

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO I

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 1



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo I: 978-9972-42-857-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

LIMA Y EL DERECHO INDIANO

Discurso de Orden pronunciado el martes 23 de septiembre de
2003 en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú

Guillermo Lohmann Villena

Con su venia, Señor Vicerrector,
Señor Presidente del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano,
Señor Presidente honorario del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano,
Señores congresistas,
Señoras,
Señores,

Sin otro título que el de ser, por merced de la Divina Providencia, sobreviviente del parvo núcleo reunido en Buenos Aires en 1966 que sentara con ilusión las bases de nuestra entidad, y sin más credencial que la nobilísima de hallarme —siquiera inmerecido— al frente de la comisión organizadora de este decimocuarto Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano, me cabe el envidiable honor de expresar la bienvenida más afectuosa a los colegas y amigos que, procedentes de los más variados lugares y desde los centros de investigación de mayor prestigio, han concurrido a la cita con su cuota de saber y su devoción por nuestra disciplina, para asegurar el más feliz éxito de estas jornadas de estudio que arrancan hoy, bajo el venturoso signo del equinoccio primaveral. La categoría científica de los concurrentes y el mérito de las ponencias presentadas permiten augurar, de antemano, que al concluir nuestras deliberaciones el balance final arrojará un saldo muy positivo para el enriquecimiento de los estudios sobre Derecho Indiano, patrimonio común de la constelación de naciones que configuraron antaño la «*Monarchia di Spagna*», encarecida por Campanella.

Nos lisonjea sobremanera que haya acogido nuestra convocatoria cerca de un centenar de especialistas y que el número de las comunicaciones presentadas no le vaya a la zaga, pero nos halaga aun más la deferencia de haber elegido al Perú como sede de esta asamblea que por primera vez —que confiamos será seguida en lo sucesivo de otras no menos felices— se reúne en el país. Entendemos que la distinción conferida entraña la ejecutoria de un acervo jurídico que va a cumplir cerca de cinco centurias, a partir de la recepción, allá en el amanecer de la Conquista, de las normas legales cuyo abolengo se remontaba a la tradición cristiana y, aun más lejos, hundía sus raíces en el caudal heredado de Grecia y Roma.

El Derecho castellano imprime su marchamo en nuestro Derecho local: vestigios de ese atavismo impregnan las formalidades de la fundación de las primeras poblaciones, si no literalmente atenuadas a las Instrucciones impartidas al Gobernador Pedrarias Dávila en 1513 para su aplicación en Castilla del Oro, al menos rememoradas por Pizarro y su hueste al internarse en el legendario Pirú. Asimismo, en el «requerimiento» y en el proceso sumario instaurado en Cajamarca dentro de la coyuntura de emergencia, pueden rastrearse por igual las pautas iniciales de un itinerario en cuyas etapas posteriores se registran como hechos saltantes la sustentación doctrinaria de la rebelión de Gonzalo Pizarro y luego la articulación de la estructura de un Virreinato de nueva planta.

Especial significado adquiere para la consideración del Derecho Indiano el entramado del caudal del Derecho importado de la Metrópoli con el de «las leyes y buenas costumbres [autóctonas]... en cuanto no se encuentren con nuestra Sagrada Religión...», patrones de engarce que aparecen con nitidez en las Ordenanzas promulgadas por el virrey Toledo, sin par en otros procesos de colonización. Sobre el particular, urge poner de relieve que si el ejecutor en el Perú fue el enérgico mandatario, corresponde a los miembros de la Junta Magna el honor de haber trazado los parámetros de esa simbiosis y de haber ideado esta recopilación de las normas legales que afectaban a las dos repúblicas delineadas por Ovando.

Como lo expusiera años atrás un miembro conspicuo de nuestro Instituto, el Profesor Juan Manzano, el virrey Toledo trajo al Perú instrucciones en orden a dispensar su auspicio a la empresa de recolectar las cédulas y provisiones dictadas para el más acertado gobierno y administración de los territorios y colectivos que se confiaban a la regencia.

