciones. La falta de espíritu creativo, de sentido práctico y de verdadero amor a la libertad, hicieron que de esta manera se agudizara la lucha política en torno a una cuestión de índole religiosa. La reacción eclesiástica fue valiente y en algún caso extremada, creándose así un clima de tensión. Los gobiernos liberales trataron de justificar la transformación política con nuevas medidas que atacaron frontalmente las convicciones de la gran mayoría de los ecuatorianos: Ley de Matrimonio Civil y Divorcio, laicismo de la educación oficial, Ley de Cultos de carácter netamente policial y represivo, ley de Beneficencia que confiscaba sin remuneración buena parte del patrimonio eclesiástico y otras medidas legales, a las que se sumaron las prácticas administrativas arbitrarias, las persecuciones personales, los abusos y aún crímenes contra la propiedad, las personas y las libertades. Todo esto resultaba absolutamente contrario al espíritu de la Nación, era fruto de imitación a países diversos del nuestro y no traía ninguna ventaja. Tan impopular fue el divorcio impuesto por la violencia, que en los ocho primeros años apenas si se produjeron una decena de disoluciones del vínculo civil. Sembró, sin embargo, el germen de grave discordia, de inestabilidad y de poco aprecio hacia la unidad familiar que ha ido difundiéndose para desventura de la sociedad, hasta convertirse en un cáncer social generalizado.

La Iglesia quedó en una situación jurídica ambigua cuando la Constitución de 1906 no reconoció ya su personalidad pública y consumó la ruptura del Concordato ya afectado por las medidas legales anteriormente reseñadas. También se produjo la ruptura de las relaciones diplomáticas con la Santa Sede.

El laicismo de la educación asumió un carácter marcadamente sectario: bajo el pretexto de una educación neutral, se hizo amplia propaganda de ideas materialistas y ateas; se restringió la libertad de los padres de familia y se hostilizó a los alumnos de los colegios particulares. Varios establecimientos católicos de educación pasaron a poder del Estado, otros tuvieron que cerrarse y todos debieron subsistir exclusivamente con sus propios recursos, sin ayuda del Estado y defendiéndose constantemente de la maquinaria administrativa que funcionaba, no para estimular, sino para poner trabas y dificultades.

El culto público fue gravemente obstado y se impidió la entrada de sacerdotes y religiosos extranjeros. Se pretendió privar aún del derecho de voto a los eclesiásticos. Paralelamente, las nuevas reformas al Derecho Civil, facilitaron progresivamente el divorcio, como queriendo fomentar una institución disolvente de la sociedad; se llegó al mutuo consentimiento manifestado ante una autoridad de ínfimo rango y sin más formalidades se podía acabar con un hogar en cuestión de horas. La legislación y el gobierno respondían, pues, a una orientación totalmente anticristiana y contraria a las convicciones del pueblo.

El Modus Vivendi

Esta situación de extremada violencia y de total irrealismo y alejamiento del sentir popular, no podía mantenerse indefinidamente. Un mínimo de sensibilidad democrática obligaba a rectificar esa postura artificial. El Jefe Supremo Ingeniero Federico Páez comprendió la necesidad de actuar con más realismo y respeto de la conciencia nacional y de la libertad. En 1937, el Canciller Don Carlos Manuel Larrea suscribió con Monseñor Fernando Cento Enviado Especial y Plenipotenciario del Papa Pío XI, el Modus Vivendi que restableció las relaciones entre las dos Potestades e inicia un nuevo período en la historia de éstas.

El principio que inspira el documento solemne es diverso del propio del Concordato: ya no se trata de la Iglesia en un Estado confesional, sino de un régimen de separación, mutuo respeto y colaboración en determinados asuntos de interés común, tales como la promoción del indígena, las misiones, la educación. El Modus Vivendi asegura a la Iglesia su libertad e independencia total para sus funciones propias. La Iglesia es reconocida como persona jurídica de naturaleza especial. Desaparece hasta el último vestigio de Patronato o de injerencia del Estado en los asuntos eclesiásticos. Las dos Potestades se comprometen a aunar sus esfuerzos en favor del pueblo, pero manteniendo cada cual su propio lugar.

Una Convención Adicional, firmada el mismo día, resolvió los asuntos económicos con generosa donación de la Iglesia a favor del Estado de las propiedades que habían sido arrebatadas a principios de siglo; el Estado, a su vez, se obligó a un pago simbólico para compensar a las Comunidades religiosas perjudicadas. En notas intercambiadas entre el Canciller y el Nuncio se estableció que la legislación sobre la familia debería reformarse para hacerla más acorde con los principios cristianos profesados por los ecuatorianos.

El Modus Vivendi ha producido una distensión, una nueva época de relaciones amistosas y constructivas. El mismo laicismo de la educación ha tomado en estos años un nuevo giro, tendiendo hacia una posición de respeto, como lo estableció la Constitución de 1946 y se mantiene en las subsiguientes de 1967 y

1978, que reconocen a los padres de familia el derecho y deber fundamental de dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren. También la legislación matrimonial ha sido siquiera levemente corregida, aunque quedan todavía amplias facilidades para la destrucción legal del vínculo que debería ser indestructible.

La colaboración práctica entre la Iglesia y el Estado en las Misiones religiosas y civilizadoras del Oriente y en ciertos territorios de la Costa ha sido intensa y fecunda. No ha escatimado el Estado las ayudas económicas para numerosas obras de beneficencia o de carácter social así como para las Comunidades religiosas. Se han reconocido exoneraciones y desgravámenes fiscales para la educación y otras labores de beneficio popular y la educación particular ha sido nuevamente subvencionada por el Estado, aunque en cuantía insuficiente, sobre todo a partir del Decreto 2129 dictado por la Junta Militar de Gobierno en 1965. En una palabra, las relaciones entre la Iglesia y el Estado, a partir del Modus Vivendi de 1937, han sido de progresiva cordialidad, de colaboración constructiva en beneficio del bien común: los ciudadanos del Estado y fieles de la Iglesia, son en su mayoría los mismos, y reciben de ambas instituciones los servicios coordinados a que tienen derecho. Queda mucho por hacer en el plano de la revisión de las leyes, para depurarlas del absurdo sentido anticristiano que se les imprimió a principios de siglo, y conformarlas con el verdadero sentir de la Nación.

