

El concepto de propiedad de los guaraníes en la obra de Domingo Muriel, jurista del siglo XVIII

por

Sergio Rodolfo Núñez y Ruiz-Díaz
(UBA)

I. Introducción

La presente investigación, analiza el concepto que se tenía de la propiedad indígena, de los habitantes de la cuenca mesopotámica meridional sudamericana, durante el siglo XVIII; y su recepción o no por los ordenamientos jurídicos y aparato erudito de la época.

Concretamente se analizará la obra del sacerdote Domingo Muriel, quien se desempeñó durante más de diez años como docente en la Universidad de Córdoba. Su trabajo permite aproximarnos a una realidad jurídica escasamente estudiada, en el sentido que con frecuencia, se analizan las obras de los religiosos de la antigüedad no en su faceta de operadores del Derecho, sino como teólogos y polígrafos. Particularmente desde fines del siglo XVIII en adelante.

Se trata de redescubrir en un docente del siglo de las Luces, no sólo en el concepto principal de estudio, sino su valor como creador del Derecho.

Asimismo, permite comparar la transición del casuismo al sistema tanto en el fin perseguido – el análisis del concepto de propiedad indígena- como en elementos que permiten ampliar la óptica del instituto de referencia en el pasado.

El ámbito de estudio será el Río de la Plata, los territorios de las Misiones jesuíticas, en el siglo XVIII.

Las hipótesis primarias planteadas tratarán de verificar si los pueblos indígenas hacen una interpretación propia de la idea de

propiedad, si coincide o no con los conceptos introducidos en Hispanoamérica por los europeos, particularmente los provenientes del *Ius Comune*.

Por supuesto que consideramos la particularidad de los mismos, en sentido que los pueblos originarios participan no sólo de otra percepción de la realidad jurídica, sino de otra cosmovisión, basada en el teocentrismo más que en el antropocentrismo del viejo Continente.

Consideramos que no puede darse una sola definición de propiedad en los pueblos aborígenes, más bien podemos hablar de “zonas de influencia” de conceptos; esto como consecuencia de la heterogeneidad de culturas existentes en nuestro país.

Por otra parte, no se ha considerado la entidad e importancia que revestían los clérigos y religiosos en el mundo intelectual de la época; habiendo servido como puente entre la sociedad aborígen y la sociedad hispana. Esta circunstancia la observamos a fines del siglo en estudio, y profundizada en las centurias siguientes.

Las ideas filosóficas de la Ilustración eran ampliamente conocidas en el mundo intelectual Hispanoamericano; y ello gracias a los religiosos como agentes transmisores de conocimientos.

No se ha analizado en profundidad la transición entre el casuismo (propio del Derecho Común) al sistema (propio del racionalismo), respecto del concepto de propiedad.

Como hipótesis u objetivos secundarios describiremos cómo fue la evolución del concepto de propiedad desde la Escolástica hasta fines del siglo XVIII.

Establecer qué elementos iusfilosóficos caracterizan cada período, a través de la normativa más importante de cada uno.

Oficialmente para la época el Padre Muriel es un jurista, ya que demostró un amplio conocimiento de las corrientes filosóficas imperantes en la época, a pesar de las distancias geográficas.

Su desenvolvimiento como profesor de Derecho Natural y de Gentes, en la cátedra de filosofía moderna de la Universidad de Córdoba del Tucumán nos da sobrada muestra de ello.

Por último, *nos sentimos obligados a agregar a los títulos que se le reconocen como filósofo y polígrafo el de jurista.*

Los tópicos tratados en la investigación fueron:

1. Marco histórico.

Los cambios de paradigmas y las relaciones entre las autoridades laicas y eclesiásticas.

Las reformas borbónicas y su impacto en el mundo jurídico americano.

Los clérigos como agentes de propagación de las ideas jurídicas.

2. Marco jurídico. El Derecho Indiano – Los derechos de los indígenas.

El derecho vigente en Hispanoamérica al promediar el siglo XVIII.

El régimen de la tierra en el Derecho Indiano.

Aspectos particulares del usufructo de la tierra en Indias: el caso de los encomenderos, los caciques y las misiones.

3. El P. Muriel en el contexto del s. XVIII. Su obra filosófica y su obra jurídica.

Biografía del P. Domingo Muriel. Sus estudios, formación, vida intelectual.

Los escolásticos y los pensadores racionalistas en la obra *Rudimentaluris*.

4. El concepto de propiedad en el Derecho Común y en el Derecho Indiano.

El concepto de propiedad en la Baja Edad Media: la “*possessio*”, la “*propietas*” y la propiedad comunal.

Pervivencia del Derecho Común en el Derecho Indiano respecto de los mismos temas.

Las costumbres jurídicas preexistentes de los naturales; su vigencia en el período en estudio, particularmente las etnias rioplatenses.

5. La propiedad en el S. XVIII.

Los filósofos racionalistas en la Cátedra del Padre Domingo Muriel: Grocio, Heineccius y Pufendorf en Córdoba del Tucumán del siglo XVIII.

6. El concepto de propiedad en la obra del Padre Muriel.

Los conceptos de Tupamaé y Ambaé. Análisis y desarrollo.

¿Son realmente éstos conceptos propios de la cultura guaranítica o un constructo de la etnia dominante? Nudo de la cuestión y conclusiones finales.

II. Estado de la Cuestión.

Respecto del estado de la cuestión, hasta el momento no se han elaborado trabajos en concreto desde el punto de vista iushistórico sobre los conceptos de “*tupamaé*” y “*ambaé*”, propios de las etnias guaraníticas.

En la actualidad, en el repositorio de la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho de la U.B.A., se encuentran registrados diversos trabajos investigativos respecto de la propiedad, y diversas temáticas respecto de los pueblos indígenas de nuestro país.

Dichas tesis doctorales varían en el objeto de estudio, según los intereses en juego en cada época en que fueron elaborados.

Las mismos serán:

- Luis A. Sauze; “*Las tribus salvajes ante el derecho internacional*”; 1873. El primero de éstos
- Eduardo M. Zavalia; “*Los indios ante la constitución y las leyes*”; 1892.

- Héctor Juliáñez; “*Condición jurídica de los indios*”, 1896.
- Manuel Hernández, “*Etnografía de los pueblos salvajes del Río de la Plata*”; 1909; sobre el mismo tema se expedirán Carlos J. Díaz Guerra en 1911 y Juan Carlos Tabossi en 1912 (*Los pueblos salvajes del Plata*).
- Ramón F. Vázquez; “*El Tahuantisuyu*”, de 1920.
- Manuel Eduardo Piedrabuena; “*Las instituciones políticas y la familia en los pueblos indígenas que habitaron el dterritorio argentino*”, de 1967.
- Rabinovich, Ricardo; “*El derecho matrimonial del Tawantisuyu tardío*”; 1990.
- Ricardo O. González, “*Proyección social de los pueblos originarios con posterioridad a la reforma constitucional de 1994*”; 2007.
- Viviana Canet, “*Sobre el marco constitucional de los pueblos indígenas*”, 2007, y por ultimo
- Nèlida Ángela Carrasco, “*Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio indígena. estudio del caso LhakaHonhat c/Estado Argentino*”; 2009.

De ellos podemos decir que, los trabajos de Sauze, Zavalìa y Juliáñez, son un reflejo de las teorías jurídicas imperantes a fines del siglo XIX, y de la intención de incorporarlos al nuevo estado Nación. Téngase en cuenta que era reciente la campaña de ocupación de tierras del sur, de 1879; y todavía no había concluido la del Chaco.

Los trabajos de Hernández, Díaz Guerra y Tabossi, se centran en los pueblos indígenas del río de la Plata, con un enfoque etnográfico más que jurídico.

Vázquez y Rabinovich centrarán sus estudios sobre el Tahuantisuyu, dándoles una impronta arqueológica, de lineamiento histórico jurídico general en la primera y puntualizado en una institución particular el segundo. El estudio del Dr. Rabinovich sí destaca aspectos histórico-jurídicos,

Carácter etnográfico y general tendrá la tesis doctoral de Manuel E. Piedrabuena; que permite tener un panorama completo de los

pueblos originarios; centralizándose en un instituto concreto (el matrimonio), en todos los casos que trata.

Por último, las tesis doctorales de González, Canet y Carrasco, expondrán la situación jurídica actual de los pueblos originarios; haciendo hincapié en la reforma constitucional de 1994, que incorporó con ése rango los derechos de los mismos, y el marco jurídico actual.

En el caso de la Doctora Carrasco, centraliza su estudio en un caso jurisprudencial; y permite dilucidar las recientes posturas filosóficas y jurídicas.

Ninguna de estas investigaciones, establece un marco histórico jurídico, ni una evolución de los derechos de los pueblos indígenas de nuestro país.

Cabe considerar que, respecto de los pueblos indígenas, abundan los trabajos de investigación y tesis diversas; centrándose en fenómenos posteriores al siglo XIX, y la situación actual respecto de los mismos; pero pocas ponen el enfoque en el proceso histórico jurídico.

Al respecto, debemos destacar las tesis doctorales de D. Patricio López Díaz-Valentín, respecto de la “*Condición jurídica del indígena en Mendoza bajo el derecho indiano*” (siglos XVI-XVII) – Universidad Nacional de Cuyo, 2012; y la de Da. María Laura Salinas: “*Encomienda, trabajo y servidumbre indígena en Corrientes. Siglos XVII XVIII*.” (Universidad de Andalucía 2008).

Por otra parte, y teniendo en cuenta la misma fuente (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires), destacamos que respecto de la propiedad, existen diecisiete (17) tesis doctorales que abordan la cuestión, desde el año 1863.

Las de fines del siglo XIX, de los doctores Juan S. Fernández (1863), Benjamín Sánchez, Darío Arias (ambos de 1883) y Luis A. Peyret (1884), tratan sobre el concepto de propiedad territorial, su origen y fundamento. La fechada en 1864 por Rafael Ruiz de los Llanos, apunta al valor económico de la misma (“*La tierra económicamente hablando no tiene valor en sí*”).

Las investigaciones de Melitón Arroyo (1895); Victorino Ortega (1896), Luis Leonardelli (1899); Pedro T. Lucero (1901) y José

María Jaramillo (1903); hacen hincapié en la idea de tierra o propiedad pública; siendo Fernando Klappenbach (1900), quien aborda el tema desde el derecho administrativo.

Por otra parte, Amaro Darchez (1901); Arturo Frutos (1902) y Nicanor Almagro Paz (1902), abordarán la temática de la inmigración y la colonización de las tierras públicas.

Federico Pinedo (h), abordará el “*Estudio de las manifestaciones concretas de socialización del derecho de propiedad*”, en 1916; y Horacio Reynoso, (1925), la “*Función del estado en el régimen de propiedad*”.

Por último, Rodolfo Blaquier en 1975, efectuará una “*Historia del derecho de propiedad: precedentes hispánicos desde el siglo XIII y su desarrollo en la Argentina hasta el presente.*” En el mismo, es el único que hace referencia a la propiedad de los pueblos indígenas, pero desde la óptica de las Leyes de Indias.

Por otra parte, en un señero estudio sobre el régimen de la tierra en el Derecho Indiano el Doctor José María MariluzUrquijo, efectuó un exhaustivo estudio respecto a la normativa que lo regía. En la misma línea de investigación encontramos los trabajos más antiguos de Ricardo Levene y José María OtsCapdequí, entre otros, que ciñen sus investigaciones a lo netamente normativo.

III. Originalidad y relevancia del tema elegido.

La realidad jurídica del siglo XVIII se presenta, compleja, rica en lo que respecta a la mutación del pensamiento occidental, de la Escolástica al Racionalismo.

Este período de transición entre el casuismo – propio del Antiguo Régimen – y el sistema – fruto de las ideas ilustradas- fue analizado por Víctor Tau Anzoátegui en su obra: “*Casuismo y sistema*”; al que en su momento se hará referencia.

Entre las distintas corrientes de ideas trataremos de individualizar el concepto que de la propiedad sustentaban los pueblos indígenas. Teniendo en cuenta que las mismas eran culturas consuetudinarias, observaremos que en los simples preceptos que respetan la costumbre de los pueblos aborígenes

(conf. Recopilación de Leyes de Indias; ley IV, título I; Libro II), se encontraban comprendidos múltiples manifestaciones de sus civilizaciones.

Respecto a la obra del Padre Domingo Muriel, sólo fue estudiada desde el punto de vista teológico y/o filosófico; ya que de la misma los textos mayormente citados del mismo han sido: “*FastusNovusOrbis*”, compendio de la normativa canónica aplicable al Nuevo Mundo; y sus comentarios a la obra del Padre Pierre Francois de Charlevoix “*Historia del Paraguay*”; ambas obras de mediados del siglo XVIII y elaboradas en fecha anterior a la expulsión de la Compañía de Jesús de los territorios hispanos.

Como ejes temáticos ya estudiados, se observan tres grandes grupos de investigaciones, a saber: los que corresponden al análisis de la transición del Derecho Común al Racionalismo; lo que tratan de las corrientes ideológicas del siglo XVIII en la Universidad de Córdoba y la que estudia la obra de la Compañía de Jesús.