Tan a pecho tomaría el encargo el comisionado que, a escasos dos meses de haber ocupado el solio virreinal, en 8 de febrero de 1570, propone que se alleguen las disposiciones dictadas para el Perú con el fin de depurar ese material, eliminando las medidas contradictorias, obsoletas o inútiles; distribuyéndolo en siete libros y listándolo por orden cronológico. A los cuatro meses reitera la urgencia de formar un cuerpo de leyes adecuado al territorio bajo su mando.

La iniciativa no prosperó de inmediato, porque el Consejo de las Indias decidió asumir la responsabilidad, haciéndola extensiva a todo el ámbito del Nuevo Mundo, pero es del caso resaltar que aquí en el Perú se sintió con trascendental apremio la exigencia de codificar la masa legislativa. El repetido virrey, en el curso de su visita de reconocimiento del país, que se prolongó hasta las comarcas del Chaco, hallándose en el Cuzco, en 1° de marzo de 1572, vuelve a la carga; a su retorno a Lima, en 12 de diciembre de 1577, redobla el clamor y todavía, cuatro meses más tarde, obstinadamente, porfía en el tema.

¿Gravitaría sobre la capital del Virreinato un mandato telúrico que alcanzaba por igual a cuantos gobernantes en ella se avocindaban de interesarse del proyecto que

nos ocupa? ¿Reservaba el destino a Lima constituirse en el ámbito excepcionalmente propicio para acometer sucesivos intentos de llevar a efecto un anhelo tan vivamente sentido? La tarea a todas luces era cada vez más apremiante en la medida en que con el paso del tiempo se incrementaba el cúmulo de normas dictadas por la Corona. Tal parece que hasta agentes ajenos al propio ministerio de su misión, como el Visitador general de la Audiencia de Lima (1590-1600), licenciado Alfonso Fernández de Bonilla, en 24 de marzo de 1599, exhortaba a los Consejeros de Indias a convertir su atención hacia la operación recopiladora recomendada con tanta vehemencia por Toledo.

Al ampliar el campo propio de nuestra especialidad, tienen cabida dentro de él los nombres de algunos letrados coetáneos que mediante el bagaje doctrinal adquirido en universidades metropolitanas, su diligente observación del país y su rectitud moral contribuyeron eficazmente a perfilar la bondad de las aludidas Ordenanzas: entre ellos descuellan con acusada personalidad profesional el licenciado Matienzo, que elevó su obra a derrotero primordial para la más acertada dirección política del Perú; el licenciado Santillán, escudriñador sin par del régimen impositivo en ejercicio durante el período prehispánico; su amigo, el licenciado Polo de Ondegardo; un veterano magistrado de la Audiencia de Lima, el oidor González de Cuenca; el licenciado Antonio Falcón, profundo conocedor del tejido social indígena... En la generación posterior, ya adentrándose en la decimoséptima centuria, descuellan juristas de la talla de Francisco Carrasco del Saz, escoliador de la Nueva Recopilación castellana, de Feliciano Vega, brillante catedrático de la Universidad sanmarquina, y otros no menos preclaros.

El momento estelar de la capital del Virreinato peruano en el discurso del proceso preparatorio de la Recopilación que vio la luz en 1681 puede situarse en la segunda década del siglo XVII, en que ocurrió la feliz conjunción de cinco letrados, todos ellos contagiados de idéntico afán creador. Encabezaba la nómina la figura cumbre del Derecho Indiano, Juan de Solórzano Pereira, enviado por el Consejo de las Indias precisamente para que se «hiciera capaz de las materias del Nuevo Mundo», de asiento en Lima desde 1610 hasta 1627. Entre 1612 y 1619 hizo gala de su madurez intelectual como aventajado alumno sanmarquino Antonio de León Pinelo, de cuyos escritos no puede prescindir el que pretenda caminar con paso firme en materias de Derecho Indiano. Aunque en tránsito por la urbe, consta la presencia en 25 de setiembre de 1613 del licenciado Diego de Zorrilla, a la sazón Oidor de Quito, a cuya intervención en la andadura inicial (1603-1609) de la Recopilación consagrara nuestro ya mencionado colega Manzano y Manzano prolijas páginas. En el lapso 1615-1628 se tuvo por vecino al licenciado Francisco de Alfaro, tan memorable por su *Tractatus de officio fiscalis* (Valladolid, 1606), como por sus cuestionadas *Ordenanzas de naturales de Tucumán* (1612). Por último, aunque por interpósita persona, cabe incluir al enigmático e impenetrable tratadista español que cedió su renombre al anodino Juan de Hevia Bolaño, establecido en nuestra ciudad a partir de 1606 hasta 1623, en que