En 1978 la Junta Militar de Gobierno culminó las gestiones que venía realizando para obtener que se prestara atención religiosa a las Fuerzas Armadas y la Policía. Se suscribió el Convenio internacional entre el Ministro de Relaciones Exteriores y el Nuncio Apostólico en agosto. Este tratado fue aprobado por el Congreso Nacional por unanimidad y se realizó el canje de ratificaciones ya en 1982, con lo cual se instauró el Vicariato Castrense en 1983, que más tarde se denominó Ordinariato u Obispado Castrense. Este es un aspecto importante de la colaboración entre la Iglesia y el Estado para dar atención religiosa a un sector de la población que vive en circunstancias especiales, como es el caso de los militares. Los servicios pastorales no se imponen, sino que se brindan a los católicos que deseen recibirlos en los cuarteles, de la misma manera que en una Provincia existe una Diócesis que organiza esas actividades en favor de los fieles respectivos, a quienes tampoco se obliga a utilizar los servicios religiosos.

También dentro del sentido de respeto a la libertad, la Conferencia Episcopal presentó un proyecto de Ley de Libertad de Educación Religiosa de las Familias del Ecuador, que permite que los padres pidan, si lo desean, que se de instrucción religiosa a sus hijos, señalándose para tal caso dos horas de clases de la religión que ellos escojan. El proyecto suscitó una amplia discusión a través de todos los medios de comunicación social y se demostró claramente que no se trataba de imponer a nadie ninguna obligación y que solamente se ponía en ejecución el principio constitucional que reconoce a los padres de familia el

derecho de dar a sus hijos la educación que a bien tuvieren. En dos sesiones del Congreso Nacional, con la renovación parcial de sus miembros en el intermedio, fue aprobada la Ley, que el Presidente Sixto Durán Ballén sancionó y promulgó en 1995. Finalmente, habiéndose impugnado su constitucionalidad, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema sentenció que la Ley es constitucional. El Ministerio de Educación expidió el Reglamento para la aplicación de la Ley y se están dando los pasos para cumplir estas normas que garantizan plenamente la libertad educativa.

En tres aspectos principales se requiere una adecuación de las leyes secundarias a los grandes principios de libertad contenidos en la Constitución de la República, reafirmados por las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos, y convenidos solemnemente en el Modus Vivendi: la verdadera libertad para administrar los sacramentos, el respeto a la indisolubilidad del vínculo matrimonial y efectiva ayuda a la educación particular.

Ya que la Constitución declara la libertad de cultos y el Modus Vivendi reconoce a la Iglesia plena autonomía para las cuestiones propias de su esfera de acción, realmente están derogadas las normas legales o reglamentarias que imponen requisitos civiles para poder celebrar actos de culto, como son los sacramentos del Bautismo y del Matrimonio. Estas disposiciones entrañan, además, una discriminación contra los ciudadanos católicos, incompatible con el postulado constitucional de la igualdad de todos ante la Ley. Sin embargo, se sigue exigiendo, arbitrariamente, que se cumplan requisitos previos de Registro Civil, para poder celebrar estos sacramentos; convendría por lo mismo una expresa derogación de normas que son inconstitucionales y contrarias al Pacto Internacional con la Santa Sede y a las Declaraciones de Derechos Humanos suscritas y ratificadas por el Ecuador.

En cuanto a la legislación matrimonial, es de desear que se la haga más conforme con la conciencia católica del pueblo ecuatoriano, dando por lo menos, la posibilidad de que aquellos ciudadanos que libremente lo deseen, puedan contraer un vínculo matrimonial con efectos civiles que sea realmente estable, indisoluble. Esto se lograría simplemente respetando la libertad de que quien así lo desee exprese su renuncia a la acción de divorcio y confiera de este modo carácter indisoluble al vínculo civil. En nada se atacaría con ello a la libertad de conciencia de quienes no admiten la indisolubilidad, sino que con este sistema se garantizaría por igual a los otros ciudadanos cuya conciencia exige la indisolubilidad del vínculo conyugal. La sociedad entera se beneficiaría de este mayor respeto a la estabilidad de la familia.

Finalmente, aunque se ha adelantado bastante en el reconocimiento de la libertad de educación, es preciso hacerla más efectiva, con el reparto equitativo y

proporcional de los fondos destinados a este servicio entre todos los planteles que lo brindan a la sociedad.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

BIBLIOTECA

XII. REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO REPUBLICANO DEL ECUADOR

El relato o el recuerdo de los hechos históricos lleva espontáneamente a reflexionar sobre las causas de los acontecimientos y los lineamientos fundamentales del desenvolvimiento de la actividad de una sociedad. En este discurso pretendo sintetizar algunas de esas conclusiones que surgen de la meditación sobre la evolución del derecho ecuatoriano en la época republicana.

La primera observación que parece evidente, consiste en reconocer que el Ecuador inicia su vida autónoma, a raíz de la proclamación de Independencia del 10 de agosto de 1809, con un patrimonio jurídico largamente elaborado y de gran riqueza axiológica. Heredamos a través del Derecho Español, los tesoros milenarios del Derecho Romano y del Derecho canónico. La legislación especial para las Indias, a su vez, fue elaborada al calor de altos ideales cristianos, con un gran sentido de la dignidad de la persona humana. En cuanto al aporte del pensamiento indígena, poco conocemos y casi exclusivamente por los relatos de los cronistas de la conquista o las observaciones que más tarde harán algunos espíritus extraordinariamente observadores como el Obispo de la Peña y Montenegro en su Itinerario de Párrocos de Indias. Las costumbres relativas al cultivo y tenencia de la tierra son probablemente las aportaciones indígenas de mayor importancia. En una palabra, el derecho con el que se estrena la República, es el derecho español, forjado en casi tres siglos de régimen monárquico y que apresuradamente tuvieron que adaptar los patriotas al nuevo sistema republicano.

Podemos ufanarnos, por consiguiente de tener un punto de partida de gran categoría y que, a la vez, requería una delicada operación de adaptación, la que efectivamente se realizó, principalmente en los primeros cincuenta años de la República.

Conviene destacar cuales eran los principios fundamentales que inspiraban esa legislación inicial del Ecuador.

Sintéticamente podemos afirmar que las leyes españolas y las leyes de indias estaban animadas por los siguientes grandes ideales. En primer lugar todo el sistema jurídico tiene un fundamento teológico, propio de la concepción cristiana de la vida. Dios es el Supremo Legislador, la Verdad y Justicia perfectas y su Pensamiento y Voluntad constituyen la Ley eterna, de la que las leyes humanas

no son otra cosa que un intento de aplicación. El fundamento del Derecho resulta de esta manera estable, inconmovible y queda la norma jurídica rodeada de la necesaria respetabilidad. No es un precepto arbitrario, sino una regla de la razón, iluminada por la fe, que conduce a los hombres y los pueblos hacia la perfecta realización de su finalidad trascendente.

