

El derecho colonial en Diego de Avendaño

Angel Muñoz García

Universidad del Zulia

Facultad de Humanidades y Educación

Escuela de Filosofía

Teléfono (58-61) 596213-596218

Maracaibo - Venezuela

Resumen

En 1668, Diego de Avendaño, jesuita peruano, publicaba en Amberes su *Thesaurus Indicus*, obra de contenido ético-jurídico, que -en intención del autor- pretendía ser guía para el Consejo de Indias en referencia al recto gobierno de las colonias americanas. El presente trabajo expone las raíces que la obra tiene en el Derecho Antiguo, aspecto imprescindible para la recta comprensión del *Thesaurus*.

Palabras clave: Diego de Avendaño, *Thesaurus Indicus*, Ética colonial.

Colonial Law in Diego de Avendaño

Abstract

In 1668, Diego de Avendaño, Peruvian Jesuit, published in Antwerp his *Thesaurus Indicus*, a work of ethical-juridical content that -in the author's intention- sought to be a guide for the Council of Indias in reference to the correct government of the American colonies. This paper exposes the roots that the work has in the Old Law, an indispensable aspect for the correct understanding of the *Thesaurus*.

Key words: Diego de Avendaño, *Thesaurus Indicus*, colonial ethics.

El derecho colonial en Diego de Avendaño

Pretendiendo ilustrar las conciencias de quienes tenían a su cargo el gobierno de las colonias, aparecía en 1668 el voluminoso *Thesaurus Indicus* (1). Su autor, Diego de Avendaño, había nacido en la castellana Segovia. Adolescente aún pasó a Lima, donde ingresó en la Compañía de Jesús, en la que llegaría a ser Provincial del Perú.

El autor del *Thesaurus* había estudiado Filosofía en Sevilla, antes de su viaje a Perú, y Teología en Lima, para poder acceder al Presbiterado. Ninguno de sus biógrafos señala que cursara estudios de Derecho, fuera de los comunes previstos en su Carrera Sacerdotal. En todo caso, no obtuvo Grados Académicos en esa disciplina. De ser así, hubiera quedado reflejado en la *Licencia* para la edición del *Thesaurus*, cuando el Provincial lo presenta como *Teólogo de nuestra Compañía* (2); lo diría igualmente la portada de la obra. Lo exigían en ambos casos las formalidades y estilo de la época. Además, el propio Avendaño manifiesta no querer ocuparse de asuntos judiciales, sino de moral (3). Hablar aquí de él como jurista, no supone por tanto otra cosa sino subrayar la sólida formación

jurídica que, a pesar de todo, la lectura de la obra manifiesta en su autor. Tampoco se trata de ver ahora ni la opinión jurídica de Avendaño ni la fundamentación de la época a temas como la esclavitud, las encomiendas o los servicios personales. Cada uno de esos temas merece un estudio aparte. Nos referiremos a otros (algunos otros), quizá de menor repercusión en la vida colonial, pero significativos al momento de establecer los presupuestos jurídicos con que razonaba el autor; a tantos datos y términos que aparecen en la obra, que pudieran pasarnos desapercibidos como pertenecientes al vocabulario común, pero que Avendaño utiliza como quien conoce su pleno y propio sentido jurídico.

En las páginas introductorias al *Thesaurus*, Avendaño se nos presenta como el moralista que pretende orientar las conciencias en el gobierno de las colonias. Con ello, el lector espera unas directrices basadas siempre en los principios que fundamentan la Moral; principios inamovibles y aplicables a cualquier situación. Y, si bien es cierto que en muchas ocasiones vemos reflejado ese moralista en la lectura de la obra, tampoco son pocas aquellas en las que Avendaño prioriza al derecho positivo, aun cuando éste no vaya en total consonancia con los principios morales. Si a esto añadimos el probabilismo del autor, cuya aplicación da la impresión a veces de estar motivada más por temor o deseo de complacencia a las disposiciones del Rey que por convencimiento, y añadimos igualmente las veces en que parece regirse no ya por leyes naturales o positivas, sino por la simple ley del embudo, no extrañará tanto que podamos hablar incluso de una moral de situación en nuestro autor.

Pero hablar de derecho positivo en la época del *Thesaurus* supone hablar de un derecho mucho más amplio de lo que implica hoy día; y éste es un aspecto que, al lector común y lego en temas de Derecho o Historia, pudiera pasar desapercibido. Y esto en dos aspectos: el primero es que cuando los autores de aquella época apelan a autoridades como la de Justiniano o la del *Digestum*, no lo hacen como mera autoridad, como se pudiera utilizar la autori-

dad de Aristóteles, o Kant, o Marx; es una apelación al Derecho vigente aún en aquellos días. Porque, independientemente de las inevitables nuevas legislaciones, el Derecho Romano pervivió. Con las invasiones de los llamados pueblos bárbaros, éstos —no tan bárbaros, al parecer— se preocuparon de emitir leyes oportunas y adecuadas para el caso. De modo que ordenaron legislar las costumbres de cada pueblo invasor (*leges barbarorum*); y, simultáneamente, respetando las leyes de los conquistados, legislaron también para sus súbditos romanos sometidos (*leges romanae*). Así surge el concepto de la personalidad del derecho, que permitiría la transmisión del Derecho Romano a tiempos posteriores. Y que constituía otra creación “bárbara”, paralela a su concepción del reinado. A diferencia de la romana, en la que el Rey lo era de un reino, de un territorio, los godos —la mayoría, hasta entonces, pueblos nómadas— conciben a los reyes no como reyes de territorios (en los que nunca terminaban de afincarse), sino de personas: *Rex vasconum*, *Rex francorum*: no Rey de la Galia o de Francia, sino *de los francos*: no era el Rey de la Galia o de Francia, sino *de los francos*. (En el mismo *Privilegio* de la edición del *Thesaurus*, Carlos II se titula *Príncipe de los Belgas* (4).