Del primero grupo destacaremos la obra del Dr. Víctor Tau Anzoátegui “*Casuismo y Sistema*”, del año 1982, destacándose con precisión los elementos que marcaron la transición del casuismo y particularismo propio del Derecho Indiano imperantes en los siglos XVII y XVIII, hasta llegar al proceso de codificación de la centuria siguiente.

Respecto a la ideología del siglo XVIII en el ámbito donde se desempeñó el Padre Muriel, han sido los Dres. Marcela Aspell y Esteban Llamosas (Universidad de Córdoba), quienes han estudiado en profundidad el fenómeno de la ilustración en el ámbito universitario de Córdoba del Tucumán; así como también la Dra. María Rosa Pugliese (Universidad de Buenos Aires), en cuanto a la influencia de los filósofos ilustrados italianos en el mismo período en estudio.

Consideramos de gran valor la aportación del Dr. Ricardo Wilde, “*Religión y poder en las misiones de guaraníes*” (2016); en cuanto al estudio de los pueblos guaraníes, ya que es la etnia objeto de estudio; y una de las más influenciadas por los europeos durante la etapa de la conquista y colonización del Nuevo Mundo.

Por último, debemos destacar las investigaciones del Dr. Abelardo Levaggi en cuanto al régimen jurídico de los pueblos indígenas, pero centrado en el siglo XIX y en las etnias patagónicas; y las obras de los Dres. Ana María Ramella y Atilio Alterini respecto de la propiedad aborígen, aunque partiendo de la base jurídica actual, hecho que excede el ámbito temporal y geográfico del tema en estudio.

Finalmente, contribuye al personaje en estudio, Domingo Muriel, la tesis posdoctoral realizada por la Doctora Julieta María T. Consigli, de la Universidad de Córdoba.

La misma, titulada: “*Etnias indianas de la América Colonial – gente de color*” Construcción discursiva canónica en “*Ordinaciones*”, de Domingo Muriel S.J (1776). Dicha investigación aborda la cuestión de las etnias indianas, la gente de color y la servidumbre; desde el punto de la construcción discursiva del concepto; pero es un análisis actual del fenómeno del Derecho Canónico; su inclusión o exclusión en el mundo jurídico y social Indiano.

Si bien circunscripta a los afrodescendientes, permite una aproximación actual a otro aspecto de la creación de Muriel, y conceptos más amplios que hacen a la riqueza de nuestra historia.

En cuanto a la relevancia del tema, como se consignó anteriormente, hasta el momento no se han elaborado investigaciones histórico/jurídicas sobre la idea o concepto de propiedad que comprendían los pueblos aborígenes de nuestro país.

La multiplicidad de etnias y distintas características culturales y geográficas del espacio argentino impiden hacerlo de manera integral; por lo que se impone un estudio centrado en un ámbito temporal y región específica por vez. Es decir, se ha elegido el ámbito temporal del siglo XVIII y el geográfico del Noreste Argentino o zona mesopotámica.

Cada región tiene características particulares que se repiten en un determinado ámbito de influencia, vgr. el guaraní (NE); el incaico (NO); y araucano en el centro y sur de nuestro país. Ello determina una óptica distinta de cada uno de los conceptos o

institutos jurídicos que se quieran investigar; habiéndose elegido en éste caso el de la propiedad.

Los diferentes estudios sobre el tema de la propiedad de los pueblos indígenas se han centrado en el período posterior a la independencia de nuestro país. Es decir, a partir de mediados y fines del siglo XIX, donde imperaban ideas jurídicas y políticas diametralmente opuestas a la identidad propia de los aborígenes.

Para poder integrar a los pueblos originarios en la historia jurídica de nuestro país, es necesario recuperar la historia que los involucra en el período histórico previo a la emancipación, con todo lo bueno y malo que puedo haber tenido el sistema jurídico hispano.

Los agentes de nexo entre las dos culturas han sido los religiosos, por lo que la obra del Padre Domingo Muriel, nos permite aproximarnos a una realidad distinta, superando la concepción simplista del clérigo como teólogo o polígrafo, y completando su realidad como jurista doctrinario, profesor universitario u operador del Derecho.

El caso del padre Muriel, es un claro ejemplo de lo dicho. Fue misionero jesuita, orador y escritor. Nació en la Villa de Tamames (Reino de León) en 1718; iniciando su carrera religiosa en la Compañía de Jesús, en el Colegio de Valladolid en 1731.

Durante su tercera probación en Salamanca, dio clases de latín a los novicios, entre quienes estaba Francisco Javier Miranda, su futuro biógrafo. En 1748, siendo profesor de lógica en el colegio San Ambrosio de Valladolid, fue destinado a la Provincia del Paraguay.

La extensa jurisdicción a cargo de los Jesuitas, tenía su sede en la ciudad de Córdoba del Tucumán, lejano distrito dependiente del Virreinato del Perú, a la que llegó en 1749.

El mismo año de su llegada comenzó a enseñar los rudimentos de la filosofía en la universidad, hasta el año 1751. Dichas funciones las desempeñó junto al cargo de vicerrector del Colegio de la Compañía en el año 1752. Posteriormente de 1753 a 1756 se desempeñó como profesor de moral; habiendo sido promovido a Rector del Convictorio de Montserrat en 1757.

Los años 1758 a 1760 se desempeñó como socio del Padre Provincial Alonso Fernández, y del visitador Nicolás Contucci de 1760 a 1762.

En 1758 hizo la visita de la provincia jesuítica del Paraguay en nombre del Provincial Fernández; siendo sus últimas tareas en Córdoba Maestro de novicios a partir del año 1762.

En 1764 fue electo procurador, para representar a la Provincia ante Madrid y Roma, junto con el Padre José de Robles.

Cuando ambos se preparaban en el Puerto de Santa María para zarpar hacia el Paraguay con cuarenta jesuitas, el 3 de abril de 1767, recibieron la notificación de la expulsión decretada por Carlos III; quedando presos en dicha localidad por tres años.

En octubre de 1768, junto con otros sacerdotes, fueron enviados a Faenza, ciudad de la Emilia Romagna, dependiente de los Estados Pontificios. En dicha localidad continuará como Rector de la Casa de Probación, pudiendo proseguir sus estudios sesenta jóvenes de la región.

Muriel fue el último provincial, de 1770 a 1773, del Paraguay antes de la supresión de la orden por Clemente XIV, mediante el Breve “*Dominusacredemptor*”, de Julio de 1773.

Hasta su muerte se dedicó a la tarea de traductor y escritor. Ya en la prisión del Puerto de Santa María, hizo la traducción castellana de “*Fundamentos de la vida espiritual, tomado de la Imitación de Cristo*”; del jesuita francés Padre Jean Joseph Surin (1600-1665); y en Italia hará lo mismo con la obra “*Historia del Paraguay*” de Pierre François de Charlevoix, como se consignó, a la que añadió cuatro libros y enriqueció con aclaraciones gracias a sus conocimientos de la región.

Como docente en la Universidad de Córdoba escribió los manuscritos de sus dos obras más conocidas: “*FastusNovis Orbi*”, una recopilación de las disposiciones pontificias sobre América; y los “*Rudimenta Iuris Naturae et Gentium*”, un tratado de Derecho Natural y de Gentes, con los conocimientos impartidos en sus clases (base de esta investigación), ambas publicadas en su exilio europeo.

El análisis de su obra permite comparar la transición del casuismo al sistema en el concepto referido – la propiedad - elementos que permitan ampliar la óptica del instituto de referencia en el pasado.

Si bien hay profusión de obras acerca de las ideas políticas y iusfilosóficas predominantes durante la última etapa de la dominación española, escasean estudios acerca de la etapa anterior a los mediados del siglo XVIII, y lo clérigos como juristas o agentes o creadores del Derecho.

En el mundo erudito de la Ilustración, todavía los mismos formaban parte de quienes impartían los conocimientos en general, y los jurídicos en particular.

Hay una originalidad en el sentido que tampoco se ha estudiado a los religiosos de la Compañía de Jesús como agentes jurídicos ya que, como continuadores de la Escuela de Salamanca, impulsaron una nueva óptica de los estudios políticos y jurídicos que desde fines del siglo XVI y en adelante han influido sensiblemente en el pensamiento universal.

Fiel seguidor de las enseñanzas de Francisco Suárez y Juan de Mariana, el Padre Muriel analizará con agudeza en su “*Rudimenta Iuris*” los conceptos vertidos por juristas y filósofos de la época como Puffendorf, Wolff o Heinecio, citándolos y refutándolos con erudición.

Por último, nos cabe destacar que concretamente y respecto a la idea de propiedad, los vocablos guaraníes Abambaé y Tupambaé, definen dos sistemas de apropiación de bienes. Abambaé, lo perteneciente al hombre, lo privativo de él; el Tupambaé, aquello que pertenece a Dios. Toda la organización de la vida productiva de las reducciones se realizaba en función de esos conceptos, los que serán analizados en esta investigación.

Trataremos de confirmar su originalidad como instituto propio de los pueblos guaraníes o sincretismo propio de una cultura fuertemente influenciada por el pensamiento europeo. -

El ámbito de estudio será Sudamérica y referente a dos áreas en particular: los pueblos de Misiones o Doctrinas dependientes de la

Compañía de Jesús; y el ámbito académico de la Universidad de Córdoba del Tucumán.

El marco temporal será el siglo XVIII.

IV. Objetivos y Metodología.

El objetivo concreto será identificar la idea que se tenía de la propiedad indígena en el siglo XVIII, en el marco de una población determinada como lo eran las etnias guaraníes; y como se implementaba el mismo en el ámbito de las misiones jesuíticas.

Como segundo objetivo, establecer la vigencia o no de la cultura Escolástica en el ámbito universitario del Nuevo Mundo; y si las nuevas ideas afines al Racionalismo eran conocidas en el mundo académico.

Establecer como se mantiene la vigencia de los clérigos como operadores o agentes de transmisión de conocimientos jurídicos hasta bien entrado el siglo XVIII.

La metodología utilizada será en base al análisis principal de fuentes jurídicas directas, particularmente el tratado sobre Derecho Natural y de Gentes del Padre Domingo Muriel, más fuentes jurídicas e historiográficas.

Cabe destacar que la misma, los “*Rudimenta Iuris*”, tratados de derecho natural y de gentes forman parte de una creación jurídica frecuente en el siglo de estudio.

Por otra parte se analizó la significación y evolución de términos como “propiedad”, “propiedades”, “República de españoles y de indios”; “*abambaé* y *tupambaé*”, entre otros.

Todos estos hacen a los elementos propios del concepto en estudio: la idea que se tenía de la propiedad indígena en el siglo XVIII.

Respecto de las cuestiones metodológicas; este trabajo de investigación es de tipo explicativo y se servirá del método empírico para su preparación.

Si bien estará orientado hacia conceptos histórico-jurídicos, no dejará de lado circunstancias culturales y sociales. Esto en relación con los hechos políticos que precedieron a la vigencia o no de cada

uno de los paradigmas jurídicos mencionados en su oportunidad (iusnaturalismo – racionalismo), y a efectos de probar la hipótesis central identificar la idea que se tenía de la propiedad indígena en el siglo XVIII.

El conocimiento de esta institución jurídica, la propiedad se lo procurará adquirir mediante la investigación de las fuentes (jurídicas, históricas, documentos y escritos varios) que reflejen el pasado.

La base de estudio será la normativa general de Indias, el Derecho Común (doctrina vigente respecto del derecho privado), y los escritos de los filósofos y juristas consignados por el autor principal estudiado.

La sistematización de datos que conlleven a la idea principal se formalizó mediante el fichaje según los parámetros generales para la búsqueda, observación y explotación de fuentes y bibliografía. Para ello se evaluarán distintos niveles de prioridad de la información específica de acuerdo a los límites del trabajo.

Con estos elementos se buscará probar empíricamente los lineamientos generales de la investigación.

Los documentos serán transcritos siguiendo las normas de la ortografía y la puntuación modernas, con el desarrollo de sus abreviaturas. Se mantendrán los apellidos tal como figuran.

Sólo se apartará de este criterio para adoptar la forma establecida por la historiografía, cuando se trate de personajes importantes. Por otra parte, se emplearán fuentes no jurídicas: literarias, políticas, crónicas, memorias, etc., que permitan probar las hipótesis centrales.

Por último, respecto de las fuentes utilizadas, las mismas fueron mayoritariamente fuentes directas jurídicas, y bibliográficas.

Respecto del último tipo de fuente, serán aquéllas que de manera indirecta tocan o profundizan aspectos del tema central de estudio. Se supone que este método es el más didáctico dada la posibilidad de extensión del trabajo en sí.

En cuanto a las fuentes directas editadas, se utilizaron de distintos periodos como, por ejemplo: Recopilación de Leyes de Indias, de

1680, Política Indiana de Juan de Solórzano Pereyra, y las obras de Samuel Puffendorf y Johann G. Heineccius, entre otros.