falleció. Para apreciar en toda su trascendencia y envergadura la afinidad que, aparte de la vocación común y la convivencia simultánea o alternativa, ligaba entre ellos al grupo de letrados bastará tener presente que Solórzano Pereira y Zorrilla tramitaron a un tiempo en Sevilla, en 1610, sendas licencias para pasar a sus correspondientes destinos en Lima y en Quito, respectivamente; que el primero de ellos oficiara de testigo del enlace del segundo cuando este acudió a Lima para unir sus destinos con una nieta del licenciado Polo Ondegardo, el célebre escudriñador de antiguallas autóctonas; que no por un azar precisamente, en la residencia del citado Alfaro, su colega de estrados Solórzano ratificase en 26 de febrero de 1614 el matrimonio contraído anteriormente por poder en La Plata con Doña Clara Paniagua de Loaysa; y, por último, que León Pinelo sirviera en 1615 como secretario de la Justa literaria convocada por la Universidad de San Marcos para celebrar la entrada del virrey Príncipe de Esquilache en esa casa de estudios, y cuyos jueces de las poesías castellanas y latinas fueron los tantas veces mencionados Solórzano Pereira y Alfaro —de nuevo juntos—, en tanto que Juan Rodríguez de León —hermano mayor del secretario del certamen— corriese a cargo de la calificación de las composiciones en portugués.

En esta concentración de vocaciones afines cobra fuerza una suspicaz conjetura; habida cuenta del ambiente de familiaridad que se infiere de la estrecha red de contactos personales, en el que nada impide que Solórzano Pereira hiciese misterio de las razones que habían motivado su presencia en el Perú, ¿pudo el adolescente León Pinelo pescar al vuelo la contingencia de adueñarse él de la tarea encargada al circunspecto magistrado y ganarle por la mano las albricias de artífice de una recopilación? Dejaremos flotando en el aire tan malévola conjetura, aunque no cabe desecharla por entero, dada la circunstancia de que mucho tiempo después el propio León Pinelo reconocería que cabalmente en 1618 le viniera a la mente la idea de aplicarse a recopilar las fuentes legales de la administración política de las Indias, exactamente el mismo año en que Solórzano Pereira representara al Consejo que se había «alentado a trabajar» en un quehacer paralelo. ¿Mero sincronismo en esta iniciativa? Viene al caso recordar que León Pinelo justificó su solicitud de licencia para regresar a la Metrópoli en la necesidad de beneficiar, para llevar a buen término, la tarea en la que cifraba su futuro, enriqueciendo el Cedulaario de Encinas con lo que rescatase de los libros copiadotes originales.

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que de esa —¿eventual?— competencia nos han quedado, por una parte, el plan bosquejado por Solórzano Pereira, objeto de una minuciosa exégesis de García-Gallo y, por otro lado, los seis volúmenes manuscritos de una «Recopilación de las Indias» de su —presunto— émulo, en hora feliz localizados por nuestro amigo Ismael Sánchez Bella.

A la vista de tales antecedentes, no es de extrañar que en Lima anidara desde fecha temprana la percepción del apremio de formar un cuerpo legal armónico y coherente, ilustrado con las pertinentes glosas. Ese convencimiento caló profundamente en la

mentalidad local y suscitó el hábito que impregnaría en lo sucesivo el quehacer de los letrados con ejercicio en el Virreinato peruano y se mantuvo lozano a lo largo de los siglos, influyendo por igual sobre la vocación de lugareños y foráneos, hasta configurar lo que, sin jactancia, podría considerarse la escuela peruana del Derecho Indiano.

Es timbre de esa predisposición haber engendrado la virtualidad de proyectarse sobre áreas colindantes y de atraer disciplinas aparentemente ajenas y, lo que mayormente realza su valor, haber concentrado en una empresa colectiva especialistas renombrados.