El segundo aspecto es que ese Derecho pervivente, seguía conformado todavía por todo el Derecho Antiguo, vale decir tanto por el *Corpus Iuris Civilis* como por el *Corpus Iuris Canonici*, derecho civil y eclesiástico con igualdad de aplicación y obligatoriedad. Si bien es verdad que con la copilación del Derecho por parte de Justiniano comenzó a distinguirse entre ambos Derechos, no lo es menos que los dos siguieron igualmente vigentes en el Imperio. Y se podría decir que, cuando este Imperio Romano —del que serían herederos en su momento los Reinos de Europa— se convierte en *Sacro Romano Imperio*, había más justificación para la utilización del Derecho Canónico por parte de la autoridad laical. Con estos dos antecedentes, no extrañará ya que un Solórzano Pereira, el famoso Oidor de Lima, apele en sus obras indiferentemente

a los dos *Corpus*; o que Avendaño, hombre de Iglesia, argumente también indistintamente con ellos.

El asunto, en la época, tenía su fundamentación, si se partía de la aceptación del poder temporal de los Papas. La antigua Roma se consideraba autorizada a ampliar su Imperio a costa de los territorios de quienes no hubieran firmando con ellos un pacto; a costa de los bárbaros. Y los cristianos posteriores no dudaron en considerar que esta autorización provenía del mismo Dios. San Agustín había justificado los méritos del Imperio Romano para que, a pesar de su infidelidad, Dios concediese su expansión (5). Si, pues, el Imperio Romano -dirían algunos- pudo justamente apropiarse de los demás pueblos, el Sacro Romano Imperio -con la bendición de Dios (*Domini est terra et plenitudo eius* (6)- no debía ser menos:

los enemigos del pueblo romano pierden los derechos civiles de Roma, igual que pierden los derechos propios de una ciudad los enemigos de ésta... Casi todos los pueblos que obedecen a la Santa Madre Iglesia pertenecen al pueblo romano... Los otros pueblos le son extraños, y lo son propiamente los que no confiesan que el Imperio Romano es universal (7).

El Sacro Imperio no podía ser menos que el pagano Imperio Romano, porque *a partir de Cristo, el Imperio reside en Cristo y en su vicario, y se transfiere por el Papa al Príncipe secular* (8).

Sin duda, el Derecho -en sus dos vertientes de *Ius Civile* y *Ius Canonicum*- constituye fuente primordial del *Thesaurus*. Quizá las referencias jurídicas expresas no sean las más numerosas; pero está siempre presente, así sea subyacente. Con él, las continuas Cédulas, Rescriptos, Instrucciones, etc., que iban emanando de la Corona para el gobierno de las colonias. En número incontable, muchas de ellas conteniendo normas que luego se cambiaban, fueron recogidas después en las distintas *Recopilaciones de Leyes de Indias* (9).

La normativa eclesiástica la componían las Bulas y Breves emitidos por la Santa Sede y los distintos Concilios. Las disposi-

ciones de reforma del de Trento están presentes en dos temas que Avendaño considera de especial importancia para las colonias: el de la premura con que habían de hacerse los nombramientos de los Obispos y el del cuidado en elegir para los cargos eclesiásticos a los candidatos más dignos. Vinculando el progreso de la fe a la presencia de Obispos idóneos, Avendaño aboga en estos párrafos por la celeridad en los nombramientos episcopales, critica los largos períodos de Sede Vacante y apela a favor de sus críticas al Concilio Tridentino que, tratando sobre la residencia de los Obispos, ordena no se retarden los viajes a sus nuevas Sedes (10).

Las censuras de Avendaño tenían motivo. Los largos períodos de Sede Vacante resultaron endémicos en las diócesis americanas. Las distancias imponían en aquella época una lógica demora, tanto en el correo que transmitía los nombramientos, como en los traslados de los preconizados a sus nuevas Sedes; por mar, con los peligros propios de aquella navegación y los siempre previsibles corsarios; y por tierra. Alegando los riesgos de estos viajes para obtener Universidad para su ciudad, los Alcaldes de Caracas sostenían que los viajeros, para salvar quebradas y ríos, se veían precisados a *arriesgar sus vidas en lo flexible de una maroma* (Leal, 1963: 30). Se referían al procedimiento llamado *de la tarabita o cabuya*, ingenio indudablemente de origen indígena, del que no se libraban ni Arzobispos ni Gobernadores. Gumilla lo describe así:

...consiste en una sola maroma que atraviesa de barranca a barranca, bien elevada en el aire, y afianzadas sus extremidades en maderos fijos y sólidos; de la maroma está prendido un garabato de madera fuerte, con dos sogas fijas en las dos partes ínfimas; la una sogas tiene las veces y oficio de asiento, y con la otra afianzan al pobre pasajero por la cintura y por debajo de los brazos, tan ajustadamente que, si al pasar se rompe la tarabita o el garabato, es preciso que se ahogue: allí no hay valor que valga; todo hombre se pone mortal (hablo por experiencia); y, luego que está ligado, se ve vo-

lando por el aire y llega a la otra banda del río sin color en el rostro, sin habla; a veces no falta quien llega desmayado(1963:356s).