Como fuentes secundarias o indirectas, aquellas que de manera indirecta nos acercan al tema en estudio, han sido utilizados las obras de Ricardo Levene, José María MariluzUrquijo o Victor Tau Anzoátegui, entre otros; teniendo en cuenta los autores clásicos que han profundizado los períodos históricos consignados. -

También bibliografía general como los textos de la Academia Nacional de la Historia (“Nueva Historia de la Nación Argentina”; Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2001) o directamente textos jurídico políticos.

Capítulo 1. Marco histórico.

a) Las circunstancias y los cambios de paradigmas del siglo XVIII.

El siglo XVIII se presenta complejo, no sólo para la monarquía hispánica sino para todo el continente europeo.

La Guerra de Sucesión española (1700-1714); a consecuencia de la muerte sin descendientes del malogrado Carlos II de Austria, último representante de la dinastía en la Península Ibérica, provocará cambios tanto en lo político, económico, jurídico y social.

El advenimiento al trono de la dinastía Borbón, no sólo supondrá éstos cambios, sino que cambiará todo el rumbo tanto de España como de América.

A nivel europeo, el surgimiento de Gran Bretaña como potencia comercial y política, pugnará con Francia la hegemonía del continente.

Los catorce años que duró el conflicto, cambiarán el futuro de Europa y por ende, de los territorios americanos.



Carlos II de Austria “El hechizado”.¹

¹ https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Juan_de_Miranda_Carreno_002.jpg



Felipe II de Borbón

La nueva dinastía, representada por el joven rey Felipe, Duque de Anjou, nieto de Luis XIV de Francia, quien a la sazón había digitado en su oportunidad dicha sucesión; se caracterizará por trasladar a los nuevos territorios adquiridos los cambios políticos y jurídicos vigentes en su patria, concretamente el denominado “*Despotismo Ilustrado*”.¹

Hay que recordar que desde mediados del siglo XVII, se produce un cambio de la mentalidad occidental, con el surgimiento del racionalismo como nueva filosofía.

En efecto, la influencia del pensamiento de filósofos, que comienza con Hugo Grocio (1583-1645), se desarrolla con René Descartes (1596-1650), Baruch Spinoza (1632-1677) y Willhelm Leibniz (1646-1716); influirá a partir de dicha centuria en la construcción del conocimiento europeo, dando un vuelco total al mismo.

El pensamiento del hombre pasará de ser teocentrista, es decir centrado en el conocimiento y la búsqueda de Dios, a ser antropocentrista, centrarse en sí mismo. Proceso que culminará en la siguiente centuria con el pensamiento de Emmanuel Kant (1724-1804).²

En palabras de Johannes Hessen (1889-1971): “*Mientras la concepción filosófica del universo brota del conocimiento racional, el origen de la concepción religiosa del mismo está en la fe religiosa. El principio de que procede y que define su espíritu es la vivencia de los valores religiosos, la experiencia de Dios. Por eso, mientras la concepción filosófica del universo pretende tener una validez universal y ser susceptible de una demostración racional, la aceptación de la concepción religiosa del universo depende, por modo decisivo, de factores subjetivos. El acceso a ella no está en el conocimiento universalmente válido, sino en la experiencia personal, en las vivencias religiosas. Existe, pues, una diferencia*

¹ Castellán, Ángel y otros; “*Historia de la cultura occidental y de la Nación Argentina*”; Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980, Tomo único, 605 págs., pág. 315.

² Marías, Julián; “*Historia de la Filosofía*”; 22ª Edición ampliada; Edit. Revista de Occidente S.A.; Madrid, 1970; Tomo único, 515 págs., pág. 215 y 283/284.

esencial entre la concepción religiosa del universo, y la filosófica; y, por ende, entre la religión y la filosofía.”³

Este cambio de concepciones acerca de la realidad se dará en la época en estudio.

La Ilustración, que así se denominará el movimiento de pensamiento político, social y filosófico que surgirá a consecuencia del racionalismo, y que primará durante el siglo XVIII, se caracterizará por un pensamiento o denominador común que hará que todos sus partícipes tienen conciencia de estar operando para mejorar la situación general de los hombres.

Surgen las ideas de “*progreso*” y de “*civilización*”; en contraposición al pensamiento antiguo o medieval; hay una idea generalizada que la luz de la razón se impone sobre la religión y el oscurantismo.⁴

El racionalismo de Descartes se combinará con el empirismo de Locke y Hume, dándose en cada país o región características propias.

Así tendremos una Ilustración Francesa, con exponentes como Voltaire, Rousseau o el Abate Condillac; alemana (o *Aufklärung*), con Leibniz, Wolff, Thomasius; inglesa (Locke, Hume), o española.

La Ilustración española se caracterizará por no ser revolucionaria ni anticlerical, tratándose de acercar a la Península, al pensamiento dominante en el nuevo siglo de manera podría decirse moderada. No siendo antirreligiosa, y partidaria de los cambios políticos y sociales, desde el mismo monarca, que (suponen), traerá el bienestar al pueblo.

Particularmente durante los reinados de Fernando VI (1746-1759), y Carlos III (1759-1788); se destacará la obra del Padre Benito J. Feijóo (1676-1764); su colaborador el P. Martín Sarmiento (1695-1772); el médico y filósofo Andrés Piquer (1711-1772); y el jurista y filósofo Antonio Xavier Pérez y López (1736-1792); destacándose entre todos Gaspar Melchor de Jovellanos

³Hessen Johannes; “*Teoría del conocimiento*”; Instituto Latinoamericano de Ciencias y Artes, 1981; 82 págs., Pág. 8.

⁴Castellán, Ángel, Op. Cit., pág. 305 y s.s.

(1744-1811), autor de ensayos y estudios que dan cuenta de su pensamiento ilustrado.⁵

b) El cambio de dinastía reinante y situación política.

La crisis política de la monarquía española, arrastrada desde la centuria anterior, se extenderá durante todo el siglo XVII, ya que el mantenimiento del vasto imperio y la presencia armada en Europa llevarán los mayores gastos.

Los reinados de Felipe III (1598-1621) y Felipe IV (1621-1665), si bien marcan el cénit de la cultura española, acusan una marcada decadencia interna, política y económica. La política de válidos como el Duque de Lerma o el Conde Duque de Olivares, acentuarán los problemas económicos y sociales de la población.

El proceso de la separación de la Corona Portuguesa de la Española (de 1640 a 1668) así como también la participación en la denominada Guerra de los Treinta años (de 1618 a 1648); marcarán el final de la hegemonía española en el viejo continente.⁶

En el caso de la Guerra de los Treinta Años, de 1618 a 1648, trajo consecuencias funestas para todo el Continente, tanto en los países católicos como protestantes que participaron de la contienda. Esto traerá una merma importante no solo en la producción agraria, sino en la demografía de la mayoría del continente.

Nos refiere Concepción Anguita Olmedo que: *“La migración hacia las ciudades u otras zonas con mejores perspectivas provocó una despoblación rural y una disminución en la producción agrícola, que a su vez originó una crisis social, hambre, falta de materias primas para las manufacturas, para, etc. En definitiva, una población cada vez más descontenta y mermada.”*⁷

⁵ Marías, Julián, Op. Cit., págs. 261/262.

⁶ Lynch, John, *“Historia de España”*; La España de los Austria; Editorial crítica; Barcelona, 1991; II Tomos.

⁷ Anguita Olmedo; Concepción; *“La cuestión de Gibraltar: orígenes del conflicto y propuestas de restitución (1704-1900)”*; Madrid, 2016; Memoria para optar al grado de Doctor; Universidad Complutense de Madrid; 1997; 766 págs., p. 44. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwiLtqrLmOHbAhVDjZAKHU1sAFoQFghJMAM&url=http%3A%2F>

Siendo esta crisis casi insuperable para los países meridionales; las mejores condiciones económicas de países como Francia, Holanda o Inglaterra, con una burguesía en ascenso; permitieron un crecimiento a nivel interno y externo, a consecuencia de los avances sociales e industriales; hecho que implantará: “*las bases para sus políticas expansionistas del siglo siguiente.*”⁸

Surgen como rivales de Francia, Inglaterra y Holanda, que gracias a la unión dinástica (de 1688 a 1701), serán de las potencias favorecidas al finalizar la denominada “*Guerra de Sucesión Española*”.

Al final de la centuria, el malogrado Carlos II (1665-1700), será el último representante de la Casa de Austria. Dominado por su madre y las camarillas palaciegas, a consecuencia de su débil constitución física y mental; cambiará el curso de los acontecimientos al disponer que sea heredero de la monarquía hispana, Felipe de Anjou, nieto de Luis XIV de Francia, y de su hermana mayor María Teresa de Austria.⁹

Los intereses por hacerse cargo de la herencia española, estaban fundamentados en Francia, desde los sucesivos matrimonios dinásticos, tanto de Luis XIII (1601-1643) con Ana de Austria (1601-1666), hija de Felipe III; como de su hijo Luis XIV (1638-1715) con María Teresa de Austria (1638-1683), hija de Felipe IV.

Asimismo, las diferentes maniobras de Luis XIV, para cobrar la dote de su matrimonio; así como también la circunstancia de la falta de un heredero por parte de Carlos II, tío y primo a su vez del monarca; serán dos de las causas más importantes para que a partir de 1667, el rey francés opere para suceder el trono español.¹⁰

<https://feprints.ucm.es/2F3714%2F1%2FT21484.pdf&usg=AOvVaw0dHrIqtb3cWEKJCSFfZJ8Z>;

⁸ Anguita, Olmedo, Op. Cit., págs. 44 y 46.

⁹ Lynch, John, Op. Cit., Lynch, John; “*Historia de España*”; El siglo XVIII; Editorial crítica; Barcelona, 1991; I Tomo; 408 págs. pág. 36.

¹⁰ Guerrero Villar, Joaquín; “*El tratado de paz con Inglaterra de 1713. Orígenes y culminación del desmembramiento de la Monarquía Española*”; Madrid, Marzo 2008; 576 págs. Tesis doctoral - Biblos-e Archivo - Universidad Autónoma de Madrid, pág. 59.

No entraremos en detalles al respecto, tan solo que la muerte de Carlos II en noviembre de 1700; dará comienzo a la consignada “*Guerra de Sucesión Española*”, de 1700 a 1714, que marcará un rumbo distinto tanto para España como para Europa. Francia mantendrá aunque con dificultades su hegemonía, al igual que la Casa de Austria, ésta bastante mermada; surgiendo Inglaterra como nuevo foco de poder y potencia naval y económica de Europa.¹¹

Al momento del comienzo de las conversaciones, en el año 1712 en la ciudad holandesa de Utrecht; los países representados en la misma: Francia, Inglaterra; Austria y la reciente Prusia, serán los actores más importantes del siglo XVIII. Portugal, Holanda, Saboya; sólo serán satélites de los anteriores, respondiendo los primeros durante toda la centuria y en el futuro a la política británica; y Saboya, a la de Francia.¹²

Al culminar la firma de los tratados que conformarán la denominada Paz de Utrecht, en 1715; se perfila una realidad política y jurídica muy distinta a lo que había sido la realidad española de las últimas centurias.

c) El ámbito de conocimiento antes del cambio de dinastía.

1. El Humanismo en los Reinos Hispanos.

España se caracterizará por mantener vivas durante buena parte del XVIII, las enseñanzas y doctrinas del movimiento surgido a fines de la Edad Media denominado “*Humanismo*”. Surgido en Italia a fines del trecento, y extendido durante la siguiente centuria a todo el ámbito europeo, las figuras como Francesco Petrarca (1304-1374), o Erasmo de Rotterdam (1466-1532), marcarán el rumbo del pensamiento de la modernidad.

Una de sus escuelas, con centro en Florencia, pondrá foco de estudio en las denominadas, ciencias del hombre, tomando como

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/1809/5521_guerrero_villar_jo_aquin.pdf?sequence=1&isAllowed=y

¹¹ Anguita Olmedo, Op. Cit., pág. 54.

¹² Anguita, Olmedo, Op. Cit., pág. 110.

base la obra de Platón. Por otra parte, la que se desarrolle entre las Universidad es de Padua y Bolonia, se centrará en la obra de Aristóteles y Averroes.

La filología será el centro de sus actividades, buscando la correcta interpretación de los textos clásicos, griegos y latinos, y por consiguiente de la cultura antigua, que pasa a ser el centro de los estudios del denominado Renacimiento.¹³

Las características generales del período, y que continuarán serán:

a) Secularización de la cultura:

Toda la cultura medieval estará orientada a Dios o al conocimiento del mismo. La filosofía denominada Escolástica, de la mano de Santo Tomás de Aquino (1224-1274) y San Buenaventura (1217-1274); serán los referentes no solo de la filosofía medieval sino del pensamiento europeo por varios siglos.¹⁴

El surgimiento de la burguesía y la difusión de los estudios universitarios, produjeron una revolución en el campo del saber que será acrecentado con la invención de la imprenta a mediados del siglo XV.

El acceso de los miembros de la burguesía a los centros del saber, y su posterior ascenso social, harán lentamente influir en los poderosos sus propios criterios e intereses. Y desde las universidades, el hombre comienza a pensar desde un nuevo ámbito y desde una radical experiencia: desde el ámbito de la razón y la experiencia de la realidad concreta.