Encabeza esta falange de honor un chuquisaqueño, el licenciado Gaspar de Escalona y Agüero, amigo y condiscípulo de León Pinelo en la Universidad limeña de San Marcos. En 1647, año en que apareció su obra maestra, el *Gazophilatium Regium Peruvicum* verdadero vademécum para disponer de la legislación hacendística dictada por la Corona, expuso al Consejo de las Indias haber recopilado y «puesto en forma y buen orden» el cúmulo de providencias gubernativas concernientes al Perú. Infortunadamente, se desconoce el paradero de este repertorio, pero suple la pérdida otro escrito de Escalona y Agüero, su Código peruano redimido del olvido por Alfonso García-Gallo, de quien, por cierto, es coyuntura precisa recordar, aunque de paso, el ciclo de clases magistrales que dictó aquí en Lima en 1948, y cuyo nombre es inseparable de la historia de nuestro Instituto hasta 1992.

En este proceso de acopio, análisis y glosa de las fuentes legales del período de la dominación hispánica, ocupa un lugar de privilegio el licenciado Tomás de Ballesteros, un zamorano arraigado en Lima, que en 1685 editó la primera versión orgánica de las *Ordenanzas* de Toledo, distribuida por Libros y Títulos con arreglo al esquema de la *Recopilación* castellana. Verdadera primicia en su género, pues ponía al alcance de los letrados un conjunto de «leyes municipales» (conforme la nomenclatura al uso) vigentes en el Perú. Desdichadamente, el esfuerzo de Ballesteros no alcanzó a pasar del primer tomo de los cuatro previstos.

Como dato anecdótico, no puede dejarse en el olvido que a fines de ese mismo año de 1685 en que Ballesteros estampaba su repertorio, el 19 de noviembre, se abrían en una de las salas de la Audiencia de Lima seis cajones grandes que contenían impresos: eran los primeros ejemplares de la magna *Recopilación*. Cada oidor recibió los cuatro volúmenes de que constaba esa edición príncipe del conjunto que al decir del fiel cronista limeño, José de Mugaburu, «contiene despacho breve para todo género de pleitos». Ay, el lamento del profano que exhala una vez más la consabida queja por la morosidad en la administración de la justicia.

Ante la impaciencia que agobia al auditorio, es de urgencia apretar el paso, aun a trueque de contraer este elenco a un precipitado nomenclátor. En el primer tercio del siglo XVIII, el limeño Tomás de Salazar, Oidor en la Audiencia de su ciudad natal y catedrático sanmarquino, compuso una «Exposición de Leyes de las Indias», que apareció entre los escombros del terremoto de 1746. En 1737 otro chuquisaqueño,

Juan del Corral Calvo de la Torre, magistrado de la Audiencia de Santiago de Chile, puso punto final a sus *Comentarios a la Recopilación de Leyes de las Indias*, impresos entre 1751 y 1756 en tres volúmenes, cuyo único ejemplar conocido se custodia en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En 1758 un limeño más en este padrón, el licenciado Francisco Javier Álvarez y Lamas, abogado en el foro local, sometió a la censura del Consejo de las Indias cierta Exposición de las Leyes de las Indias y Ordenanzas del Perú, a la que puso el altisonante título de «Código Hispánico Cathólico Fernandino». Como bajo denominación tan estrambótica se deslizaba una diatriba en contra de la administración de justicia en América, el Fiscal del Consejo recomendó sepultar en el olvido mamotreto tan impertinente. Ya en las postrimerías de la centuria, dos magistrados de la Audiencia de Lima, el barcelonés Ambrosio Cerdán de Landa y el alavés José de Rezábal y Ugarte, merecen ser incluidos en esta revista: el primero propuso la creación de una Academia de Leyes Indianas; por su parte, Rezábal y Ugarte elaboró un compendio alfabético de más de 2000 normas expedidas con posterioridad a 1680.

En los albores del siglo XIX, un personaje peruano representativo de la inquietud ideológica que agitaba los espíritus, José Baquijano y Carrillo, flamante Consejero de Estado, recibió en 1812 el encargo de coleccionar las disposiciones legales emanadas de la Corona desde 1790 hasta los azarosos momentos de 1808. No podía quedar fuera de esta mirada panorámica el loable repertorio del franciscano Fray Juan José de Matraya y Ricci, que lleva el título de *El Moralista Filalético Americano...* Ese laborioso tonsurado, originario de Toscana, residente en Lima desde 1816 hasta 1827, se afanó en la difícil empresa de formar hasta 2744 extractos de las normas legales promulgadas con posterioridad a la Recopilación carolina hasta 1819. Debemos agradecer a nuestro Presidente honorario, el profesor Mariluz Urquijo, haber proporcionado la reedición de tan valioso repertorio.