Con el tiempo, y para subsanar las demoras se optó por nombrar -conjuntamente con el nuevo Obispo- otros dos que ascenderían a la Sede en caso de muerte o no aceptación de su precedente en la terna. Es, por ejemplo, el caso del Dominicano venezolano Juan de Arechederra, Obispo en 1745 de Filipinas (González Pola, 1990:624). Pero es posible que ninguna otra de las colonias llegase en estas Sedes Vacantes al extremo de Venezuela: el Mercedario Pedro de Oña, sea por falta de recursos o de deseos, nunca tomó posesión de esta Diócesis, hasta conseguir ser nombrado Obispo de Gaeta. Con el traslado de Mauro Tovar a la sede de Chiapas, el famoso Alonso Briceño -nombrado para sucederle- tardó ocho años en tomar posesión. Y un caso más atípico -aunque no único- todavía: una bula del 22-12-1738 nombraba a Juan García Abadiano como Obispo de Caracas, sin que se hubiera trasladado previamente a su antecesor Félix Valverde: hasta la muerte de éste, en febrero de 1741, Caracas contó con dos Obispos (Pérez Vila, 1963: 317,321). No caso único, decimos, pues ya había sucedido en Puerto Rico. Su Obispo Fray Manuel Mercado, creyó haber sido depuesto, al enterarse del nombramiento de su sucesor antes que del suyo propio para la sede de Panamá (11) (Huerga, 1992:11).

En el mismo Concilio Tridentino se prescribía que para los beneficios eclesiásticos habían de preferirse los candidatos más dignos. Y a él recurre igualmente nuestro jesuita (12). Los tales candidatos no parece que fueran siempre como los exigía la bula *Inter cetera* (13). Porque había de todo. En 1592 llegaba a Venezuela como Arcediano Juan de Velas (o, también, Bellar, o Bellaz). Figura en las Actas del Cabildo hasta el 5 de febrero de 1599, celebrado por él solo, disponiendo varias suspensiones de empleo, multas y que no se le impidiese tomar un navío para ir a España. De él escribía al Rey el Obispo Salinas el 4 de junio de ese año: *el Arcediano don Juan de Vellar que tiene escandalizado este Obispado en la sede vacante, haciéndose Visitador para ser tabernero y*

tendero y mercero contra su ordinaria codicia, temiéndose lo había de castigar se huyó y se presentará en Vuestro Real Consejo (Silva Montañés, 1983: 204).

En el mismo año que Velas, llegaba también a Venezuela Mateo Col de Morales, con nombramiento de Provisor expedido en la metropolitana de Santo Domingo; el Cabildo lo rechazó *porque era defectuoso en su persona, vida y costumbres*. A requerimiento de una Cédula Real sobre el nombramiento, el Cabildo *declara espontáneamente que el haberse dicho en el anterior que Mateo Col de Morales era defectuoso en su persona, fue por la fealdad que tenía en el rostro y narices; que en cuanto a su vida fue por ser amigo de soldados; y que por lo respectivo a costumbres, fue por tenerla de jugar a los naipes* (Pérez Vila, 1963: 17s).

Pero en el *Theaurus* tenía que haber alusiones a Concilios Provinciales de la colonia, con disposiciones más directas sobre la realidad americana. Y tenía que haber alusiones a Concilios Provinciales de Lima, ya que su autor escribía desde Perú. Sin embargo, a pesar de ser el Tercero (1582) el más famoso y de mayor repercusión posterior, Avendaño directamente cita sólo -en esta primera parte del *Thesaurus*- al Segundo (1551), en sus disposiciones de que no se obligase a los indios al cultivo de la coca. Aunque sólo el de 1582 recibió la aprobación regia y papal, éste incluyó un Sumario del Segundo, que quedaba así implícitamente aprobado. Quizá por eso la insistencia de Avendaño en que las disposiciones del de 1551 debían ser hechas cumplir por los sucesores de los Padres Conciliares (14).

Hay también una referencia al Tercer Concilio de México de 1585, a propósito de su condena del repartimiento de indios para servicio personal (15), uno de los temas fuertes -el del repartimiento- del Sínodo. El Concilio, como el tercero de Lima, fue también aprobado e incorporadas sus disposiciones en la Recopilación de 1680, aunque su repercusión dentro y fuera de México fuera incluso mayor que la del limense: se aplicó hasta en Filipinas, y vemos a

Avendaño apelar en Perú a su autoridad. Más tarde aún, en 1740, un ejemplar de sus Actas figura en el inventario testamentario de Félix Valverde, obispo de Venezuela (16), (Leal, 1978: 308).

Son varios los Papas y Bulas a cuya autoridad recurre Avendaño a lo largo del *Thesaurus*. Bonifacio VIII y su famosa bula, la Extravagante *Unam Sanctam* con la teoría de las dos espadas (17). Su inmediato sucesor, Clemente V, -en su Constitución *De iureiurando*-, sosteniendo que con la *Unam Sanctam* no se establecía ningún nuevo derecho en la Sede Romana; lo que pudo satisfacer al rey francés Felipe IV, quien entendió esto de modo muy distinto a como lo entendía el Papa y con él Avendaño: no se establecía ningún *nuevo* derecho, pues éste estaba ya sancionado anteriormente. Para el jesuita, esta doctrina es un dogma (18).