La ciudad hace preponderante una nueva potencia: la razón y una nueva realidad: la realidad individual. Los simbolismos tradicionales desaparecen, el hombre de la ciudad piensa

¹³ Castellán, Ángel; Op. Cit.; pág. 225, y Marías, Julián, Op. Cit., pág. 184 y s.s.

¹⁴ Tomamos a Tomás de Aquino y Buenaventura de Fianza como referentes más importantes; sin olvidarnos de San Anselmo, Escoto Erígena y la Escuela de Chartres que serán los antecedentes.
Marías, Julián; Op. Cit., pág. 136 y s.s.

racionalmente frente a una realidad desencantada. El mundo deja de ser transparente a la divinidad. Frente al ideal trascendente de la Edad Media – teocentrismo – el humanismo asumió una posición inmanentista, que desplazó a Dios y exaltó al hombre – antropocentrismo.

Ese proceso que comienza en los siglos consignados, se profundizará y se hará tangible durante los siglos XVII a XVIII.

Se volvió al juicio de Protágoras según el cual “*el hombre es la medida de todas las cosas.*”¹⁵

b) Reacción contra el principio de autoridad y fundamento en la razón:

Se reconocen los primeros intentos de reacción contra el principio de autoridad, y particularmente religiosa, a partir del siglo XII. Los movimientos Cátaros del sur de Francia a partir de esa centuria, mostrarán una virulencia y conflicto no visto con anterioridad. Lo mismo podrá decirse del movimiento de los Valdenses, en el sur de Francia nuevamente, y de John Wycliffe (1320-1384) en Inglaterra; surgidos casi al mismo tiempo durante el duro siglo XIV.¹⁶

La rebelión de Jan Hus (1370-1415), profesor de derecho y rector de la Universidad de Praga (Reino de Bohemia), a principios del siglo XV supondrá un punto de inflexión difícil de contrarrestar, que preparará el camino al movimiento protestante de Martín Lutero (1483-1546), que dividirá definitivamente la cristiandad en el próximo siglo.¹⁷

¹⁵ Se dice de una actividad que es inmanente, que es inmanente a un agente cuando permanece dentro del agente, en el sentido que tiene en el agente su propio fin; contraponiéndose la inmanencia a la trascendencia. El concepto será desarrollado con posterioridad por Spinoza, en el siglo XVII.

Ferrater Mora, José; “*Diccionario de Filosofía abreviado*”; Edit. Sudamericana, Buenos Aires 1970; Tomo único, 478 págs., págs. 230, 231.

Castellán, Ángel y otros; Op. Cit.; pág. 208 y s.s.

¹⁶Jacques le Goff; *Historia Universal siglo XXI. La Baja Edad Media*, p. 174

¹⁷Jacques le Goff; *Historia Universal*; Op. Cit.; pág. 345.

En materia filosófica, ya Duns Scoto (1266-1308), y Guillermo de Ockam (1289-1349), serán los precursores de la separación entre la razón y la fe. El primero en función de la voluntad, el segundo con el denominado “nominalismo”.¹⁸

Estos precedentes convertirán al hombre del Renacimiento un ser capaz de elevarse también por su voluntad hacia una altura de un ser divino; un hombre que se aleja de la idea de Dios y reconoce a la razón como el órgano por excelencia del conocimiento. Por medio de ella podrá ordenar el mundo, reducirlo todo a su cálculo. Dicha circunstancia se dará recién a mediados del siglo XVII, con Rene Descartes.¹⁹

c) Antigüedad clásica como nueva autoridad:

La crítica al principio de autoridad, estará dirigida más que nada contra el principio mismo, contra su aplicación medieval por los teólogos y juristas. Los humanistas eligieron con valor de autoridad a la antigüedad clásica, siendo la lengua, el arte y la filosofía clásicas categorías de modelos y objeto de imitación.

Los pensadores clásicos fueron redescubiertos (Cicerón, Horacio, Sófocles etc.); y tomados como nuevos argumentos de autoridad.

La figura del humanista italiano Lorenzo Valla (1407-1457), será un referente no solo para la filosofía, sino un pionero de la crítica histórica y filosófica. En efecto, su estudio en profundidad del griego y de la lengua latina, será el referente que guiará a los pensadores de su tiempo y su método a los eruditos de la posteridad.²⁰

¹⁸ Según Duns Scoto, la voluntad es una causa total de su propio acto, y por cuanto esa voluntad –cuanto menos en el plano humano– tiene como razón formal la libertad. En el caso de Ockam, y respecto del nominalismo, éste estima que sólo existen entidades individuales, siendo por lo tanto los universales, sólo un término del lenguaje. Ferrater Mora, José; Op. Cit., págs. 410 y 301.

¹⁹ Castellán, Ángel y otros; Op. Cit., pág. 208.

²⁰ Castellán, Ángel y otros; Op. Cit., pág., 228 y 229.

d) Interés por otras culturas no cristianas:

Los siglos XV y XVI serán los de los grandes descubrimientos geográficos. La circunstancia de la búsqueda de nuevas rutas comerciales, que se acentúa al momento de la caída de Constantinopla en 1453; revelarán a Europa la existencia de nuevas culturas paganas (las indígenas).

Asimismo se vuelve a poner atención, en las culturas orientales, tratándose en uno y otro caso, de encontrar en esas realidades distintas y formas de vida, costumbres, instituciones o creencias que dentro de una perspectiva secular pudieran ser asimiladas.

El medio que se eligió para presentar estos ejemplos fue el género de la utopía (lugar no existente), la primera de las cuales fue la obra de Thomas Moore (1478-1535).²¹

2. Pervivencia del Derecho Común en el mundo jurídico.

Una de las características de la época estudiada será la pervivencia del sistema jurídico medieval. Este, surgido desde la Baja Edad Media en Europa Continental, se denominó Derecho Común, o *Ius Commune*. El mismo estaba compuesto de dos grandes modelos jurídicos: el Derecho Romano Justiniano y el Derecho Canónico.

Los estudios del Derecho Romano, se basarán en la obra de Justiniano (483-565); conocido como el "*Corpus Iuris Civile*". Compuesto por los denominados "Código, Digesto, Institutas y Novelas, será ordenado por los juristas de la denominada "Escuela de Bolonia".

El redescubrimiento del mismo hacia fines del siglo XII, en Italia Septentrional se presentará, en palabras de Paolo Grossi, como: "*autorictas*"... *un depósito sapiencial y normativo corroborado no sólo por el transcurso del tiempo (que en el medioevo adquiere siempre una gran fuerza incisiva), sino por la aceptación colectiva; en la medida que fue recibido por una larga cadena de generaciones y estaba desvinculado de lo particular, fue*

²¹ Castellán, Ángel y otros; Op. Cit. pág., 252, 253 y s.s.

la voz de un gran comunio, y, por ello, garantía segura y cimentación sólida."²²

El maestro Irnerio junto con Graciano (siglo XII); conformarán la Escuela de los Glosadores, que consolidarán la obra de Justiniano como "*ratio scripta*", es decir razón jurídica escrita como ciencia del derecho. La novedad de la escuela de Bolonia será la aplicación de un método lógico y dogmático (el de las Artes Liberales), al ámbito de lo jurídico.²³

El segundo elemento constitutivo del derecho Común será el Derecho Canónico, es decir la normativa interna de la Iglesia Católica, que durante la Edad Media la formaban la mayoría de los reinos occidentales.

Su estudio surge en paralelo al redescubrimiento del derecho romano, ya que se consideraban en la época, al derecho civil y al canónico, si bien como ramas distintas, conexas del mismo orden jurídico.²⁴

Las fuentes de estudio del Derecho Canónico serán, según el orden que estableció Juan Graciano en su "*Concordantia Discordantium canonum*", del siglo XII; serán: el Nuevo y Antiguo Testamento, los Cánones (reglas) de los Concilios o asambleas episcopales; los Decretos o Decretales, disposiciones papales y por último la costumbre de cada lugar. Particular importancia tendrán en el mismo las "*Collectio Canonum*" de Anselmo de Lucca; y las obras de Gregorio de San Chrisógono y de Ivo de Chartres.²⁵

Este conjunto de normas civiles y canónicas, serán aplicadas teniendo en cuenta la "*aequitas*", la equidad, como un instrumento que a través de la analogía permitirá al juez llegar al resultado esperado. La misma, junto con la costumbre, fuente propia de los

²² Grossi, Paolo; "*El orden jurídico medieval*"; Marcial Pons, Madrid, 1996, 256 págs., p. 164.

²³ Cannata, Carlo Augusto; "*Historia de la ciencia jurídica europea*"; Edit. Tecnos; Madrid 1996; Tomo único, 242 págs., pp. 145 y 146.

²⁴ Cannata, Carlo Augusto; Op. Cit.;pág. 147.

²⁵ ManlioBellomo, "*The common legal past of Europe*"; The Catholic University of America Press"; Washington, 1995, 252 págs., pp. 67 y 68.

primeros siglos medievales, consolidarán una nueva concepción de lo jurídico.²⁶

Surgirá así durante los siglos XIII y XIV, un denominado “*sistema de Derecho Común*”, “*utrumqueius*”, de toda la cristiandad, como una creación de juristas y científicos.²⁷

Dicha creación científica, se combinará junto con las normativas propias de cada reino o estado, los denominados “*Iura propria*”; éstos últimos compuestos por los derechos feudales, estatutarios de los crecientes burgos; junto con la normativa real.

Las “*Leyes de Partidas*”, de Alfonso X El Sabio de Castilla marcarán un importante precedente para la conformación de los “*Iura Propia*”.²⁸

Este derecho surgido de las universidades, a consecuencia de su adaptabilidad a diversas regiones o “*costumbres*” jurídicas, no será obstáculo para que se adopte con carácter universal; con particular fuerza en las regiones pertenecientes al Imperio Germánico, la Península Ibérica y Francia; con suficiente fuerza y presencia por muchos siglos²⁹⁽³⁾.

En la civilización medieval, “*el orden jurídico es, salvadas algunas zonas conexas al gobierno de la polis, una realidad óptica, es decir escrita en la naturaleza de las cosas, realidad que brota pujante en las raíces de la sociedad y por ello se identifica con la costumbre, con los hechos típicos que confieren su rostro peculiar.*”³⁰

Es un derecho que surge de lo fáctico de cada circunstancia particular, en los estratos profundos de la sociedad, que no emana del hecho del príncipe. En un mundo en que la personalidad del

²⁶ Grossi, Paolo, “*El orden jurídico medieval*”; Op. Cit., pág. 174 y 181.

²⁷ Sistema entendido como un conjunto de elementos relacionados entre sí y armónicamente conjugados. Ferrater Mora, José; Op. Cit. pág. 391 y Manlio Bellomo, “*The common legal past of Europe*”; Op. Cit., pág. 149 y s.s.

²⁸ Bellomo, Manlio; “*The common legal past of Europe*”; Op. Cit., pág. 67 y 100.

²⁹ Bellomo, Manlio; “*The common legal past of Europe*”; Op. Cit., págs. 199 y 200.

³⁰ Grossi, Paolo; “*Mitología jurídica de la modernidad*”; Edit. Trotta, Madrid, 2003, p. 29.

derecho y el particularismo se consolidan como característica principal.³¹

El derecho será en éste período, una manifestación de la voluntad Divina, en tanto y en cuanto la virtud de la justicia, se manifestará a través de los juristas y los jueces.

Santo Tomás de Aquino (1224-1274), entenderá al derecho como la manifestación de la justicia divina, virtud cardinal que debe ser perfeccionada en la sociedad.³²

En éstas centurias surgirán los conceptos de derecho Natural y de Gentes; los cuales serán reformulados a partir de la ruptura religiosa del siglo XVI.

La ruptura religiosa de principios del siglo XVI, dará nacimiento a dos ópticas distintas de la realidad: el humanismo católico y el protestante. El primero dará paso a la Segunda Escolástica Española, y la segunda al Humanismo Racionalista, antecedente del racionalismo jurídico del XVIII.³³

3. El “*Mos Gallicus*”y su influencia.

A fines del siglo XV y principios del XVI, la cultura europea, inspirada en la antigüedad, se comenzó a manifestar en la ciencia del derecho; trayendo como resultado un cambio de mentalidad jurídica.

No se concibió al Derecho Romano como derecho vigente, sino como la más elevada expresión del genio romano y por lo tanto una

³¹ Grossi, Paolo; “*Mitología jurídica de la modernidad*”; Op. Cit., págs. 26 y 27.