Ni los hechos de armas de la guerra separatista ni la desmembración política con la antigua Metrópoli subsiguiente a 1824 consiguieron extinguir del todo el peso de una influencia jurídica que logró sobrevivir hasta pasada la mitad del siglo XIX y sus vetas son perceptibles aun con posterioridad a la promulgación del Código Civil de 1852: el caudal doctrinario siguió informando la jurisprudencia de los tribunales, como rastreara el maestro Basadre en un curioso ensayo. Tampoco el progreso de teorías y la llegada de nuevas opiniones logró sobreponerse a una herencia que gravitaba sin mengua: el monumental *Diccionario de la Legislación Peruana* (1ª edición, 1860-1862, y 1879, en versión aumentada), del jurisconsulto Francisco García Calderón, contiene en muchos artículos una obligada referencia a los antecedentes derivados de normas y leyes provenientes del sistema político que caducara en 1824.

Antes de dar término a una intervención que ha consumido con exceso la benevolencia de mi auditorio, ruego concederme unos minutos de gracia para exponer paladinamente ante esta reunión de doctos especialistas una innovación académica que

nos llena de orgullo y que a fuer de peruano me permito recordar aquí. En 1874 un docente de la universidad de San Marcos, el doctor Román Alzamora, al que correspondió pronunciar el discurso de apertura del año lectivo, abogó enfáticamente sobre la conveniencia de implantar la asignatura de Historia del Derecho Peruano como un curso con individualidad propia, supuesto el imprescriptible atavismo incaico y castellano de nuestra legislación. Dos años más tarde, en 1876, el claustro prestaba su aprobación a la propuesta y en tal virtud se creaba como un curso autónomo el de Historia del Derecho Peruano, el mismo que de inmediato comenzó a dictarse. Las 34 lecciones profesadas por el nombrado docente se imprimieron en la contextura de un manual, en el que encontraron cabida en magnitud nada desdeñable tanto reflexiones sobre la práctica jurídica en la época prehispánica, con la inevitable utilización de Garcilazo, como una ajustada exposición de las fuentes primordiales del Derecho castellano. Cabe así al Perú la palma de haber precedido hasta por una década la implantación, en todo el ámbito universitario hispánico, de una cátedra específica sobre el caudal jurídico heredado de España, sin dejar de lado lo susceptible de asimilar de las culturas nativas.

En fechas más recientes, la vocación peruana por hacerse cargo del discurso del Derecho en su vertiente histórica se puso de manifiesto con la aparición, en 1937, de la *Historia del Derecho Peruano* y, en 1956, de *Los Fundamentos de la Historia del Derecho*, ambos tratados frutos de la autoría del catedrático sanmarquino Jorge Basadre. En 1968 el doctor Juan Vicente Ugarte del Pino fundaba en la Universidad de San Marcos el Instituto de Historia del Derecho Peruano y, dos décadas más tarde, otro colega, el Profesor Fernando de Trazegnies Granda, sienta las bases de una institución homónima como centro de estudios e investigación.

Señores congresistas:

La inauguración de la decimocuarta asamblea de nuestro Instituto en el Perú constituye, sin lugar a duda, un acontecimiento de singular trascendencia en el ámbito del movimiento cultural y científico del país, que formula sus más fervientes votos por un feliz éxito de las deliberaciones.

Permítaseme agregar unas palabras, no solo obligadas por cortesía, sino impuestas por honda gratitud: en nombre de la Comisión Organizadora expreso nuestro reconocimiento a la Pontificia Universidad Católica del Perú por su invalorable auspicio; a las entidades patrocinadoras que en un rasgo ejemplar de sensibilidad han correspondido con creces a nuestras expectativas, y a cuantos han puesto lo mejor de su esfuerzo para la culminación de algo que en un principio nos parecía un sueño dorado.