El Papa más citado es, sin duda, Alejandro VI y sus bulas de donación de las Indias a los Reyes Católicos, su reparto con los Reyes portugueses y los diferentes privilegios que se concedían en Indias a los Monarcas. Si el Papa Calixto III, español y Borgia, había hecho semejantes concesiones a los reyes lusitanos, Alejandro VI -también Papa, español y Borgia- no quiso ser menos obsequioso con sus reyes, haciéndoles las mismas concesiones hechas a sus vecinos peninsulares; y, para que quedara claro, con bulas del mismo nombre (19).

Otros documentos pontificios están en Avendaño solamente sugeridos. Así sucede con el tema del Patronato, al que se refiere sólo de paso, sin abordarlo directamente. Aunque, más bien, puede decirse que todo el *Thesaurus* es una aceptación explícita del Patronato. Esta concesión papal a los reyes castellanos aparece en Avendaño como indudable, como lo mínimo concedido en su donación, ejercida en Indias por Virreyes y Gobernadores (20). La bula *Eximiae devotionis* exigía ya a los Reyes de Castilla ocuparse de la evangelización. Pero la obtención del Patronato para las Indias se constituyó poco menos que en obsesión para Fernando el Católico, tanto como Rey consorte, como después como Regente de

Castilla. Con otra bula más de igual nombre, el mismo Alejandro VI le concedía poder recabar los diezmos en las colonias (15-11-1501); cosa que, sin embargo no dejó satisfecho al rey, quien pretendió siempre, con obstinación baturra, se le concediera para América el Patronato que Inocencio VIII le había concedido (13-12-1486) sobre el reino de Granada, por medio de la bula *Orthodoxae fidei*. Finalmente, Julio II accedería a ello, mediante la *Universalis Ecclesiae* del 28-7-1508. Dos años más tarde (8-4-1510) el mismo Pontífice renovaba asimismo la concesión de los diezmos, con una bula que volvía a llamarse *Eximiae devotionis*. Avendaño supone el Patronato un hecho, cuando explícitamente habla de los Reyes como *Legados de la Sede Apostólica* (21).

Aunque de otro tema, habremos de referirnos a otra Bula, hoy menos conocida por haber caído ya en desuso, pero a la que Avendaño aludirá con frecuencia, por estar todavía en vigencia en su tiempo. Es la *Bula de la Cena*, así llamada porque -hasta Clemente XIV, en 1770- solía promulgarse todos los años el día de Jueves Santo en Roma y leída el mismo día en todas las Catedrales. La Bula es un monitorio que recoge una serie de condenaciones, principalmente contra quienes violaran la jurisdicción eclesiástica. Su origen parece remontarse al Papa Martín V -hacia 1420- recogiendo las censuras del Concilio de Constanza (1414-1418) (Villarroel), a lo que fueron añadiéndose después otras censuras más de Papas posteriores. En la época de Avendaño estaba vigente el texto de 1636, de Alejandro VII, Papa hasta 1667. Solórzano Pereira alude también a ella en su *Política Indiana* (22). Las excomuniones nn. 13-15, 18 y 19 se refieren a las regalías (23).

En referencia ya al Derecho Antiguo, decíamos que estaba presente a lo largo de todo el *Thesaurus*. Es el soporte continuo subyacente en toda la obra. Si, por ejemplo, el *ius civile*, fue al principio concebido en Roma como el conjunto de las normas de cada pueblo (24), terminó entendiéndose como el derecho propio del pueblo romano, con exclusión de los extranjeros. Un concepto que posteriormente, a partir de la Edad Media, traería consecuen-

cias al momento de determinar la pertenencia o no de ciertos pueblos al Imperio. Son fáciles de prever las implicaciones que esto tuvo cuando se “incorporan” al Imperio los naturales de las colonias americanas; implicaciones que inciden en la justificación de múltiples aspectos del gobierno colonial, desde el mismo hecho de la conquista, hasta tantos otros como si sería lícito o no hacer esclavos a los indios, obligarlos a ciertos trabajos o a determinados impuestos o tributos, etc. A todo ello pasa revista Avendaño en su *Thesaurus*. Pero no nos detendremos aquí en cada uno de estos casos. Nos interesa de momento subrayar algunos aspectos que -por más que sean también particulares y no más que otros ejemplos- pueden reflejar no ya la opinión del autor sobre casos concretos, sino su concepción del Derecho Romano como piedra de toque para el gobierno de las colonias. Es lo que sucede, por ejemplo, con términos como *clientes* y *vernáculos* (25).

El primero lo aplica Avendaño a los indios, en relación con el Rey de España. Lejos de estar usado en el coloquial sentido actual de *comprador*, o *comprador habitual*, o de quien utiliza los servicios de otro, el autor se sirve de él en su sentido primigenio, como quien está bajo la protección o tutela de otra. Porque, entre los romanos, los clientes eran aquellas personas que -sobre todo en ocasión de haber sido vencidos en guerra- se colocaban bajo la protección de un patrón patricio, para conseguir una vida, si bien menos libre, sí más segura. El patrón daba a sus clientes tierras para cultivar, asistencia y defensa; el cliente daba a su patrón, respeto y también asistencia. La condición de cliente era hereditaria. De modo similar, cuando Avendaño aplica a los *Yanaconas* el calificativo de *vernáculos*, tampoco lo hace al modo usual con la significación de *nativo*, sino al de la antigua Roma, donde se daba el nombre de *verna* -o su diminutivo *vernaculus*- al esclavo nacido en la casa del amo. Así eran los *Yanaconas*: no considerados jurídicamente esclavos, pero nacidos, en su mayoría, de indios servidores, en la casa de los señores.