El sentido teocéntrico del derecho no solamente palpitaba en las leyes vigentes al momento de la separación de España, sino que estaba profundamente arraigado en el alma de los padres de la Patria, por esto, en la misma proclamación de Independencia sobresale el ideal de mantener la religión y permanecer fieles a ella. Este ideal no se desvanece en los decenios siguientes pero sí sufre crisis a finales del siglo y da origen a nuevos planteamientos.

En segundo lugar, la sociedad en 1809 se hallaba estructurada de modo rigurosamente jerárquico. Tres siglos de monarquía habían impreso huellas de profundas diferencias sociales. Esta situación tenia que cambiar y precisamente uno de los grandes ideales de la Independencia consistía en alcanzar la igualdad social, aunque esto se fue haciendo efectivo de modo muy lento. Las declaraciones teóricas eran brillantes, comenzando por la condenación de la esclavitud, pero la realidad vital poco cambió con la separación de España, y así la esclavitud solamente será abolida en 1854, y la situación de inferioridad de indígenas y negros no ha sido todavía remediada cabalmente.

Por lo demás, en el aspecto político y estructural, los patriotas de agosto tuvieron la clarividencia y energía suficientes para romper con los viejos esquemas monárquicos y mirar hacia el modelo republicano. Cierta concesión a la monarquía se descubre en la pretendida fidelidad al Rey Fernando VII, pero claramente aparece como una pantalla para lanzarse a la gran aventura de la vida independiente, ya que de ninguna manera se descubre que el Rey tuviera ninguna función en el nuevo Estado. Ya en la Constitución de Riobamba se reafirmará en toda su pureza el régimen republicano y la total autonomía del Estado surge propiamente en la Constitución de Ambato de 1835.

Un anhelo de buena administración, de gobierno que sirva los intereses de la sociedad, es la tercera característica de los afanes de los Padres de la Patria. Bien puede afirmarse que la ineficacia de las autoridades, el atraso cultural y material de la Colonia, fueron acicate para la Independencia, y los forjadores del nuevo Estado deseaban un tanto quiméricamente reformar ese estado de cosas. En este aspecto, el ideal tiene algo de mítico: pensaban nuestros antepasados que los males de la sociedad se remediaban casi mágicamente con buenas leyes, descuidando con frecuencia la necesaria formación de las personas, la elevación del ambiente moral y cultural, la formación de costumbres adecuadas para una vida más civilizada. Sobre este punto insistirán con energía los grandes estadistas del siglo XIX, como fueron Rocafuerte, García Moreno y Antonio

Flores. Todos ellos y otros pensadores de la época anotaban la distancia grande entre los ideales planteados por las leyes y las realidades sociales imperantes en nuestro medio y la consiguiente necesidad de partir de una reforma de las costumbres para alcanzar un efectivo bien común.

En la época fundacional, junto a los grandes principios arraigados por la tradición colonial, influyen también, y poderosamente, nuevos planteamientos jurídico–políticos, principalmente originados en los principios de la Revolución Francesa y en la imitación de la organización Norteamericana. Pero estos nuevos principios se tamizan notablemente en la elaboración de nuestras primeras Constituciones y leyes, para adaptarlos a las convicciones irrenunciablemente católicas de gobernantes y gobernados. Se adoptan los principios del Gobierno Presidencial, responsable y alternativo. Se considera casi un dogma el de la separación de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, como enseñaba Montesquieu y se creía que las declaraciones de Derecho Humanos bastaban para afianzar el debido respeto a la persona humana. Primaba un marcado individualismo y casi no se dio atención a los fenómenos organizativos y sociales. En todo esto, se aprecia la influencia del acontecer histórico de otros países y su influencia, a veces indiscriminada, en el nuestro. Solamente a partir de la Constitución de 1929 se presta atención al derecho social y se sientan sus bases.

La distancia entre las declaraciones legales y la realidad vivida por los pueblos origina descontentos que se traducen en numerosos hechos subversivos, pomposamente denominados revoluciones. Se derriba al gobernante con la fuerza de las armas y prometiendo profundas transformaciones que traerán la felicidad general. Se procede a elaborar una nueva Constitución por medio de una Asamblea Constituyente y se termina entronizando en el poder con título legal de Presidente al caudillo del alzamiento revolucionario. Este proceso en el que se mezclan sinceros ideales de renovación y simples intereses personalistas o de partido, se ha repetido numerosas veces produciendo inestabilidad, intranquilidad y ruptura de los vínculos sociales, enfrentando artificialmente a los ecuatorianos. Pero a través de esta vida política, que a pesar de todo no ha sido tan violenta y agitada como en otros países, hemos logrado un desarrollo progresivo del sistema democrático y un afianzamiento de las estructuras básicas del Estado.

Es así como el Ecuador ha permanecido fiel a la forma de Estado unitario con Gobierno Republicano de tipo presidencialista. Salvo veleidades momentáneas, como el pseudo federalismo de la Constitución de 1851 (de cortísima vigencia) o de falso parlamentarismo propio de la Carta de 1929, nuestro país mantiene una ejemplar fidelidad a los principios estructurales ya consignados en la Primera Constitución. Otras naciones europeas y americanas, en este mismo período de dos siglos han pasado por variados sistemas monárquicos, republicanos, imperiales, unitarios o plurales, etc.

Contrasta esta sabia prudencia de nuestros legisladores para permanecer fieles a nuestras raíces, con la general ineptitud para abordar y resolver los problemas prácticos de buena administración y gobierno.

Ejemplo típico puede presentarse en la abolición de la esclavitud, anhelada y proclamada desde la Independencia, pero no realizada sino a mediados del siglo. Se pretendió manumitir a los esclavos pagando a sus amos el justo precio y para contar con recursos se estableció un mísero impuesto a las herencias testamentarias (que debían ser muy pocas), con lo cual el hermoso, necesario y urgente ideal humano de la libertad de todo hombre, sufrió un atraso lamentable.

Otra manifestación de esa escasa habilidad práctica se manifiesta en que si bien las declaraciones de los Derechos Humanos se han ido perfeccionando y completando satisfactoriamente a lo largo de nuestras 18 Constituciones, en cambio no se ha provisto sino muy tardíamente de los organismos y procedimientos adecuados para hacer efectivos esos Derechos de la persona humana y la sociedad. Solamente a mediados del siglo XX se establecen los grandes mecanismos de contralor y de protección de los Derechos políticos y sociales, la Contraloría General del Estado, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, Contencioso Fiscal y de Garantías o Derechos Constitucionales. Estos organismos básicos para la democracia efectiva se han consolidado en los últimos decenios. Igualmente, el perfeccionamiento del Habeas Corpus, que ya existe en forma rudimentaria en 1830, solamente se produce un siglo más tarde, y las recientes reformas a la Constitución actualmente vigente, tratan de consolidar estas garantías de los Derechos Humanos a través de la Defensoría del Pueblo, el Habeas Data, la acción de Amparo y un perfeccionamientos del Tribunal Constitucional.