³² Sto. Tomás de Aquino, “*Summa Theologica*”; II, Ilae.y Fernando Martin de Blassi; “*El Análisis de la Justicia como virtud en Tomás de Aquino*”; *Revista Chilena de Estudios Medievales* Número 2, julio-diciembre 2012, 55-80; ISSN 0719-2215, ISSN-e 0719-689X <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/412194>
<http://revistas.ugm.cl/index.php/rcem/article/view/11/11>

Ruiz Rodríguez, Virgilio, “*Sto. Tomás de Aquino y la filosofía del derecho*”; *Revista: En-claves del pensamiento*; Año 2016, Vol. 10, Número 19; págs. 13 a 40; ISSN 1870-879X, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6070298>
<https://www.enclavesdelpensamiento.mx/index.php/enclaves/article/view/223/219>

³³ Castellán, Ángel y otros; Op. Cit., pág 246 y s.s.

expresión histórica de razón y equidad, pero no necesariamente la única.³⁴

Dicha nueva visión del derecho surgirá a consecuencia del accionar de los literatos, que, en su afán por estudiar más profundamente las lenguas clásicas, impulsarán una renovación en el examen de los textos clásicos. Serán Lorenzo Valla (1406-1457), autor de una nueva gramática latina, Ángel Poliziano (1454-1494) y Pomponio Leto (1428-1498) los primeros que impulsarán en dicho sentido a los estudiosos del derecho.³⁵

Comenzando por Andrea Alciato (1492-1550), jurista italiano que pondrá en práctica las enseñanzas de su compatriota Valla, es decir estudiando el Derecho Romano con criterio histórico y con mirada crítica. Si bien formado en Bolonia, se trasladó a Francia a los estudios de Bourges, donde enseñó y expandió su nuevo método de estudio.

Otro *scholar* de la misma universidad (formado en Toulouse, pero docente en Bourges), Jacques Cujas (1522-1590), será el más grande exegeta del Corpus, al cual estudió con criterio filológico. Huges Doneau (Donellus, 1527-1591), estudiante y docente en la misma casa de estudios, ordenó la misma obra, pero con criterio lógico sistemático. Todos ellos estudian directamente los textos justinianos, prescindiendo de la glosa.

Estos juristas formarán lo que se denominó “Escuela de Bourges”, por su universidad, y creadores del nuevo método de estudio que se conoce como “*Mos Gallicus*”, o método francés, en contraposición al “*Mos Itálicus*”, de los comentaristas.³⁶

Las persecuciones religiosas harán que el predominio que detentaba Francia en el renacimiento será trasladado a principios del siglo XVII a Holanda, donde surgirán juristas que continuarán

³⁴ Cannata, Carlo Augusto, Op. Cit., pág 149 y 150.

³⁵ Vogel, Carlos Alfredo; “*Historia del Derecho Romano*”; Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977; 378 págs, p. 321.

³⁶ Guzmán Brito, Alejandro. “*Mos Itálicus y Mos gallicus*”; *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* II; Valparaíso 1978, ISSN 0716-1883; p. 31 <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/17/12>, 40 págs. y Vogel, Carlos Alfredo; “*Historia del Derecho Romano*”; Op. Cit., p. 322.

el estudio sistemático e histórico del Derecho Romano, como Arnold Vinnen (Vinnius, 1588-1657); entre otros, que prepararán el mundo jurídico al racionalismo.³⁷

A partir de éste nuevo sistema de concebir el derecho, se observa una mayor libertad de interpretación, así como también un uso cada vez más frecuente de argumentos racionales, combinados con citas de fuentes clásicas (Cicerón, Horacio, etc.). Estas combinadas con autores medievales (Bártolo, Abad Panormitano), tanto de origen jurídico como no jurídico.

Se mantendrá el criterio sistemático, elaborado en base a las Institutas, considerado más racional que el del Código o el del Digesto; utilizándose para cuestiones más concretas, el Corpus y a los juristas medievales.³⁸

Todos ellos apelaron a la vigencia del Derecho Romano, sólo en aquellos casos en que su equidad estuviera comprobada, criticando que se tomara a la opinión de los juristas como Bártolo y Baldo, como argumento de autoridad.³⁹

Los juristas humanistas, sentarán los precedentes del racionalismo de los siglos XVII y XVIII.⁴⁰

Los continuadores del estudio racional del derecho romano no serán los franceses, sino los holandeses, surgiendo Holanda a principios del siglo XVII como abanderada de la libertad, a consecuencia de su proclamada independencia de la Corona Española.

De ellos se destacarán Hug de Groot o Hugo Grocio (1583-1645), quien no sólo se destacó como teólogo, filósofo e historiador, sino que como jurista sentó las bases del derecho Internacional Público con su conocida obra "*De Iure Belli ac pacis*."

³⁷ Cannata, Carlo Augusto; Op. Cit., pág 150.

³⁸ Guzmán Brito, Alejandro; "*MosItálicus y Mosgallicus*"; Op. Cit., pág. 38.

³⁹ Carpintero Francisco; "*MosItalicusMosGallicus y el Humanismo racionalista*"; Veroeffentlichungen des Max Plank-InstitutsfurEuropaischeRechtsgechichte, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1977; 109-171.

⁴⁰ Guzmán Brito, Alejandro; "*Mos Itálicus y Mosgallicus*"; Op. Cit., Pág. 39.

Seguidor del método francés, efectuará diversos estudios del derecho Romano, destacándose “*Florum spartio ad ius Justinaneum*”; donde analiza con criterio histórico, la obra de Justiniano.

El otro compatriota de Grotius será Arnoldo Vinnio (1588-1657), seguidor del método de Donneau. De su extensa obra sobre el derecho romano se destacará su “*Comentario de las Institutas Imperiales de Justiniano*” (*In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius academicus et forensis*); publicada por primera vez en Leiden en 1642. Por su claridad de exposición, será utilizado como texto básico para la enseñanza del derecho romano, no sólo en Holanda sino en el resto de Europa.

La obra del jurista holandès será continuada y ampliada por el alemán Johann G. Heineccius (1681-1741); que en 1736, efectuará su “*Arnoldi Vinni JC, In quator libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*”, (Comentario Académico y Forense a la obra de Arnoldo Vinnio en cuatro Libros de las Institutas Imperiales); la cual será de uso frecuente en el estudio del derecho Civil.⁴¹

No menos importante será en la misma centuria Jean Domat (1625-1696), que conciliará las exigencias de la razón con la experiencia jurídica. En su obra “*Traité des lois civiles dans leur ordre naturel*” (Tratado de las Leyes Civiles en el Orden Natural), hará una síntesis entre el derecho romano y el derecho francés vigente. Sera quien haga de nexo entre el humanismo y el racionalismo, junto con Robert Potier (1699-1772), precursores del racionalismo codificador que se plasmará en el Código Civil Francés.⁴²

4. Situación en la Península Ibérica, la segunda Escolástica.

El Reino de Castilla se caracterizará por un proceso de decadencia de los derechos locales iniciado en la Baja Edad Media; y un progresivo predominio y fortalecimiento del Derecho Real.

⁴¹ Vogel, Carlos Alfredo, “*Historia del Derecho Romano*”; Op. Cit., pág 328.

⁴²Vogel, Carlos Alfredo, “*Historia del Derecho Romano*”; Op. cit., pág 329.

Una de estas consecuencias será que a comienzos del siglo XVIII casi no subsistan fueros en Castilla.

Esta consolidación de una idea de “*Res Pública*” común, a través de la legislación Real (los considerados “*Iura propia*”); comenzó en 1484 con el denominado “*Ordenamiento de Montalvo*”; reforzado con la sanción de las denominadas “*Leyes de Toro*”, en 1505, continúa con la recopilación de Leyes de Castilla de Felipe II en 1567, y culmina recién con la Novísima Recopilación del año 1804.⁴³

Al mismo tiempo surgirá una nueva versión del Derecho Castellano, de los Iura Propia, que será el creado para los nuevos territorios recién descubiertos, el que se llamó “*Derecho Indiano*”. El mismo, surgido a fines de equilibrar las discrepancias surgidas entre las circunstancias particulares de las Indias y la realidad castellana.⁴⁴

Paralelamente al descubrimiento del Nuevo Mundo; las nuevas realidades que se imponen a los españoles del siglo XVI, hechos tales como el descubrimiento de América; y los conflictos derivados de la Reforma Protestante; harán que con base en la vieja escolástica medieval, se forme una escuela basada en dichos principios, que será nombrada como “*Segunda Escolástica*”.

La misma, con base en la Universidad de Salamanca, mantendrá los principios y lineamientos de las enseñanzas de Tomás de Aquino, aplicando el saber a nuevas problemáticas tales como la personalidad de los pueblos indígenas recién descubiertos (Vitoria), o las teorías acerca del poder real (Mariana y Suárez); con el fin de encontrar una solución lo más equitativa posible a las mismas.

Partiendo de las premisas de Tomás de Aquino, respecto al derecho Natural y de Gentes y su vigencia, Francisco de Vitoria O.P. (1483-1546); elaborará una nueva doctrina aplicable a los

⁴³ Martín Rivera, Rafael; “*La idea de «Res publica» en la tradición política y jurídica castellana siglos IX - XV*”; en *Anuario de Historia del derecho español*; Tomo LXXXVI; Madrid 2016; págs. 619-656; pág. 656.

⁴⁴ Tau Anzoátegui, Víctor; “*Casuismo y sistema*” *Indagación Histórica acerca del espíritu del Derecho Indiano*”; Instituto Investigaciones Historia del derecho”; Buenos Aires, 1992; 617 págs. pág. 92 y s.s.

habitantes del nuevo mundo; así como también los primeros lineamientos y alcances de los principios de guerra justa.⁴⁵

De su extensa obra se destacarán sobre éstos tópicos *De Indisy De Jure belli Hispanorum in barbaros* (1532); que junto con sus “*Relecciones Teológicas*” de 1557, serán las obras más importantes al respecto, y que marcarán la doctrina imperante respecto de los habitantes de América.⁴⁶

El otro importante referente de esta Escuela será Francisco Suárez S.I., (1548-1617). Según Julián Marías, va a “repensar la tradición en vista de las cosas., por primera vez va a separar la metafísica de la teología, elaborando una construcción sistemática de la filosofía primera, basada en Aristóteles, pero independientemente de él, teniendo en cuenta la totalidad de las doctrinas de los comentaristas griegos y medievales, y siguiendo con los lineamientos de Tomás de Aquino, hará por primera vez un cuerpo independiente de la filosofía; quedando dicho pensamiento en sus “*Disputationae metaphysicae*”.⁴⁷

Por otra parte, elaborará un nuevo concepto respecto del derecho en su obra “*De Legibus ac deo Legislatore*”; y sentará las bases contra la doctrina del poder absoluto en su “*Defensio fidei aduersus Anglicanae sectae errores.*”⁴⁸

Otros representantes de dicha escuela, y que elaborarán importantes doctrinas sobre el poder real, el libre albedrío y los gobernantes; y consideraciones teológicas serán Juan de Mariana (1536-1624); Luis de Molina (1535-1600), y Melchor Cano (1509-1560).

⁴⁵ Bellomo, Manlio, “*The common legal past of Europe*”; Op. Cit., pág. 204; y Op. Cit., pág. 204.

⁴⁶ Marías Julián; Op. Cit. pág. 198 y Auat, Alejandro; “*Soberanía y Comunicación en Francisco de Vitoria*”; Universidad Católica de Santa Fé, Santa Fé, 2005, ISBN 950-844-024-4; Tomo Único, 233 págs., págs. 102 y 103.

⁴⁷ Marías Julián; Op. Cit., págs. 199.

⁴⁸ Contreras, Sebastián; “*Suárez, el derecho natural y la crítica contemporánea*”. Tópicos, Revista de Filosofía, 53 (2017), 255-272.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=323052129009> ISSN 0188-6649

La doctrina de los autores será fundamental en la creación del Derecho en el siglo XVI, no sólo en la Península sino en el ámbito del nuevo mundo descubierto.⁴⁹

2. El contexto académico.

a. La pervivencia de la Escolástica Española.

Si bien Domingo Muriel es un hijo de su siglo, en cuanto al contacto con las ideas de la Ilustración, recordando el antiguo privilegio que permite a los jesuitas tomar contacto con todas las obras literarias, su formación estará signada por la Escuela de Salamanca, o de la Segunda Escolástica.

El llamado por los historiadores españoles “*Derecho Español Clásico*”, surgido al calor de las aulas de Salamanca y Coímbra, se caracterizará por un predominio de la actividad forense sobre la docente, quebrándose el equilibrio logrado por la antigua escuela de los comentaristas entre ambas actividades.

En cuanto al método, o sistema de conocimiento de dicha escuela será una combinación entre el *Mos Italicus* y el *Mos Gallicus*. Esto llevó al surgimiento de tratados o prácticas procesales, obras sin pretensiones científicas dedicadas a instruir a escribanos y abogados, procuradores y litigantes en los procesos; pasando de ser un derecho eminentemente de práctica profesional.

Se destacarán las de los juristas italianos Tiberio Deciano (1509-1582) y Próspero Farinacci (1544-1618); y en España Juan de Hevia y Bolaños (1570-1623), con su “*Curia Filípica y Laberinto de comercio terrestre y naval*”, obra de gran prestigio en su época, hasta el punto de constituir, esta última, el único tratado de derecho mercantil español hasta principios del siglo XIX.⁵⁰

⁴⁹ Tau Anzoátegui, Víctor; “*La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano*”; en “*El jurista en el Nuevo Mundo; Pensamiento, doctrina, mentalidad*”; *Max Planck Institute for European Legal History; Frankfurt am Main*, 2016; págs. 97 a 146.