Nuestro autor maneja técnicamente los conceptos de dominio y posesión y los concomitantes de entredicho, interrupción y *usucapio*. Posesión para él no es, ni más ni menos, que tener algo en su poder, con voluntad de retenerlo a modo de propietario (26). Aunque generalmente acompañada de la propiedad, la posesión es, pues, un *hecho* (no un derecho), un poder material, sin importar que el poseedor esté de buena o mala fe, tenga o no además el derecho a poseer (27); de tenerlo, no sería poseedor, sino propietario. Sin embargo, el poseedor tiene más derecho a la posesión que cualquier otro (28), incluido el propietario. Para deshacer la posesión y reivindicar su propiedad, éste habría de recurrir a la vía del Derecho *-rei vindicatio-*, no a la violenta del hecho. Como, además, la posesión ha de ser continua (ya que la *interrupción* hace perder la posesión), el poseedor que sienta lesionada su posesión acudiría a la instancia superior quien, sin juzgar sobre la propiedad, restituiría la posesión; tal sentencia es el *entredicho* (Petit, 1993).

Avendaño parte de la premisa del dominio temporal de los Papas, y de la facultad de éstos de transmitirlo a los Reyes de Castilla. Para él es un error sostener que el dominio de las Indias estaba en los caciques, y el Papa bien pudo, en todo caso, privarles de tal dominio y entregarlo a los Príncipes Cristianos (29). Con ello no hacía sino aplicar la práctica romana, que consideraba a las provincias como *propiedad* del Estado y que los particulares que residían en ellas tenían solamente *posesión* de tales tierras (30). Una tesis que servirá para que Avendaño -como los mismos romanos- justifique la legitimidad de imponer tributos a los indios.

Que sostenga que los Reyes *poseen* las Indias por concesión Pontificia no constituye argumento para lo contrario: si los Reyes tienen el dominio, *a fortiori* podían tener la posesión. Pero si los Papas transmiten el dominio sobre las tierras, no así -lo dice expresamente a continuación- el dominio sobre las personas. Y si la aceptación de lo primero le sirve para justificar la imposición de tributos a los indios, el rechazo de lo segundo es motivo para el rechazo también de la imposición de esclavitud a los mismos. Por-

que el dominio personal otorgado sería solamente un dominio sobre la *gens*, no sobre individuos; y una autoridad sobre el conjunto podía entenderse solamente hablando en categorías que se podrían llamar geográficas: ciudades, campamentos, lugares, villas, etc. (31).

Desde 1580, Felipe II había anexionado Portugal a la Corona de Castilla, hasta que en 1640 Portugal aprueba reponer en su trono a la Casa de Braganza, por medio del Rey Juan IV. Aunque coronado éste en enero de 1641, España no reconoció la nueva situación sino hasta 1668. Como puede suponerse, el período entre ambas fechas fue muy activo en guerras entre España y Portugal, tanto diplomáticas como de armas (batalla de Montijo, por ejemplo, en mayo de 1644). Es a lo que alude la expresión *estos tiempos turbulentos* de nuestro autor, quien escribía por 1657.

Avendaño recuerda al lector el entredicho papal que impedía a las demás naciones interferir en las posesiones ultramarinas de Portugal. Su argumentación es clara: al incorporarse este reino al de Castilla, la prohibición de Calixto III seguía estando vigente, pero a favor ahora de los Reyes Católicos, legítimos sucesores en esto de los portugueses, y protegidos así en la posesión de sus provincias (incluidas las portuguesas), por el mismo entredicho. Por ello, se esfuerza en demostrar que durante el período de anexión había tenido lugar la figura jurídica de *usucapio*, posesión prolongada, continua y de buena fe. Los tratados y alianzas que Portugal realizara con diversos países tras su separación de Castilla en 1640, pueden considerarse en verdad como la única vía de Derecho que le quedaba para establecer su reivindicación, tanto de su reino como de sus colonias.

Ante esa situación, vigente todavía en los *tiempos turbulentos* de Avendaño, la reacción castellana pudo ser o bien la de reivindicar también esas tierras para España, o sólo reclamar su posesión. Lo primero no era oportuno, cuando Portugal se había adelantado en sus gestiones ante las demás naciones. Pero, dado

que el jesuita aceptaba la teoría de las dos espadas en la Sede Apostólica, para él el auténtico propietario de las regiones en disputa no era ni el Rey de Portugal, ni el de España, sino el Papa. Así, como fiel hijo de la Iglesia, se centra en la posesión y habla de la *interrupción* en ella, que se experimentaba en aquellos días. Una interrupción sin fuerza, porque –apelando al texto bíblico– era una *interruptio cadens*, que por su propio peso se desmoronaría, como muro en ruinas, a causa de su propia debilidad e injusticia; y sus autores quedarían aplastados por ella, como quedan aplastados por la palabra de Dios quienes la rechazan (32).