La poca preparación para asumir las funciones del gobierno y la legislación aparece de modo dramático cuando se analiza la evolución del Derecho Fiscal y Tributario. Sorprende la escasa atención dada a estos asuntos en los primeros años de la República, y cómo pudo mantenerse una incipiente Administración con tan reducidos recursos. Sea por falta de conocimientos hacendarios, sea por egoísmo y tacañería, lo cierto es que se pretendía que funcionara el Estado prácticamente sin ingresos seguros. Faltó imaginación o generosidad para establecer tributos que habría sido razonable establecer. En un país con extensos dominios territoriales no se gravó oportuna y debidamente la propiedad inmueble y se conservó en cambio el odioso sistema de la capitación personal, agravado por la diferencia injusta y humillante entre blancos e indígenas.

Sin recursos suficientes el Estado resultó ineficaz para abordar y resolver los grandes problemas nacionales. la defensa de su territorio, la integración de los diversos sectores, la elevación cultural, el desarrollo de las artes, las industrias y el comercio. Menos mal, que la Administración pública se mantuvo durante

bastante tiempo en términos de modesta magnitud. Inicialmente existía un sólo ministerio, en 1835 se establecen ya dos, más el Supremo mando militar que constituye otra especie de ministerio. En la Constitución de 1906 se fija el número máximo de ellos en cinco y solamente en la época de los golpes de Estado se multiplican estas Secretarías del Ejecutivo. Paralelamente se establecen numerosas entidades autónomas y este crecimiento de la burocracia juntamente con renovados afanes de progreso, conducen a la proliferación de impuestos, creados de manera inorgánica, poco científica y con efectos a veces contraproducentes para el desarrollo del país.

Esas mismas limitaciones materiales, en contraste con el razonable deseo de desarrollo en los diversos sectores del país, han suscitado la creación de muchas entidades descentralizadas y autónomas, a veces provistas de recursos propios o de recaudación directa. Llegó en algunos momentos a ser tan grande el número de estos entes administrativos y de los tributos locales, que constituían una maraña complicadísima, con las consecuencias de una imposibilidad de controlarlos, multiplicación de los abusos económicos, fraudes, etc., dispersión de los pobres recursos del país. La revolución de 1925 se propuso eliminar muchas de esas entidades que luego volvieron a multiplicarse y dieron origen a nuevos intentos de simplificación y mayor control en las épocas de dictadura militar y en la cuarta administración del Dr. Velasco Ibarra.

El problema que se acaba de describir se traduce en la tensión entre centralismo y descentralización administrativa, que ha dominado la historia jurídica del país y que aun no encuentra una satisfactoria solución. Se trata de llegar con los servicios del Estado a todos los rincones del país y de atender a los diversos sectores de la población, pero manteniendo la unidad nacional y el debido control. No siempre se ha contado con suficiente número de personas capaces de asumir la administración con la debida competencia, ni siquiera en todas la cabeceras cantonales, no digamos en las parroquias y pueblos pequeños. El problema de la capacitación del personal para una administración publica eficiente, es uno de los más vitales en el Ecuador.

Como era razonable, el Estado supo respetar la iniciativa privada y contó con la ayuda de las entidades no estatales, para conjugar los esfuerzos hacia el desarrollo general. Entre esas entidades la de mayor vitalidad, capacidad y tradición ha sido la Iglesia Católica. El papel de la Iglesia en el Ecuador, como es bien sabido, ha superado los límites de sus propias finalidades espirituales, para adentrarse en una valiosa colaboración en los campos de la civilización de los selvícolas, de educación en todos sus niveles, la cultura en los más variados campos del arte, las ciencias, los oficios, la solución de los problemas sociales, etc.

El aporte de la Iglesia ha sido permanente y de enorme beneficio para el país, pero la forma de relacionarse con el Estado para esta contribución al bien co-

mún ha sufrido variadas situaciones... Inicialmente se vivió, por inercia más que por convicción, el sistema de patronato, que por privilegio fue concedido a los reyes de Castilla y que no correspondía a los parlamentos o presidentes de la nueva República. Esta prolongación de un sistema que correspondía al período colonial y no era admisible en el nuevo régimen, produjo tensiones y abusos que García Moreno trató de remediar con elevado sentido patriótico y amor a la Iglesia. El Concordato de 1862 estableció las bases para una colaboración ordenada entre Iglesia y Estado, que produjo notables frutos de progreso cultural y material, sobre todo en beneficio de las misiones en nuestra Amazonía. La ruptura del Concordato y el espíritu sectario que caracterizó a los caudillos de la revolución de 1895, trajeron al Ecuador un clima de tensión, de agrias polémicas y de persecución religiosa que significaron grave quebranto de la paz social, atraso cultural y debilitamiento de la unidad nacional. Se restableció en términos más modernos y realmente amantes de la libertad mediante el Modus Vivendi de 1937, que significó el definitivo abandono por parte del Estado de la pretensión de controlar la Iglesia e intervenir en sus asuntos peculiares se aseguró la plena libertad a la Iglesia y se comprometieron ambas Potestades a colaborar para los grandes problemas de la civilización de la Amazonía y el mejoramiento de la situación de los indígenas. Particular importancia tiene el reconocimiento de la libertad de educación reafirmada en este pacto internacional. Otras convenciones posteriores han perfeccionado, completado el régimen de libertad y colaboración que permite el pacífico desempeño del Estado y de Iglesia, entre ella sobresale el Convenio para la atención religiosa a las Fuerzas Armadas y Policía, celebrado en 1978 y ratificado en 1982.

El duro enfrentamiento entre el Estado y la Iglesia que fue provocado por el sectarismo de la revolución llamada liberal, trajo consigo una grave limitación de las libertades y el atropello sistemático de los derechos humanos y libertades políticas, el fraude electoral se institucionalizó y se produjo así un retroceso en la marcha ascendente de la democracia. Pero, pasados los primeros años de mayor virulencia persecutoria, se ha ido regresando a los cauces de la normalidad y de la convivencia civilizada. La libertad del sufragio se ha consolidado con la estructuración adecuada del Tribunal Electoral, y la libertad de educación se ha afianzado en los textos de las Constituciones de 1929, 1946, 1967 y la actual; finalmente, la reciente Ley de libertad de enseñanza religiosa, ha consagrado el principio de que los padres de familia pueden pedir libremente que se de esta instrucción a sus hijos, si lo desean.