⁵⁰ Dani, Alessandro, “*Il Cinquecento e il Seicento*”, in Alessandro Dani, Maria Rosa Di Simone, Giovanni Diurni, Marco Fioravanti, Martino Semeraro,

Como se consignó, durante los siglos XVI y XVII, hubo un predominio y abuso del argumento de autoridad, ya no centrado en los autores escolásticos, sino en los filósofos y juristas clásicos o de la antigüedad. Siguiendo las premisas de la escuela humanista, en los juristas hispanos habrá un lento alejamiento de las fuentes romano canónicas, y una renuncia a las soluciones originales; interesándose la jurisprudencia cada vez más por la legislación real.

En concordancia con éste proceso, surgirá el género literario de las “adiciones” a las obras de los grandes juristas; destacándose por ejemplo las adiciones escritas por Diego Ibáñez de Farías a la obra de Diego de Covarrubias y Leiva.⁵¹

En éste ámbito y continuando dicho método, surgirán los primeros comentaristas de la legislación Real, destacándose Gregorio López de Tovar (1496-1560), con su comentario y glosa de las Partidas; Antonio Gómez (1500-1572) a las Leyes de Toro y Alonso Díaz de Montalvo al Fuero Real (1405-1499) y de Antonio Gómez a las Leyes de Toro.⁵²

Los juristas hispanos de los siglos XVI y XVII tendrán mayor prestigio inclusive que la de los autores bajomedievales.

La obra de los padres de la Compañía de Jesús Francisco Suárez (1548-1617), Luis de Molina (1535-1600), y Juan de Mariana

“*Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, pp. 39-40, Giappichelli, Torino, 2012, [ISBN 9788834829974](https://www.isbn.it/9788834829974).

La obra de Tiberio Deciano “*Trattato di Diritto criminale*” (“*Tractatus criminalis*”) fue la primera obra que rompió con la estructura de sistema de Prácticas propias de los comentaristas. Considerada como un intento de tratado científico pero apoyado en la práctica procesal forense del cinquecento, enunciando una serie de principios generales aplicados a diversos “delitos generales” de los cuales emanan todos los demás “*generalia delictorum*”. Y la de Farinacci “*Praxis et theorica criminalis*”, compendio de jurisprudencia en lo penal, marcarán la estructura de las obras procesales de la época.

⁵¹ D. Didaci Ybañez de Faria. “*Novae additiones, observationes et notae ad libros Variarum resolutionum Didaci Covarrubias a Leiva ... necessariis indicibus locu pletatae*,”; Lugduni :sumptibus Petri Borde, Joan. & Petri Arnaud, 1688; <http://www.cervantesvirtual.com/obra/d-didaci-ybanez-de-faria>.

⁵² Reichardt, Nikola (2001); “Gómez, Antonio”. In Michael Stolleis (ed.). *Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (in German) (2nd ed.). München: Beck. p. 252. [ISBN 3-406-45957-9](https://www.isbn.it/9783406459579).

(1536-1624); marcarán un hito de importancia en el conocimiento español, junto con los dominicos Francisco de Vitoria y Domingo Soto en lo que se denominó la “*Segunda Escolástica*”.

Esta, caracterizada por una revalorización y replanteo de las enseñanzas de Tomás de Aquino, adaptadas a la realidad de los siglos XVI y XVII, planteará una nueva visión respecto de los derechos de los naturales del Nuevo Mundo (Vitoria), o de las teorías políticas imperantes (Suárez).⁵³

Dentro de todos ellos se destacarán las enseñanzas de Francisco de Vitoria (1483-1546) y de Francisco Suárez (1548-1617).

Francisco de Vitoria en “*De indis*” recoge las *relecciones* en las que expresó su postura ante el conocimiento de los excesos cometidos en las tierras de América; afirmando que los aborígenes no son seres inferiores, sino que poseen los mismos derechos que cualquier ser humano y dueños de sus tierras y bienes.

En la obra “*De iure belli et pacis*”, analizó los límites del uso de la fuerza para dirimir las disputas entre pueblos; siendo lícito hacer la guerra, pero la única causa justa para comenzarla es responder proporcionadamente a una injuria. Por tanto no es lícita la guerra simplemente por diferencias de religión para aumentar el territorio.” Y por último en “*De potestate civil*” estableció las bases teóricas del derecho internacional moderno, adelantándose a Hugo Grocio.⁵⁴

⁵³ Marías, Julián, “*Historia de la Filosofía*”, Op. Cit., págs. 197 y s.s.

Puede decirse que la característica principal será una unidad epistemológica, tres afirmaciones de naturaleza científica que eran compartidas implícitamente por la mayoría de los académicos de la época: a) convicción de que el objetivo de una vida intelectual y moralmente íntegra radicaba en alcanzar la sabiduría, b) la idea de que, en la búsqueda de la sabiduría, los filósofos debían utilizar todos los instrumentos disponibles, y c) la certeza de que una de esas herramientas era el conocimiento que provenía de la revelación. Estas características que se forjan en la Baja Edad Media continúan vigentes en el mundo católico. Madrid, Raúl, “El concepto de “*libertas scholastica*” y el modelo metodológico de la universidad medieval”, *Revista de estudios histórico jurídicos de Valparaíso* N° 38, 2016, pp. 359-376, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n38/a13.pdf>, ISSN 0716-5455.

⁵⁴ Peña, Javier; “*Universalismo moral y derecho de gentes en Francisco de Vitoria*”; *Revista de estudios histórico jurídicos de Valparaíso* N° 28, 2006, pp.



Fray Francisco de Vitoria O.P.
(Burgos, 1483 o 1486-Salamanca, 12 agosto de 1546)⁴

289-310: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=2227>, ISSN 0716-5455

⁴https://es.wikipedia.org/wiki/Francisco_de_Vitoria#/media/Archivo:Franciscocodevictoria.jpg



**Domingo de Soto O.P. (Segovia 1494-Salamanca 1560).
Busto en la sede segoviana de la Universidad de Valladolid⁵**

⁵ <https://hispanismo.org/ciencia/20202-origen-de-la-moderna-en-domingo-de-soto.html>



Luis de Molina S.J.
(Cuenca, 29 de septiembre de 1535 - Madrid, 12 de octubre de 1600)⁶

⁶ [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Molina - De Justitia et jure, 1759 - 272.tif](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Molina_-_De_Justitia_et_jure,_1759_-_272.tif)



El padre Juan de Mariana S.J. (1536-1624) Museo del Prado, Madrid⁷

⁷[https://commons.wikimedia.org/wiki/File:El padre Juan de Mariana \(Museo del Prado\).jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:El_padre_Juan_de_Mariana_(Museo_del_Prado).jpg)



R. P. FRANCISCVS SVAREZ Granatenfis
E SOCIETATE IESV DOCTOR THEOLOGVS
et in Cominbricensi Academia primarius Professor
Obijt anno 1617. 25. Septembris, aetatis fere 70.

Francisco Suárez S.J. (1548-1617)⁸

⁸ <https://www.clublibertaddigital.com/ideas/sala-lectura/2017-10-26/alfonso-garcia-nuno-francisco-suarez-este-es-el-hombre-83505/>

Por su parte para Francisco Suárez, el poder político de la sociedad será en su origen contractual, ya que la comunidad está formada por un consenso de voluntades libres. Hay una misma verdad que queda corroborada tanto por la ciencia como por la fe.

Esta filosofía política parte de la base de una visión del mundo u orden universal creado por Dios y regido por su ley eterna. De este sistema deriva la ley natural, a la cual deben someterse los gobernantes. Frente al derecho divino de los reyes (que preconizaba con éxito Jacobo I de Escocia e Inglaterra), Suárez afirmará el principio que la autoridad no proviene de Dios inmediatamente sino por intermedio del pueblo, que la confiere (expresa o tácitamente), y la recupera en caso de quedar vacante el cargo.⁵⁵

Estas ideas influirán posteriormente en autores como Grocio, Descartes y Leibniz, pero bajo una óptica racionalista.⁵⁶

Por otra parte, la congregación religiosa a la que pertenecía Muriel, la Compañía de Jesús, desde sus comienzos, se dedicó al estudio y a la difusión del conocimiento de la época. A través de la enseñanza de la gramática latina, los jesuitas fueron entrando en las facultades mayores, particularmente las de artes y teología.

A principios del siglo XVIII, aún con el predominio de éstos dos métodos, el panorama jurídico hispano se caracteriza por una fuerte crítica a dicho método. En efecto, a la abundancia de citas a los doctores, se propondrá una jurisprudencia que o bien los limite o los suprima definitivamente.⁵⁷

La característica del mundo jurídico será el sistema de casos, es decir cada conflicto o circunstancia jurídica es resuelta en particular, haciendo caso omiso del sistema de reglas jurídicas. Si bien las mismas no son ajenas al conocimiento de los juristas, se parte de una desconfianza a las mismas.

⁵⁵ Stoetzer, O.Carlos; *“El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación (1789-1825)”*; Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966; Volumen I; p. 247 págs., págs. 76-77.

⁵⁶ Villey, Michel, *“Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural”*, Ghersi Editor; Buenos Aires 1978; tomo único, 82 págs., págs. 14-15.

⁵⁷ Tau Anzoátegui, Víctor; *“El jurista en el Nuevo Mundo”*; Op. Cit., pág. 122.

Nos refiere Víctor Tau Anzoátegui, respecto del asunto y en palabras de Juan de Solórzano, al tratar de una cuestión específica y referirse a su regulación que: *“aunque ésta sea la regla, no podemos ni debemos medir con ella igualmente todos los casos que se ofrecen en ésta materia; porque éstos se alteran y varían, según la diferencia, y variación de sus calidades y circunstancias”,* añadiendo *“y la misma regla tiene en sí tantas falencias y limitaciones, que de ellas se podrá hacer otra no menos cierta y casi tan general”*.... Afirmación, nos refiere, que se apoyaba en la glosa en otros argumentos de autoridad.⁵⁸

Este contrapunto entre “caso” y “regla”, se mantendrá, y sólo a principios del siglo XIX, se verá un cambio respecto de la misma en el mundo jurídico hispanoamericano.

b) El nuevo concepto jurídico: el Derecho Natural Racionalista.

El cambio de paradigmas filosóficos comenzó con el surgimiento del pensamiento protestante. En efecto, la reforma religiosa iniciada por Martin Lutero en 1517, dará paso a una nueva concepción no solo religiosa, sino filosófica y posteriormente del derecho.

En palabras de Max Weber: *“La Reforma no significaba únicamente la eliminación del poder eclesiástico sobre la vida, sino más bien la sustitución ... de un poder extremadamente suave, en la práctica apenas perceptible, de hecho casi puramente formal, por otro que habría de intervenir de modo infinitamente mayor en todas esferas de la vida pública y privada, sometiendo a regulación onerosa y minuciosa la conducta individual.”*⁵⁹

En esencia, para dicha doctrina, la única fuente de doctrina y autoridad serán las Sagradas Escrituras, cuyo conocimiento directo

⁵⁸ Tau Anzoátegui, Víctor; *“Casuismo y sistema”*; Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; Buenos Aires; 1992, 617 págs. pág. 79.

⁵⁹Weber, Max; *“La Ética protestante y el espíritu del capitalismo”*; Terramar Ediciones, Buenos Aires; 2006, 232 págs., pág. 24.

hace hincapié en el hombre en sí; no hay jerarquías ya que la salvación es personal y sin intermediarios.⁶⁰

Uno de los precursores de esta nueva concepción filosófica será Hugo Grocio (Huig de Groot, 1583-1643), que como se consignó en su “*De Iure bellisacpaxis*” de 1625, sentará las bases no sólo del derecho internacional público, sino de una nueva concepción del derecho, que se denominó posteriormente como “*Derecho natural Racional*”.⁶¹

Contemporáneo de Grocio será Baruch Spinoza (1362-1677), quien aportará un nuevo sentido a la filosofía desde la ética. El pensamiento de Spinoza complementará el de René Descartes (1596-1650), quien junto con Gottfried Wilhelm Leibnitz (1646-1716) entre los tres marcará el nacimiento del denominado racionalismo filosófico.⁶²

Al mismo tiempo que se desarrollan éstas ideas en el continente, no menos importantes serán los filósofos ingleses como Francis Bacon (1561-1626), precursor del empirismo; Thomas Hobbes (1588-1679), uno de los ideólogos del absolutismo monárquico; John Locke (1632-1704), quien perfeccionará la idea del conocimiento como experiencia, y culminando en David Hume (1711-1776).⁶³

Volviendo al centro del racionalismo, diremos que Descartes, como padre del mismo, introducirá la idea de duda permanente del hombre, y el método matemático para el conocimiento de la realidad. El parte de su propia duda, debiendo ponerse en duda toda

⁶⁰ Castellán, Ángel y otros; “*Historia de la cultura occidental y de la Nación Argentina*”; Op. Cit., pág. 248/249.

⁶¹ La obra de Grocio “*De iure Bellisacpaxis*”, es complementaria de “*Mare Liberum*”, de 1609, donde en ambas se justifican la libre navegación y el comercio a través de los mares. Coincide con la etapa de mayor expansión de Holanda en materia comercial y política.