Otro tanto puede decirse de la *obligatio*. Para Avendaño, la recompensa de los reyes a descubridores y conquistadores más que una recompensa graciosa, es *antidoral* o basada en la obligación natural de corresponder a los favores recibidos (33). Es pues una obligación; como tal, Avendaño apela al Derecho, según el cual la *obligación* es una relación entre dos, por la que uno de ellos se ve constreñido a algo: *obligación es un vínculo jurídico por el que se nos constriñe inexcusablemente a cumplir algo* (34). Según esto, esa relación crea un *ius proprium* o *derecho de crédito* en el acreedor, y una *obligatio* en el deudor, fundada en el derecho del acreedor. Que tal derecho sea de justicia se desprende de la misma definición de ésta como *voluntad constante y perpetua de reconocer a cada uno su derecho* (35). Si pues, Avendaño basa la recompensa de los reyes en el *trabajo realizado* por descubridores y conquistadores, concluye que es recompensa surgida de un contrato, y que, por tanto, crea obligación en aquéllos (36).

Si en un principio la costumbre era fuente de leyes romanas, se consideraba derecho no escrito, hacía fuerza de ley y siguió manteniendo siempre su capacidad de originar normas (37), posteriormente Constantino la había despojado del poder prevalecer sobre una ley (38). Avendaño conoce esto y lo aplica frente a quienes alegaban la costumbre para continuar con el servicio personal de los indios (39).

Otros varios términos del Derecho Antiguo confirman el conocimiento amplio que nuestro autor tenía de él. Habla, por ejemplo, de la *enfiteusis*, cesión perpetua o por largo tiempo del dominio útil de un inmueble, mediante el pago anual de un canon; de la excepción *perentoria* o perpetua; de los *ingenuos* o nacidos libres (40). La *praesumptio iuris* es una inferencia de la verdad de un hecho por su vinculación con otro ya probado; de tal presunción se dice que *cedit veritati*, esto es puede quedar falsificada o anulada por pruebas; pero Avendaño no habla de ésta, sino de la *praesumptio iuris et de iure*, es decir, la que no acepta prueba en contrario. Aunque se demostrara que la presencia del Virrey en las deliberaciones no intimidara a los Oidores, o que éstos fuesen tan imperturbables que no se dejaran impresionar con esa presencia, Avendaño alega que se presume -con presunción *iuris et de iure*, sin admitir prueba en contra- que sí se intimidarían; y por tanto que su sentencia resultaría presionada; y por tanto se violaría la justicia (41). Alude asimismo a la *repetitio*, figura jurídica consistente en reclamar la restitución de lo dado; la *excusión* o derecho del fiador a no ser obligado a pagar, mientras el obligado principal tenga recursos suficientes para ello; la *recuperatio* o incoación de un juicio ante los jueces *recuperatores*, encargados de las causas de indemnización; etc. (42).

Y subyace también de normas más modernas que las romanas. Como aquélla del *se obedece, pero no se cumple*, tan aplicada en la colonia. Avendaño apela a ella -a propósito también de los *Yanaconas*-, aunque con una formulación más jurídica, al decir que *una ley no aceptada por el pueblo no es obligatoria* (43). A pesar de su apariencia de rebeldía, el aforismo no dejaba de tener su fundamento teórico. Y no solamente por aquello de *Rusia es grande, el Zar está lejos*. Y es que hay un primer elemento a tener en cuenta al manejar el concepto de ley. Para los romanos, la *lex* propiamente no es un edicto ya dado que hay que obedecer y cumplir, sino más bien algo previo a eso: un *proyecto de ley* presentado al pueblo para su sanción y posterior obligatoriedad. *Legem ferre*

era presentar el proyecto; promulgar una ley consistía en darlo a conocer para su ulterior votación y aceptación o rechazo. De alguna manera esta práctica se continuó en la Edad Media. Para Juan de Paris, Marsilio, Ockham, el príncipe no es sino el ejecutor de las leyes que aprobaba el pueblo. (Al menos, en teoría).

Si la ley es una *ordinatio rationis*, para su obligatoriedad se requiere que sea conocida; pero tal conocimiento no puede darse si la ley no ha sido promulgada; por esta razón, la promulgación se tuvo siempre como condición fundamental para la obligatoriedad de las leyes. De ahí que, desde la Edad Media, se consideraran en toda aceptación de las prescripciones Reales dos momentos: su obediencia y su cumplimiento. Diversas instituciones confirman la existencia de estas dos fases. Ya a finales del siglo XII, surgieron -por ejemplo- en el reino de Navarra los llamados *Infanzones de Obanos*, a fin de defenderse contra los posibles abusos de los Reyes; su lema: *pro libertate patria, gens libera sit*. Este movimiento daría lugar posteriormente al llamado en Navarra *derecho de sobrecarta* o, en Vizcaya, *pase foral*: aceptando la autoridad Real, se obedecían sus mandatos; pero, sin embargo, ninguna disposición regia se consideraba promulgada, y por tanto quedaba sin efecto de obligatoriedad, si no era aceptada por las autoridades locales. De ahí se acuñó la posterior fórmula, tantas veces aplicada en las colonias americanas: *se acata, pero no se cumple*.