En el plano del Derecho Civil, la elaboración del Código sobre la base del de Don Andrés Bello, preparado para Chile, significó un paso de gran importancia. El Código que entró en vigencia en 1861 tiene altísima categoría jurídica y respondía admirablemente al alma nacional, a sus tradiciones y costumbres. Posteriormente ha sufrido numerosas reformas, no siempre acertadas. Las que se produjeron a principios de siglo, en medio del acaloramiento de la lucha antirre-

ligiosa, fueron las más lamentables, porque destruyeron la unidad y armonía de este cuerpo de leyes y su concordancia con las convicciones profundas de la nación. Así, el matrimonio civil y el divorcio se oponen a los principios cristianos del pueblo y solamente han ido entrando en las costumbres lentamente, deformando las conciencias y produciendo un evidente debilitamiento de la institución familiar y grave quebranto de la moralidad. Este es un ejemplo de cómo la imitación indiscriminada de las experiencias de otros medios, puede llevar a incalculables males.

En cambio, ha sido muy positivo el proceso de reformas tendientes a garantizar mejor los derechos de la mujer y de los menores de edad. La reforma propuesta por García Moreno apenas puesto en vigencia el Código, concedió capacidad jurídica a la mujer casada que ejerciera una profesión; unos cincuenta años más tarde, se aprobó la Ley de Emancipación Económica de la mujer casada, debida a la feliz iniciativa del Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, otras reformas se produjeron sobre todo en la década de los años 30, y finalmente en 1970 tuve el honor de preparar la amplia reforma del Código que mediante la modificación de más de quinientos artículos garantizó plenamente la igualdad de los cónyuges, la capacidad plena de la mujer a la vez que puso en pie de igualdad a los hijos concebidos dentro o fuera de matrimonio. Todavía en 1988 y 1989 se ha retocado esta materia delicada.

Otros progresos importantes en el campo del Derecho Civil han sido en este siglos, las leyes sobre adopción de menores, patrimonio familiar, propiedad horizontal, leyes de propiedad artística, científica y literaria, etc.

Los adelantos de las ciencias, la técnica y el comercio internacional han originado la necesidad de una abundante legislación sobre asuntos nuevos, con los inventos modernos para las comunicaciones y transporte, la explotación del petróleo, la producción eléctrica, etc. La legislación sobre estos asuntos técnicos ha sido abundantísima en el siglo XX y ha estado sometida a frecuentes cambios, producto de la inexperiencia y de la rapidez de la modificación de las circunstancias.

Las luchas mundiales entre las ideologías han repercutido notablemente en la legislación de nuestro país. A partir de 1929 se puede anotar una fuerte preocupación de índole social, promovida por una parte por las doctrinas sociales de la Iglesia, que desde fines del siglo pasado ha llamado fuertemente la atención sobre la cuestión social, pero también influyó en nuestra legislación el pensamiento socialista. El proceso de la legislación social ha sido prudente, paulatinamente se han introducido garantías laborales de enorme importancia: limitación de la jornada de trabajo, descansos obligatorios, regulación del trabajo de mujeres y niños, garantías de estabilidad, indemnizaciones por despido o por accidentes, etc. El conjunto de leyes que se fueron dictando desde fines del siglo

pasado, se recogieron muy acertadamente en el Código del Trabajo de 1938, que a su vez ha sido continuamente reformado, siempre para mejorar la condición de trabajador. Pienso que esta adecuada legislación laboral, juntamente con el temprano desenvolvimiento del Seguro Social, que se inicia con la Caja de Pensiones en tiempo del Presidente Isidro Ayora, han contribuido a asegurar la paz social. El Ecuador no ha experimentado los graves trastornos que han dañado tanto a países vecinos.

Los fenómenos del terrorismo y el tráfico de estupefacientes han dominado la historia reciente de nuestros vecinos y no han dejado de tener alguna influencia negativa en el Ecuador, aunque felizmente, por el arraigo de las convicciones religiosas, por un cierto menor contraste social, por el temperamento de los ecuatorianos y quien sabe por que otras razones, no hemos llegado a los extremos de destrucción y violencia de Colombia y Perú. Varios gobiernos se han planteado la necesidad de prevenir la extensión de esos graves males en nuestro país, y se ha intentado, sobre todo en las dos Dictaduras Militares, de mejorar los sistemas de prevención y de represión de esos delitos. Parece indispensable dar más atención a este tremendo peligro para la paz y prosperidad de la nación, mejorando los métodos de educación, difundiendo por los medios de comunicación social ideas constructivas y también sancionando con mayor eficacia y energía a quienes pueden destruir la sociedad. Las reformas que se han intentado en este sentido en el Código Penal, no han persistido, desgraciadamente, por reacción contra los regímenes de facto que las impusieron. Sería de desear que, con serena deliberación el Congreso Nacional aborde estos problemas.

También corresponde a la influencia exterior en este país, las variaciones de la legislación en lo que atañe al Comercio Internacional, a las cuestiones financieras, las inversiones extranjeras y tratamiento de los capitales foráneos. Se ha pasado por etapas de mayor proteccionismo a otras de liberalización, sin mantener una línea constante, que aseguraría mayor confianza en el país por parte de sus propios ciudadanos y de los extranjeros. La estabilidad de la legislación en estas materias parece ser absolutamente necesaria para garantizar el desarrollo y prosperidad de la nación, y es precisamente lo que ha faltado.