Rus Rufino, Salvador; “*Evolución de la noción de Derecho Natural en la Ilustración española*”; Cuadernos Dieciochistas, ISSN 1576-7914, [N.º 2, 2001](https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=8017), págs. 229-259, pág. 230. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=8017>

⁶² Marías, Julián; “*Historia de la filosofía*”, Op. Cit., pág. 223 y s.s.

⁶³ Marías, Julián; “*Historia de la filosofía*”, Op. Cit., págs. 239 y s.s.

la existencia del hombre, siendo la duda el centro de toda su filosofía.

A partir de su obra, el pensamiento occidental dejó lentamente la idea de Dios, para centrarse en sí mismo, en un paso como se consignó, del teocentrismo al antropocentrismo; el método matemático propuesto por Descartes se consolidará como el método científico por antonomasia.⁶⁴

Siguiendo ésta línea de pensamiento racional, los juristas del siglo XVII tratarán de crear un sistema de leyes, principios, axiomas y conclusiones que reflejen la conducta humana racional. Se creó un sistema abstracto de pensamiento, que impondrá principios y conceptos jurídicos regulares, exactos y sistemáticos; formulados en axiomas necesarios, eternos, universales e inmutables.⁶⁵

El precursor de éste nuevo método para ser aplicado al derecho será Samuel Pufendorf (1632-1694); que en su obra "*De Iure Naturae et Gentium*" de 1672, propondrá un sistema completo y exhaustivo de principios, conceptos y conclusiones de derecho natural, que regulara hasta los últimos detalles del comportamiento humano. Pufendorf propondrá la separación de lo teológico de lo jurídico.

Para esta, podría decirse, "*nueva ratio*", se basará en un modelo analítico sintético y empírico deductivo propio de las ciencias exactas, un mecanismo similar a un proceso matemático.⁶⁶

La distinción y separación de lo honesto (moral), lo justo (derecho, y lo decoroso (usos sociales), será propuesta por Christian Thomasius (1655-1728), aplicando por primera vez un método racional instrumental al derecho; dándose a partir de su obra una profunda división entre moral y derecho. Para dicho autor: "*En sentido estricto, la leyes el mandato de los que gobiernan, o de*

⁶⁴ Marías, Julián, Op. Cit., pág. 207 y s.s.

⁶⁵ Carpintero Benítez, "*Historia del Derecho Natural*", Univ. Nac. México; México, 1999, Tomo único, 352 págs., pág. 135 y s.s.

⁶⁶ Carpintero Benítez, "*Historia del Derecho Natural*", Op. cit., Pág. 185.

los dueños. Aún más estrictamente, se entiende que son los mandatos de quienes gobiernan en la república”.⁶⁷

Por último, con Christian Wolff (1679-1754), el orden jurídico se estructura como un sistema conceptual, donde los distintos conceptos están sistemáticamente vinculados dentro de una pirámide que los ubica. Esto según su mayor generalidad y extensión, en la cúspide o en la base, relacionándose entre sí de manera orgánica. De modo que la validez de los inferiores descansa en sobre la de los superiores, y la eficacia de estos últimos depende a su vez de la especialidad de los primeros.

Así según Wolff, la jurisprudencia se convirtió en una labor de conceptualización racionalista, de manera lógico deductiva y de forma vertical o descendente. Todo eso de manera lo más sencillo y uniforme posible.⁶⁸

En ésta línea de pensamiento, la obra de Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741), será de importancia en el mundo hispano para la difusión del racionalismo jurídico. Como se consignó, su “Comentario académico forense, a la obra de Arnoldo Vinnio, sobre las Institutas Imperiales”; al igual que su “Elementa jurisnaturae et gentiumcommondauditoribus método adornata”, tuvieron difusión durante el siglo XVIII y sirvió para la consolidación del nuevo sistema jurídico.

Esta nueva forma de pensamiento, comenzó a estudiarse formalmente con el establecimiento en 1661 en la Universidad de Heidelberg de la primera cátedra de “Filosofía y Derecho Natural y de Gentes”, a cargo de Samuel Pufendorf. Ese mismo conocimiento se expandirá a Tübingen, Halle, y a principios del próximo siglo en Göttingen, Lausanne y Ginebra.⁶⁹

Esas mismas cátedras de derecho Natural y de Gentes también comenzarán a establecerse en universidades católicas como las de Friburgo, Viena, Praga y Coimbra, a principios del siglo XVIII.

⁶⁷ Carpintero Benítez, Op. Cit., pág. 186.

Fundamenta Iuris Naturae et Gentium; Capítulo V, 3.

⁶⁸ Cassirer, Ernst; “La filosofía de la Ilustración”; Fondo de Cultura económica; Madrid, 1993, Tomo único, 403 págs. pág. 51 y s.s.

⁶⁹ Rus Rufino, Salvador; Op. Cit. pág. 232.

c) Los “Novatores” y la introducción de las nuevas líneas de pensamiento.

A fines del siglo XVII, se observa en los eruditos españoles, un acercamiento a la nueva filosofía imperante. Surgirá lo que se conoce en la historiografía española como “Protoilustración”; a cargo de los denominados “Novatores” o innovadores.⁷⁰

Recibirán las novedades científicas y filosóficas de fuera de España, y prepararán un segundo período de introducción del pensamiento ilustrado, en la primera mitad del siglo XVIII; en los que se destacarán el Padre Benito Feijóo, (1676-1764); Gregorio Mayans (1699-1781), Andrés Piquer (1711-1772) y Sala y Bañuls como se consignó anteriormente.

Las obras extranjeras las comentarán con un sentido crítico, y sin despegarse de la ciencia escolástica.

Ejemplo de ello será el Padre Benito Jerónimo Feijóo y Montenegro, que respecto de la filosofía cartesiana y de los “nuevos sistemas filosóficos, aunque sea compatible con la doctrina revelada, tiene un grave inconveniente contra la teología escolástica”; y entre otras consideraciones que “la filosofía Cartesiana conduce al ateísmo”.⁷¹

Una tercera etapa del movimiento ilustrado se vivirá en el reinado de Carlos III (1758-1788), considerado el de máximo esplendor de la Ilustración española. Las medidas políticas y económicas tomadas por los ministros de dicho Monarca, así como el intento de modernización de los estudios marcan ésta época.⁷²

Los juristas como Mayans y José de Torres y Flórez, este último profesor de la Universidad de Valladolid, serán algunos de los impulsores del nuevo pensamiento.⁷³

⁷⁰ Rus Rufino, Salvador; op. cit. pág. 233 y s.s.

⁷¹ Feijoo, Benito; “*Theatro crítico y universal, o discursos varios en todo género de materias, para desengaños de errores comunes*”; Imprenta Antonio Pérez de Soto, Madrid, 1765, 8 Tomos, Tomo II; 482 págs. págs. 16, y s.s. y 29.

⁷² Lynch, John, “Historia de España, El siglo XVIII, Op. Cit., pág. 222 y s.s.

⁷³ Rus Rufino, Salvador; Op. Cit., pág. 236.



Estatua del padre Benito Jerónimo Feijóo y Montenegro en Orense, Galicia, fotografía tomada el 17 de abril de 2016 por Gabriel Rocca Mones Ruiz.

Caso particular será el del jurista Juan Sala y Bañuls (1731-1806), que desde la cátedra de Institutas de la Universidad de Valencia, promoverá la difusión de la obra de Arnaldo Vinnio, con su adaptación de la misma a la realidad jurídica hispana.

Su “*Vinnius Castigatus et ad usum tironum hispanorum accomodatus*”, (Vinnio corregido y acomodado al uso de los jóvenes españoles), del año 1786; será de uso obligatorio por los estudiantes por largo tiempo, junto con la obra de Heineccius. Por ejemplo al crearse la Cátedra de Institutas en la Universidad de Córdoba en 1791, ésta obra fue la que se utilizó, entre otras, para la enseñanza del Derecho Romano.⁷⁴

Sólo con el plan previsto por Carlos III para la Universidad de Granada, en 1776, serán incorporados los nuevos juristas y preceptos jurídicos. Al efecto nos refiere Victor Tau que: “*la estructura era de siete cursos, , comprendiendo el primero la historia del derecho con rudimentos del derecho natural , romano, patrio, , público universal y canónico; en segundo y tercero se explicaban las Instituciones de Justiniano, concordadas con las leyes reales; el cuarto y el quinto eran para el derecho canónico, el sexto dedicado al derecho patrio y el séptimo al derecho Público universal.*”⁷⁵

d) La formación de Domingo Muriel:

Domingo Muriel comenzará su vida religiosa y al mismo tiempo académica en el Colegio de la Compañía de Jesús en 1734; ordenándose sacerdote en 1743, al concluir sus estudios de filosofía, los cuales los realizará en la Universidad de Valladolid.

Al concluir sus estudios generales (los anteriores más los teológicos y canónicos), en 1748, pasó al Paraguay; habiendo emitido los últimos votos en la ciudad de Córdoba.⁷⁶

⁷⁴Vogel, Carlos A. “*Historia del Derecho Romano*”; Op. Cit., pág. 327.

⁷⁵Tau Anzoátegui, Víctor, “*Casuismo y sistema*”, Op. Cit., pág. 249.

⁷⁶Noticias bio bibliográficas del P. Domingo Muriel, Op. Cit., pág. 428., y Núñez y Ruiz Díaz, Sergio R., “*El concepto de propiedad en la obra del padre Domingo Muriel, S. J.*”; Actas del XIX congreso del Instituto Internacional de

A principios y mediados del siglo XVIII, no se observa influencia alguna de los autores de la denominada Ilustración en las aulas hispanas. Sí son conocidas las teorías de Grocio, Pufendorf y Heinecio, pero de manera crítica como se consignará.

Para el momento de sus estudios teológicos y filosóficos, se mantiene una división según se siga la orientación Tomista (Dominicos), o Suareciana (Jesuitas), que influirá notablemente en el conocimiento de la época.⁷⁷

Las dos controversias que marcarán el mundo epistemológico de Muriel serán las del Probabilismo, y la del Jansenismo.

La primera, surgirá dentro de la llamada teología moral, y creada por el teólogo Domingo Bartolomé de Medina (1527-1581); discípulo de Vitoria. En líneas generales, apunta a que en la resolución de casos, siempre había que optar por la más benigna para con el pecador. Uno de los defensores del probabilismo será Francisco Suárez, que establecerá que, en caso de duda, también debe optarse en dicho sentido, teniendo en cuenta a la persona en vez de la regla canónica. El mismo establecerá el principio de “*lex dubia non obligat*”, en caso de duda respecto de la validez de una norma, la misma no obliga.⁷⁸

Esta doctrina fue aceptada mayormente por la Compañía de Jesús; destacándose Gabriel Vázquez (1549-1604) y Luis de Molina (1535-1600), entre otros; aunque tachados en su momento de laxitud moral. En dicha línea Luis de Molina elaborará una doctrina que atacará el concepto de la predestinación, defendiendo el libre albedrío.⁷⁹

Los Padres de la Compañía fueron fuertes defensores de esta doctrina, estableciendo los principios del casuismo moral, que se aplicaba en éstos casos. La corriente contraria, sostenida por los

Historia de Derecho Indiano: Berlín 2016 / coord. por Thomas Duve, Vol. 1, 2017, ISBN 978-84-9148-421-9, págs. 621-638

⁷⁷Barrieda Sánchez; “*Las glorias del segundo siglo 1622 – 1700*”; Op. Cit., págs. 159-160.

⁷⁸Barrieda Sánchez; “*Las glorias del segundo siglo 1622 – 1700*”; Op. Cit., págs. 172 y 173; y Tau Anzoátegui, Víctor, “Casuismo y sistema”, Op. Cit., pág. 59.

⁷⁹Chiaromonte, José Carlos, “*La Ilustración en el Río de la Plata*”; Puntosur Editores; Buenos Aires, 1989; Tomo Único, 366 págs. Pág. 25 y 26.

Dominicos, denominada “*probabiliorismo*”, es decir que debe seguirse siempre la opinión más probable, y como siempre favorable al individuo.

La Bula *Sanctissimus Dominus* de 1679 de Inocencio XI, condenó en 65 puntos los postulados del probabilismo, condenando con la excomunión la enseñanza de esa doctrina.⁸⁰

La huella de éstos autores se encontrará en los “*Rudimenta Iuris*” de Muriel , ya que Hermann Busenbaum (1600 – 1668), notorio probabilista, junto con los citados Luis de Molina y Gabriel Vázquez, serán frecuentemente referidos por Muriel.

La segunda de las doctrinas, considerada herética en su oportunidad; será la surgida a mediados del siglo XVII, de Cornelius Jansen (1585-1638), Obispo de Yprés; que será un nuevo foco del conflicto para el mundo católico y particularmente para los jesuitas.

Basándose en la interpretación estricta de un aspecto de la filosofía de San Agustín Jansenio defendió la doctrina de la predestinación absoluta; es decir que los individuos eran incapaces de hacer el bien sin la ayuda de la gracia divina; estando destinados por Dios para ser salvados o condenados, siendo al final, sólo unos pocos los elegidos.