Se trata de un aforismo que se constituyó en parte de lo que Mannheim llamó *principia media*: *leyes especiales reguladoras y contextos especiales que, en una determinada etapa histórica, valen en un ámbito social especial*. De otro modo: *fuerzas universales en circunstancias concretas, cuando se integran con los diferentes factores que actúan en un lugar y un tiempo determinado* (44). En contra de lo que se pudiera creer, el aforismo que comentamos hizo posible que la administración del gran imperio se mantuviera. Hablando en general, la legislación dada en la Corte pudo ser teóricamente perfecta; pero era necesaria su adecuación a las circunstancias específicas, a los *principia media* peculiares de las

distintas regiones, distintos a los de la metrópoli; de ello se encargaron las autoridades regionales. El *se acata, pero no se cumple* fue quizá el principal de esos *principia media* que hizo posible el gobierno de las colonias, a pesar de parecer una “desobediencia institucionalizada” a las normas centrales. Aceptando el principio de la ley, se reconocía la autoridad Real y su facultad de emitir disposiciones; pero su obligatoriedad en las circunstancias específicas de la región quedaba supeditada a la aceptación local (45).

Independientemente de los intereses particulares -no siempre legítimos- que pudieron intervenir en múltiples casos, éste pudiera ser el fundamento de que tantas disposiciones Reales acerca de la esclavitud, servicio personal y otras, tuvieran tan escasa repercusión efectiva en América. Y la explicación también de que la *Sublimis Deus* -en la que el Papa condenaba la esclavitud de los indios- hubiera tenido las dificultades que tuvo en su difusión, por cuanto también las disposiciones pontificias se incluían en este *pase*. Años después, todavía el jesuita Luis López se quejaba de ello: *No dejan ejecutar las bulas de Su Santidad, sin que primero se registren en Consejo de Indias* (Pereña y otros, 1984: 15-16). No se olvide que ya los Infanzones de Obanos habían sido condenados en su momento (5-12-1235) por Gregorio IX.

Indudablemente Avendaño fue un casuista. Pero no se puede tomar al *Thesaurus* como un mero recetario de circunstancias. Quizá en una lectura superficial pueda parecerlo. Pero el espíritu crítico de juristas, historiadores o de quienes se ocupan de la historia de las ideas, habrá de llegar, desde la letra casuista, al espíritu que la anima. Con ello, lejos de una simple colección de normas, independientemente de las contradicciones en que su autor -muy a su pesar- pueda incurrir, abstrayendo de su personal ideología, el *Thesaurus* se convierte en fuente imprescindible para el estudio del gobierno colonial.

Notas

1. Amberes, 1668. Hemos iniciado su edición moderna, bilingüe, de la que su primer volumen se encuentra ya en prensa. Los presentes comentarios se refieren a los *Títulos I-III* de la obra.
2. N. 05.
3. N. 02.
4. N. 07.
5. *De civitate*, L. V, c. 12.
6. Salmo 24, 1.
7. *Hostes populi romani perdunt ea quae sunt iuris civilis romanorum, ita ut hostes cuiuslibet civitatis perdunt quae sunt iuris civilis proprii illius civitatis... Quasi omnes gentes quae obediunt Sanctae Matri Ecclesiae sunt de populo romano... Alii populi sunt extranei, et sunt populi extranei proprie, qui non fatentur Imperium Romanum esse dominum universalem:* BARTOLO DE SAXOFERRATO, *Opera omnia*, Venecia, 1596, vol. vol. 6, 214v-215r.
8. *Post Christum vero, Imperium est apud Christum et eius vicarium, et transfertur per Papam in Principem saecularem:* ID., vol. 10, 95r.
9. Véanse, p. ej., ENCINAS, D., *Cedulario indiano (1596)*, Madrid, 1956; OREJON, A., (ed.), *Las Nuevas Leyes de 1542-1543. Ordenanzas para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios*, Sevilla, 1961; se encuentra también su texto en PEREÑA y OTROS, *Juan de la Peña. De bello contra Insulanos*, Madrid, 1982, vol. II, pp. 102-119; *Recopilación de leyes de los Reynos de Indias*, Madrid, 1681 (reed. Madrid, 1973).
10. Tít. I, nn. 75, 158; Concilio de Trento: Sess. 23, c. 1 *De reformatione*.

11. Cfr. HUERGA, A., "Antillas: implantación y consolidación de la Iglesia", en BORGES, P., (ed.), *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas II*, Madrid, 1992, p. 11. (en adelante cit. como BORGES, *Historia*). Este obispo hubo de defender tenazmente el oriente venezolano, por entonces perteneciente a aquella diócesis, que el de La Española pretendía anexionar a la suya.
12. Tít. I, nn. 69-72. Concilio de Trento: Sess. 24, c. 1, *De reformatione*. El *Thesaurus* trata del nombramiento de ministros eclesiásticos idóneos para las Indias en los cc. 3ss. del Título II.
13. Cfr. Tít. I, nn. 34-40.
14. Tít. I, n. 142.
15. Tít. I, n. 120.
16. LEAL, I., *Libros y Bibliotecas de la Venezuela Colonial*, vol. II, Caracas, 1978, p. 308. Sobre los Concilios Mexicanos: *Concilios provinciales primero y segundo celebrados en México*, México, 1769; *Concilio Tercero provincial mexicano*, México, 1859; GARCIA PRIETO, Z., "Los tres primeros concilios de México", en *Revista Española de Derecho Canónico*, 46, 1989, pp. 435-487; LLAGUNO, J., *La personalidad jurídica del indio y el tercer concilio provincial mexicano. 1585*, Roma, 1962; NAVARRO, B., "La Iglesia y los indios en el Tercer Concilio Mexicano (1585). Ensayo crítico", en ID., *Filosofía y cultura novohispanas*, México, 1998, pp. 115-167; *Sanctum Provinciale Concilium Mexici*, México, 1622.
17. Tít. I, nn. 17, 1, 8.
18. Tít. I, nn. 1, 8.
19. Sobre estas bulas, cfr. PEREZ EMBID, F., *Los descubrimientos en el Atlántico y la rivalidad castellano-portuguesa hasta el Tratado de Tordesillas*, Sevilla, 1948; MATEOS, F., "Bulas portuguesas y españolas sobre descubrimientos geográficos",