Ahora se plantea la integración, con los países Gran Colombianos, con los Andinos, con toda América Latina. Se han dado pasos, un tanto teóricos en este sentido. Parece un ideal comúnmente admitido y afirmado sin mayor argumentación. Considero que, si bien no podemos sustraernos a una corriente mundial de unificación, que ya ha dado frutos en Europa, no debemos aceptar de modo indiscriminado cualquier género de integración. En primer lugar, conviene afianzar el sentido mismo de la integración, que no puede consistir en un sistema en que se subordine todo a la mayor producción. Pienso que este es un gran peligro en el momento presente: se plantea la integración como la panacea para mejorar la producción, pero a cualquier precio, aún con desprecio de los intere-

ses y derechos superiores de la persona humana y de los pueblos. Podemos y debemos colaborar estrechamente con otros países para afrontar los desafíos del comercio mundial, para mejorar las condiciones económicas de nuestros pueblos, pero no a base de suprimir garantías laborales, de desmejorar la situación de los menos favorecidos, y mucho menos de sacrificar los grandes principios, los ideales propios de nuestra Nación. La integración, como todas las cosas, deben ponerse al servicio del hombre y no sacrificar al hombre. Si la integración supone renunciar a características culturales, no resulta humana; si se comunican no sólo los bienes sino los males del terrorismo, del narcotráfico y otros por el estilo, no se puede admitir tal proceso integracionista. Este no podrá afianzarse sino en términos de justicia y de respeto a los derechos de los pueblos, sin despreciar a las minorías y sin atropellar los derechos territoriales. No veo cómo puede avanzarse por el camino de la integración si no se resuelve con equidad nuestra controversia territorial con el Perú

La historia de los límites con Colombia y con el Perú ha llenado buena parte de la acción diplomática y jurídica de nuestro país. Con Colombia hemos llegado desde 1916 a términos de definitivo arreglo de manera pacifica. No así con el Perú, con el que hemos tenido varios enfrentamientos armados, a través de los cuales el vecino poderoso ha pretendido constantemente imponer sus aspiraciones con total irrespeto del Derecho. La tragedia de nuestro país ha consistido en que hemos confiado demasiado en la eficacia del Derecho Internacional y no hemos tenido la fuerza suficiente para hacer respetar nuestros derechos. El Ecuador ha contribuido positivamente al desarrollo del Derecho Internacional, participando activamente en múltiples reuniones y Tratados en todos los cuales se ha condenado la guerra, la adquisición de territorios por la fuerza o la amenaza de la fuerza, pero esos tratados y declaraciones que también ha suscrito el Perú no prevén los procedimientos eficaces para hacer respetar tan saludables principios. Es así como la ocupación efectiva de los territorios en discusión ha llevado a situaciones que parecen irremediablemente contrarias a los intereses y derechos de Ecuador: ha faltado el respaldo de una fuerza armada suficiente para hacer respetar el derecho.

El problema de las Fuerzas Armadas ha sido otro de los que han centrado el desarrollo del sistema jurídico. La legislación militar es abundantísima en el Ecuador y a través de ella se ha pretendido consolidar las Fuerzas Armadas que son absolutamente necesarias para la respetabilidad de la Nación y el mantenimiento del orden público. No siempre se ha comprendido bien el papel de la Fuerza Publica y a veces se ha pretendido separarla como en un ghetto, de los asuntos de interés nacional; otras, por el contrario, se ha querido colocarlas en una situación de suprema decisión de todos los asuntos. El razonable equilibrio entre ambos extremos viciosos mejoraría a las mismas Fuerzas Armadas y redundaría en bien general de la Nación. Una fórmula de intervención de la Fuer-

za Publica en la vida política del país fue, entre otras, la representación funcional en el Congreso, ahora suprimida.

La conformación, características y atribuciones del Congreso Nacional ha seguido un curso de progresivo perfeccionamiento y afianzamiento. Parecía definitivamente adquirido el sistema bicameral, que garantiza un mayor equilibrio y ponderación de la formación de las leyes y las resoluciones legislativas, pero en 1945 se produjo el retroceso al sistema de una sola cámara, que solamente había funcionado en los primeros años de la Independencia. La Carta del 45 no llegó a tener vigencia efectiva, pero en 1978 hemos recaído en el sistema unicameral. La experiencia de estos años no ha sido favorable y demuestra que el sistema tradicional no debía abandonarse. En 1994 el Presidente de la República encargó a una comisión la preparación de posibles reformas a la Carta Política y varias de ellas se han aprobado, no así la referente a la conformación bicameral del Congreso que éste no ha querido admitir.

En cuanto a la estructuración fundamental del país otro problema que se trata de superar desde hace algunos años es el de lograr la mayor independencia posible de la Función Judicial. La reciente creación del Consejo Nacional de la Judicatura y las reformas en cuanto al modo de elegir a los Magistrados de la Corte Suprema, pueden contribuir a lograr esa deseada autonomía del Poder Judicial.

En resumen, los grandes desafíos que se desprenden de la historia del Derecho Ecuatoriano parecen ser los siguientes en la actualidad: El afianzamiento del régimen de total respeto de los derechos humanos, con el funcionamiento eficaz de los mecanismos de control; la implantación de una efectiva justicia social que supone auténtico respeto al hombre en las relaciones obrero patronales. La integración interna del país mediante un régimen de descentralización administrativo prudente y eficaz para que todos los sectores se beneficien de los servicios del Estado; la real elevación cultural de los campesinos e indígenas, respetando sus características y mirando al gran proceso mundial de colaboración de las diversas civilizaciones; la solución definitiva del problema territorial con el Perú, de modo que podamos avanzar en paz por el camino del progreso; el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas y el mejoramiento de su capacitación profesional, dentro de un estatus de respeto de sus características y del sistema democrático; la integración internacional, mirando por encima de todo a los grandes intereses y derechos de la población y sin sacrificar las características culturales de la nación; el mejoramiento de la educación, dentro del máximo respeto de la libertad y garantizando a los padres de familia su función primordial en este campo así como a la Iglesia, que ha sido la primera y principal educadora; el mejoramiento de los diversos servicios del Estado, pero principalmente los relativos a la Seguridad Social, la Salud, la conservación del ambiente, las comunicaciones, buscando siempre una equilibrada atención a todos los sectores de la Patria; el fomento de la producción en términos humanos, consi-

derando principalmente la elevación de la persona y sin enajenar la independencia y demás valores culturales de la nación.

La tarea de los juristas ha sido ardua y generalmente acertada en casi dos siglos de vida independiente, a medida que ha avanzado el tiempo, los problemas se han hecho más complejos y demandan el trabajo de elaboración y aplicación de las leyes, inspirado en elevados sentimientos y convicciones de patriotismo, de fidelidad a los principios y creencias del pueblo y, por encima de todo, de supremo respeto a la dignidad de la persona humana.