- en *Missionalia Hispanica*, 19, 1962, pp. 5-34, 129-168; WITTE, Ch. de, "Les bulles pontificales et l'expansion portugaise au XIV siècle", en *Revue d'Histoire Ecclésiastique*, 48, 1953, pp. 638-718; 49, 1954, pp. 438-461; 51, 1956, pp. 413-453; 53, 1958, pp. 443-471.
20. Cfr. Tít. I, nn. 10, 76, 16.
21. Cfr. Tít. I, n. 159; los textos relacionados con el tema del Patronato se inician en Avendaño en el n. 62 del Tít. I. Sobre el tema del Patronato puede verse HERA, A. de la, "El Patronato y el Vicariato Regio en Indias", en BORGES, *Historia*, vol. I, pp. 63-79.
22. Lib. 4, cap. 25.
23. El texto de esta Bula fue recogido en el Lib. 3, Tít. 4 § 3 del Sínodo de Caracas de 1687: cfr. *Sínodo de Santiago de León de Caracas de 1687*, Caracas, 1848, ed. facs. de H. Santiago-Otero, A. García García y J. Soto Rábanos, Madrid-Salamanca, 1986, pp. 224-234. Como bibliografía de la época de vigencia de la Bula puede citarse a LOPEZ, Juan Luis, *Historia Legal de la Bula llamada In Coena Domini, dividida en tres partes, en que se refieren su origen, su aumento y estado... desde el año de 1254 hasta el presente de 1698*, Madrid, 1768.
24. *Quod quisque populus ipse sibi ius constituit id ipsius proprium est, vocaturque ius civile*: GAIUS, 1, § 1.
25. Tít. I, nn. 103, 153.
26. *Et apiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore*: PAULO, L. 3, § 1, D., *De adq. vel amit. pos.*, XLI, 2.
27. *Nihil commune habet possessio cum proprietate*: ULPIANO, L. 1, pr. D., *De adq. vel amit. pos.* XLI, 12.

28. *Qualiscumque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet*: PAULO, L. 2, D., *Uti possid.* XLIII, 7.
29. Tít. I, nn. 2, 7s., 31. Sobre el pensamiento de Avendaño al respecto, puede verse EGAÑA, A., "El P. Diego de Avendaño y la tesis teocrática 'Papa, Dominus Orbis'", en *Archivum Historicum Societatis Jesu*, 1949, 18, pp. 195ss.
30. Cfr. GAYO, II, § 7: *In provinciali solo... dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur*.
31. Tít. I, n. 102. Sobre el tema del dominio en Avendaño, cfr. TALEGON, C., *Precedentes bajomedievales en la teoría del dominio de Diego de Avendaño*, Comunicación presentada al I Congreso Iberoamericano de Filosofía, Cáceres-Madrid, 21-26 de septiembre, 1998.
32. Tít. I, n. 30.
33. Tít. I, n. 58.
34. *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius solvendae rei*: JUSTINIANO, *Institutiones*, pr. *De oblig.*, III, 13.
35. *Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*: ULPIANO, L., 10, pr. D., *De iustit.*, I, 1.
36. Tít. I, n. 48.
37. Cfr. ULPIANO, L. 33, D. *De legib.*, I, 3; JUSTINIANO, I., § 9 *De iure nat.*, I, 2.
38. L. 2, C., *Quae sit longa consuet.*, VIII, 53.
39. Tít. I, n. 121.
40. Tít. II, nn. 57, 91.
41. Tít. III, n. 88.

42. Tít. III, nn. 20, 130, 136, 146.
43. Tít. I, n. 155.
44. MANNHEIM, K., *Libertad y planificación*, México, 1942, p. 180ss.
45. Estudio sobre este aforismo en PHELAN, J., "Authority and Flexibility in the Spanish Imperial Bureaucracy", en *Administrative Science Quarterly*, V, 1960, pp. 59s.

Referencias bibliográficas

- GONZÁLEZ POLA, M. Episcopologio dominicano en la diócesis de "nueva Segovia" en Filipinas, en **Actas del III Congreso Internacional sobre "Los Dominicos y el Nuevo Mundo"**, Salamanca, 1990.
- GUMILLA, J. **El Orinoco Ilustrado y defendido**, Caracas, 1963.
- HUERGA, A. Antillas: Implantación y Consolidación de la Iglesia, en Borges, P.: **Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas II**, Madrid, 1992.
- LEAL, I. **Historia de la Universidad de Caracas (1721-1827)**, Caracas, 1963.
- LEAL, I. **Libros y Bibliotecas de la Venezuela Colonial**, Vol II, Caracas, 1978.
- PETIT, E. **Tratado Elemental de Derecho Romano**, Barcelona, 1993.
- PÉREZ VILA, M. **Actas del Cabildo Eclesiástico de Caracas**, (2 vols), Caracas, 1963.
- VILLARROEL, G. **Gobierno Eclesiástico**, tomo 2.