El mundo entero busca afanosamente superar la crisis producida por el materialismo, sea el marxista o el propio del consumismo, reafirmando los valores morales y fundamentándolos en las convicciones religiosas. Si se olvida al Absoluto, se convierten en absolutos los ídolos creados por el hombre: el dinero, el placer, el dominio, todo lo cual conduce a la peor abyección y esclavitud. Un Estado, dice el Card. Ratzinger, que no funda toda su acción en la Justicia y ésta en el Bien Absoluto, no se distingue en nada de una banda de criminales, y recuerda a este propósito, los tristísimos acontecimientos durante las tiranías de Hitler y de Stalin. Que nuestro país no vaya jamás por esos torcidos senderos, sino que, fiel a su tradición riquísima de cristianismo, sepa inspirar en los valores eternos del Evangelio, su legislación y la conducta entera de la vida de las personas y de las comunidades, solamente así se exaltará la dignidad de la persona humana, se superarán los prejuicios, discrímenes y segregaciones y se abrirá el paso a un razonable progreso puesto siempre al servicio del hombre.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE
MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO

I. VISIÓN GENERAL 1
A. RAZÓN DEL MANUAL 1
B. BIBLIOGRAFÍA 3
América 3
España 4
C. FUNDAMENTO BÁSICO DE NUESTRO DERECHO 6
D. LA DEFORMADA EDAD MEDIA 7
E. CONQUISTA E INTEGRACIÓN DE AMÉRICA 11
F. FUNDAMENTO DE UNA DESVIRTUACIÓN 14
G. NUESTRA MATERIA 17
II. PENSAMIENTO Y DERECHO CLÁSICOS 21
A. DERECHO OCCIDENTAL 21
B. GRECIA 23
C. ROMA 25
1. Introducción 25
2. República (509 a.C.) 27
3. Imperio: Principado (27 a.C.) 29
4. Imperio: Dominado (284 a.C.) 32
5. Romanización de la Península Ibérica 33
APÉNDICE 34
III. GERMANOS 37
A. VISIÓN GENERAL 37
B. ASPECTOS JURÍDICO-SOCIALES 39
1. Sippe 39
2. Peculiaridades jurídicas 40
C. VISIGODOS O GODOS 42
1. Generalidades 42
2. Asentamiento en Hispania 42
3. Legislación 43
4. Consecuencias 45
IV CRISTIANISMO 49
A. ¿QUE ES EL CRISTIANISMO? 49
1. Realidad histórica: aparición, expansión 49
2. ¿Qué es, y qué no es el cristianismo? 48
3. Impacto en la Historia 50
B. IMPERIO ROMANO FRENTE AL CRISTIANISMO 52
C. CRISTIANIZACIÓN Y DERECHO ROMANO 56
D. CRISTIANIZACIÓN Y DERECHO GERMÁNICO 58
E. DERECHO CANÓNICO 59
V. DERECHO CASTELLANO 61
A. ALTA EDAD MEDIA 61
1. Consideraciones generales 61
2. Feudalismo 63

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR FUNDADA EN 1620 QUITO

3. Fuentes del Derecho 65
4. Derecho penal y procesal 66
5. Derecho privado 68
a) Persona y capacidad jurídica 68
b) Familia 69
c) Derechos reales 70
d) Obligaciones y contratos 73
e) Sucesiones 76
B. BAJA EDAD MEDIA 78
1. Doctrina de la época 78
a) Consideraciones generales 78
b) Glosadores 81
c) Comentaristas 82
d) Derecho canónico 84
e) Derecho común 87
2. Instituciones castellanas 88
a) Monarquía 88
b) Oficiales y Corte del Rey 90
c) Las Cortes 91
d) Concejos o Municipios 93
e) Gremios 94
f) Clases Sociales 95
3. Legislación Castellana 98
a) Influencia de la doctrina 98
b) Unidad legislativa 98
c) Cuerpos legales 99
a') Fuero Juzgo 100
b') Fuero Real 100
c') Partidas 101
d') Ordenamiento de Alcalá 1348 103
e') Ordenamiento de Montalvo 103
VI. IMPERIO INCAICO 105
ACLARACIÓN 105
A. LA REALIDAD ENCONTRADA 105
B. EL INCA 107
C. ESTRUCTURA DEL IMPERIO INCAICO 108
D. RÉGIMEN AGRARIO 110
E. DESARROLLO 112
F. DERECHO, MORAL, RELIGIÓN 113
VII DERECHO INDIANO 115
A. INTRODUCCIÓN GENERAL 115
1. Dificultad aun actual 115
2. Las leyes 116
3. Recopilaciones 117
4. ¿Por qué tan abundante legislación? 118
5. Los naturales 120
6. Literatura jurídica 121
7. Identidad del Derecho indiano 122
B. UN NUEVO CONTINENTE 123

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

1. Castellanos y Portugueses 123
2. Inicio del Derecho Indiano 125
a) Colón 125
b) Capitulaciones de Santa Fe 126
c) Descubrimiento y posesión 127
Anexo: Capitulaciones de Santa Fe y Privilegio Rodado 127
3. Legitimidad y soberanía de las Indias 131
a) Justos títulos 131
b) Bulas castellanas 133
c) Crisis de los justos títulos 134
d) Las Casas y Vitoria 135
e) Conclusión 137
C. REALIDAD INDÍGENA 138
1. Ambientación previa 138
2. Alcance y contenido de término "infieles" 139
3. Capacidad del indio 140
4. Sobre la libertad 142
5. Buen tratamiento 144
6. Reducciones 146
7. Trabajo 149
a) Tributo 150
b) Encomienda 152
a') Naturaleza y clases 154
b') Encomienda antillana y continental 156
c') Encomendero 161
c) Obrajes 163
d) Mita 165
8. Consideraciones jurídicas 167
a) Precedente medieval 167
b) Protector y Corregidor de indios 168
c) Nobleza indígena 170
d) Pueblos de indios 170
e) Capacidad jurídica y de obrar, y privilegios 172
f) Corolario 175
D. EL DERECHO Y AMÉRICA 176
1. Introducción 176
2. Supervivencia y transformación de lo jurídico indígena 178
3. Derecho castellano y Derecho para las Indias 182
4. El Derecho Indiano, un Derecho especial 186
a) Casuismo 188
b) El recurso de suplicación ante disposiciones inadecuadas 189
a') Aclaraciones 189
b') Derecho castellano 190
c') En las Indias 191
d') Fundamento doctrinal 192
e') Realidad en la práctica 193
c) La costumbre 194
d) Derecho criollo 195
5. El Derecho y la unificación de finalidades 197

a) *Principales fines* 197
b) *Periodificación* 199
6. El Derecho Centrando al Gobierno 208
a) *Visión panorámica* 208
b) *Las opiniones de autores* 212
c) *Confusiones entre Gobierno y Justicia* 213
VIII. LAS GRANDES INSTITUCIONES INDIANAS 217
A. VIRREINATO 217
1. Su origen 217
2. Representante personal del Rey 219
3. Poder político y de hecho 221
4. Plantea las grandes visiones 223
5. Limitaciones 224
6. El Virrey y la Audiencia 226
7. Duración del Oficio de Virrey 227
8. Conflictiva valoración del Virrey 228
B. REALES AUDIENCIAS 232
1. Preámbulo 232
2. Clases de Audiencias 233
3. Audiencia de Quito 236
4. Estructura de las Audiencias 238
a) *Presidencia* 239
b) *Oidores* 240
c) *Alcaldes del Crimen* 241
d) *Fiscales* 241
e) *Otros ministros* 241
C. EL CABILDO AMERICANO 242
1. Introducción 242
2. Características generales 242
3. Composición 245
4. Elecciones 249
5. Clases de Cabildos 252
6. Conclusión 253
ÉPOCA REPUBLICANA – SEGUNDA PARTE
INTRODUCCIÓN 257
I. LUCHA POR LA INDEPENDENCIA 259
La Constitución de 1812 260
II. ÉPOCA COLOMBIANA 265
III. INICIOS DE LA REPÚBLICA INDEPENDIENTE 273
A. LA CONSTITUCIÓN DE 1830 Y SU INFLUENCIA EN LA NACIONALIDAD 273
1. Antecedentes históricos 273
2. Características de la Carta de 1830 276
3. Contenido 280
a) *Preámbulo* 280
b) *Supremacía constitucional* 282
c) *Acto fundacional* 285
d) *El territorio* 286
e) *El gobierno* 287

f) La religión 288
g) La nacionalidad 290
h) Deberes de los ecuatorianos 291
i) Derechos de los ecuatorianos 291
j) El sufragio 293
k) Poder Legislativo 294
l) La Función Ejecutiva 296
m) Consejo de Estado 297
n) La Función Judicial 298
o) Las Fuerzas Armadas 298
p) Administración interior 299
q) Derechos Cívicos y Garantías 299
r) Observancia y reforma de la Constitución 301
4. Conclusión 301

B. LEGISLACIÓN DE LA PRIMERA ÉPOCA REPUBLICANA 302
1. Lo Social 303
2. El Derecho Constitucional 304
3. Lo Fiscal 307
4. Otros asuntos públicos 308

El Derecho Privado 310
Labor de los Congresos Nacionales 312
Los juristas 318

IV. PERÍODO PROGRESISTA: 1875 - 1895 319
Labores legislativas 320

V. PERÍODO LIBERAL 321
Características generales 321
Asuntos internacionales 321
La cuestión religiosa 322
Lo social 324
Cuestiones técnicas 324
Cuestiones administrativas 325
Los juristas 326

VI. PERÍODO DE INESTABILIDAD (1925-1946) 329
Características generales 329
Lo constitucional y el derecho público 300
Lo internacional 332
Lo social 333
El Derecho Civil 334
Los juristas 335

VII. PERÍODO VELASQUISTA (1946-1972) 337
Características generales 337
Lo Constitucional 339
El Derecho Público 340
Lo Social 342
El Derecho Privado 342
Los Juristas 344

VIII. PERÍODO DE DICTADURAS (1972 – 1978) 347
Características generales 347
El Derecho Público 348

	Lo Internacional	350
	Lo Social y Laboral	351
	El Derecho Privado	352
	Los Juristas	353
	Introducción a lo que sigue	354
IX.	HISTORIA DEL TERRITORIO	355
	Época colonial	355
	La época de la Gran Colombia	359
	La época de total independencia	361
X.	HISTORIA CONSTITUCIONAL	373
	Los orígenes	373
	La Gran Colombia	374
	La Primera Constitución	375
	La Constitución de Ambato	377
	La Constitución Floreana de 1843	378
	La Constitución de Cuenca, 1845	378
	La Carta de 1861	379
	La Constitución Garciana de 1869	379
	La Novena Constitución	380
	La Décima Carta	381
	La Constitución de 1896	381
	La Constitución Liberal de 1906	382
	La Constitución de información social	383
	La décimo cuarta Constitución	384
	La Carta de estabilidad	385
	La Constitución de 1967	386
	La Carta de 1978	386
XI.	RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO	389
	Época colonial	389
	La República antes del Concordato	391
	La ruptura	394
	El Modus Vivendi	395
XII.	REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO REPUBLICANO DEL ECUADOR	399

3.12.10


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO


UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

IRINA MIROSLAVA CHAVEZ COELLO
1710086667-7
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

SIB - UCE

FECHA DE DEVOLUCIÓ

346.002 Larrea Holg
L333
Manual de H
del Derecho en el Ec

FECHA	NOMB
05/junio/2015	Carolina Cek
26/Abril/2018	Darwin Palac

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
FUNDADA EN 1620
QUITO



Monseñor
Juan Larrea Holguín (†)

Arzobispo de Guayaquil.

Abogado, Doctor en Derecho Civil y Doctor en Derecho Canónico.

Ejerció la abogacía durante diez años y después se ordenó sacerdote.

Fue vicepresidente del Tribunal Supremo Electoral.

Asesor de la Presidencia de la República, de la Corte Suprema de Justicia, del Ministerio de Agricultura.

Procurador de la Caja del Seguro; miembro de la delegación del Ecuador a la Conferencia de Cancilleres de Santiago de Chile.

Miembro de la Comisión para preparar Reformas a la Constitución de la República.

Profesor en las universidades Central, Católica de Quito, Católica de Guayaquil; en el Instituto de Altos Estudios Nacionales; en la Academia de Diplomacia; en los Seminarios de Ibarra y Guayaquil; Miembro de la Junta Consultiva de Relaciones Exteriores; de las Academias de la Historia y de la Lengua.

Autor de más de sesenta libros de Jurisprudencia, Derecho Civil, Internacional Privado y Constitucional.

Autor de varias obras de carácter ético y religioso.

Recibió el título de Doctor "Honoris Causa" de la Universidad Católica de Guayaquil, el Premio "Tobar" de la Municipalidad de Quito y el Premio Nacional "Eugenio Espejo".

Fue Obispo Auxiliar de Quito, Obispo de Ibarra y Obispo Castrense.

ISBN 9978-86-321-4

Derecho de autor No. 013809: 28-mar-2000
Depósito legal No. 001535
ISBN No. 9978-86321-4: 28-mar-2000

Tiraje: 500 ejemplares. Edición: 2da.

Precio: US$ 15.00

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
OMNIUM POTENTIOR EST SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y
PUBLICACIONES

Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax: (593-2) 2226-256
Apartado 172100186
Quito

Av. Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Rolando
Centro Comercial Garzocentro 2000 Ofic. 901
Telf. (593-4) 2279-035
Guayaquil

Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero
Telf. (593-7) 2837-281
Cuenca