En ése sentido tenía muchas semejanzas con el Calvinismo, habiendo sido Jansenio y sus seguidores acusados de protestantes disfrazados. Esas enseñanzas serían combatidas por la Compañía de Jesús, siendo condenadas por el papado con las Bulas “*In Eminentí y Cum occasione*” de 1642 y 1653, respectivamente.⁸¹

Junto con el Jansenismo, se introdujo en España un fuerte regalismo, pero distinto del planteado con anterioridad. La doctrina sobre el Real Patronato (considerado como un “Vicariato” en

⁸⁰ Ferré Alejandro, y Garavelli, Hugo J.; “*La educación en el Río de la Plata durante el período colonial*”; Revista Cruz del Sur, Año 1, N.º 1; págs. 113-202; pág. 137 y 138.

http://www.revistacruzdelosur.com.ar/RHCZDS_001.htm

⁸¹ Llamosas, Esteban; “*Jansenismo, regalismo y otras corrientes en la Universidad de Córdoba*”; Cuadernos de Historia, N.º XVI, Año 2006; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Rep. argentina); pp. 64 a 74; pág. 66 y s.s. [Http://www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)

nombre del rey de España), fue sostenida y sólidamente fundamentada por la doctrina hispana desde siglos.⁸²

Pero con el cambio de dinastía, se hizo conocido en España de primera mano no sólo los postulados de la *Iglesia Gallicana*, sino una mayor injerencia de la corona en los asuntos de la Iglesia. Este denominado “*Regalismo Borbónico*”, se irá incrementando a lo largo del reinado de Fernando VI (1745-1788), llegando a su máxima expresión con Carlos III (1759-1788).⁸³

En efecto, la política de reformas iniciada durante su padre Felipe V (1700-1745), no sólo se incrementó, sino que culminó con la expulsión de la Compañía de Jesús, y por consiguiente su influencia en el mundo intelectual hispano en 1767.⁸⁴

La posición de los jesuitas respecto de la injerencia del monarca en cuestiones eclesiásticas será contraria, ya que era de peso la doctrina de Francisco Suárez respecto a los límites a la monarquía absoluta. La misma, junto a las teorías de Luis de Molina y Juan de Mariana, convertían a los jesuitas en épocas de despotismo ilustrado, en peligrosos a ojos de la Corona.⁸⁵

En ése complejo ambiente efectuará Muriel sus estudios, y los culminará hacia 1748 como se consignó.

⁸²Al respecto Juan de Solórzano trata del Real patronato en: “*Política Indiana*”; Libro II; Capítulo II; “Del patronato Real y en donde se funda”, pág. 504 y s.s.

⁸³Véase también para ello: Migueles, Agustín, O.S.A.; “*Jansenismo y Regalismo en España*” (Datos para la historia); Imprenta Luis de Gavira, Valladolid, 1895, Tomo único, 486 págs.

⁸⁴Lynch, John, “Historia de España, El siglo XVIII, Op. Cit., pág. 252 y s.s.

La expulsión se concretó el día 3 de julio de 1767, en virtud de la Pragmática Sanción firmada en el Pardo, el 2 de abril de dicho año. “*Pragmática Sanción con fuerza de Ley, para extrañamiento de estos Reinos de los Regulares de la Compañía, organización de sus temporalidades y prohibición de su restablecimiento en tiempo alguno, con las demás precauciones que se expresa.*”; Imprenta Real de la Gaceta, Madrid, 1767, 27 págs. Biblioteca Digital Hispánica, Biblioteca Nacional de España.

<http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000080041&page=1>

⁸⁵Luis de Molina elaboró la teoría, adelantándose a otros pensadores, que el poder no reside en el gobernante, sino que éste es un simple administrador del mismo, en el conjunto de los gobernados, considerados como ciudadanos no como súbditos, en “*De Legis et iustitiae, in sex libros*”; Amberes, 1597; Juan de Mariana, justificará el tiranicidio en *De Rege et regisinstitutiones*, Toledo, 1599.

Cabe destacar que la Universidad de Valladolid, era la segunda en antigüedad después de Salamanca, habiendo sido fundada hacia 1241 bajo patrocinio de Don Fernando III (Rey de Castilla de 1217 a 1252); y con protección del Pontificado a fines del siglo XV. Por disposición del año 1293 (Don Sancho IV de Castilla, serán propiedad de la misma las tercias de Valladolid y demás aldeas así como otras rentas.

La aprobación pontificia será del año 1346 por Bula de Clemente VI, que la confirmará como Estudio General; aunque siempre con particular protección real.⁸⁶

Al momento de los estudios de Muriel, los Padres de la Compañía de Jesús estaban a cargo de dos cátedras propias y dos generales, las primeras serán la de Prima de Theología Moral, fundada en 1717 y la del “*Eximio Doctor Suárez*”; de 1743; siendo las generales las de Prima de Filosofía Natural y de Filosofía Moral. Después de la expulsión general de abril de 1767, serán suprimidos todos los estudios jesuíticos por Pragmática sanción del 12 de agosto de 1768.

La Cátedra del Eximio Doctor, cambiará su nombre denominándose “Lugares Teológicos”; y dirigida a estudiantes de 1º año de Teología.⁸⁷

e) Muriel en la ciudad de Córdoba del Tucumán.

Como se consignó, los últimos votos y su ordenación sacerdotal serán en la ciudad de Córdoba del Tucumán.⁸⁸

En la misma ciudad funcionará la primera universidad de nuestro país, establecida como escuela de latín, artes y teología, a

⁸⁶ Velázquez de Figueroa, Vicente; “*Historia de la Universidad de Valladolid, Extraída de su Libro Becerro*”; Valladolid, Imprenta castellana, del año 1757; Valladolid, 1905; Tomo único, 500 págs., pág. XIII y XV.

⁸⁷ Velázquez de Figueroa, Vicente; “*Historia de la Universidad de Valladolid*”, Op. Cit., págs. 29, 31, 32, 37 y 38.

⁸⁸ Noticias Bio-bibliográficas del Padre Domingo Muriel”; Op. Cit., pág. 428.

instancias de la donación efectuada por el Obispo de la jurisdicción Fray Hernando de Trejo y Sanabria (O.P.).⁸⁹

La misma, nos refiere Marcela Aspell, estuvo organizada desde el principio, por las Ratio Studiorum de la Compañía de Jesús de 1599; y orientada a la enseñanza de Artes, teología y Cánones; recibiendo por Breve Pontificio de Gregorio XV, del 8 de agosto de 1621 la facultad de otorgar grados académicos, y refrendado por Real Cédula del 2 de Febrero de 1622 de Don Felipe IV.

Hasta 1767 dirigida por los Jesuitas, será la Orden Franciscana la que regirá los estudios de la misma; comenzando a impartirse en 1791 los primeros estudios de jurisprudencia.⁹⁰

A su llegada en 1749 a la ciudad de Córdoba, Muriel enseñó filosofía de 1749 a 1751. Nos refiere su biógrafo el Padre Miranda que:

“Comenzó a dictarnos la Lógica, y sucesivamente todas las partes del Curso Filosófico con claridad, solidez y delicadeza de ingenio: calidad que rara vez se hermanan; y en esta facultad se hizo eminente, añadiendo a la comprensión de la antigua filosofía aristotélica, el conocimiento puntual de la Moderna” y “El tercer año del curso filosófico, después de habernos dictado la metafísica y la Animástica (en cuyos tratados procuró ceñirse cuanto pudo, cercenando varias cuestiones inútiles, que no sirven sino para perder el tiempo y para romper la cabeza,, aunque nuestros mayores las creyeron y llamaron útiles para aguzar el ingenio); sin embargo, de que en aquella Universidad no se acostumbraba, nos dio la Ética o Filosofía moral en un bellissimo compendio, que hizo

⁸⁹ Aspell, Marcela, “*UniversitasCordubensisTucumanae. La enseñanza del derecho y sus textos de estudio. Siglo XVIII*”; Revista Mexicana de Historia del Derecho; N.º XXV; UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año 2012; págs. 21 – 66; pág. 35 y 36.

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/historia-derecho/article/.../12165> y Bruno, Cayetano; “*Historia de la Iglesia Católica en la Argentina*”; Instituto Salesiano de Artes Gráficas; Buenos Aires, 1967, Volumen IV, pág. 393 y s.s.

⁹⁰Aspell, Marcela, “*UniversitasCordubensisTucumanae*”; Op. Cit., pág. 38 y LLamosas, Esteban; “*La literatura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII*”; Edit. Lerner, Córdoba 2010, 478 págs. pág. 356.

del tomo en folio, que sobre este argumento estampó el célebre P. Theofilo Raynaudo con el título de Virtutibus et Vitiis ... Nos dictó también un excelente Epítome de Matemáticas, que sacó de las obras del P. Dec- Hales. Tanto era su deseo y tanto su trabajo para aprovechar a sus discípulos! En lo cual hizo un no pequeño beneficio a aquella Universidad; porque rompió y abrió el camino para que en ella, cortando, (cercenando) los maetsros de la filosofía aristotélica muchas superficialidades inútiles, áridas e insípidas, que allí se trataban, introdujesen muchas materias útiles, amenas y sabrosas de la Filosofía moderna, que antes se miraban como géneros de contrabando.”⁹¹

En materia eclesiástica, como se consignó, fue vicerrector del colegio (1752), profesor de moral en la universidad (1753-1756), rector del convictorio de Montserrat (1757), socio del provincial Alonso Fernández (1758-1760) y del visitador Nicolás Contucci (1760-1762).

En 1758 hizo la visita de la provincia en nombre del P. Fernández, recordando que la provincia Jesuítica del Paraguay abarcaba las actuales repúblicas de Argentina, Paraguay, Uruguay, noreste de Bolivia y actual oeste del Brasil.

Siendo designado maestro de novicios por el período 1762-1769, fue electo procurador para representar a la Provincia en Roma y Madrid en 1764, junto con el Padre José de Robles. Ambos estaban en Europa preparándose en el Puerto de Santa María (Cádiz) para zarpar hacia el Paraguay con cuarenta jesuitas, el 3 de abril de 1767 recibieron la notificación de la expulsión decretada por Carlos III.

Transcurridos tres años y medio de detención en Cádiz, se les envió (octubre 1768) a la ciudad de Faenza (Italia), dependiente de la República de Venecia. En el exilio en 1770 sus compañeros lo eligieron como último provincial antes de la supresión de la Orden en 1773.

⁹¹ P. Cabrera, “Noticias bio bibliográficas acerca del Padre Domingo Muriel”; Universidad de Córdoba, Año 2 N.º 3 mayo de 1915; p. 433.
<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/download/3337/6156>

Como clérigo regular, se dedicó hasta su muerte a la tarea de traductor y escritor. Ya en la prisión del Puerto de Santa María, había efectuado la traducción castellana de. “*Le Fondements de le vie spirituelle, tirés du livre de Imitación de Jesús-Christ* de Jean Turín, y en Italia la latina de: “*Histoire du Paraguay*” de Pierre Francois de Charlevoix, a la que añadió cuatro libros y enriqueció con aclaraciones.

Del mismo se conservan en la Biblioteca Nacional de España, las siguientes obras: “*Breve noticia de las Misiones vivas de la Compañía de Jesús en la Provincia del Paraguay, en carta respuesta a su procurador a un Jesuita pretendiente de aquéllas Misiones*”, manuscrito en 132 folios, sin fecha alguna; y la “*Historia del Paraguay*”, del Padre Pierre Francois de Charlevoix, con las adiciones de Muriel, en su edición de 1910- 1918.⁹²

La obra más difundida será: “*Fasti Novi Orbis et Ordinationum Apostolicarum ad Indias Pertinentium Breviarium cum Admonationibus*”; impresa en 1776 que es una descripción de diversos aspectos de las ciudades más importantes del Nuevo Mundo. Asimismo un compendio de anotaciones científicas y la compilación de diversos temas que hacen al Derecho Canónico Indiano vigente. De éste texto se sabe fue utilizada con frecuencia, mucho después de expulsos los Padres de la Compañía.⁹³

La obra que se reseña: “*Rudimenta iuris naturae et gentium*”, fue impresa en Venecia hacia 1773; y de la edición de 1791 se hizo la traducción que se utilizó para la presente investigación.

Cabe destacar, que un ejemplar de ella se encuentra en la Sala del Tesoro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se trata de un solo tomo en lengua latina, edición de 1773.

⁹²Muriel, Domingo; “*Breve noticia de las Misiones vivas de la Compañía de Jesús en la Provincia del Paraguay, en carta respuesta a su procurador a un Jesuita pretendiente de aquéllas Misiones*”, manuscrito en 132 folios, año 1762; y Pierre Francois de Charlevoix, “*Historia del Paraguay*”; VI Tomos; Edición Real Academia de la Historia 1910-1916.

Biblioteca Digital Hispánica, Biblioteca Nacional de España.<http://bdh.bne.es/bnearch/Search.do>

⁹³ Cabrera, Op. Cit., Págs. 436 y 438.

3. “Los “Rudimenta Iuris Naturae et Gentium”.

a) Estructura de la obra.

Según su discípulo el Padre Miranda, el Padre Muriel solía decir que “*el hombre que entierra los talentos de que le ha dotado el Cielo para servir a sus semejantes, no es fiel siervo de Dios*”.⁹⁴

La obra que nos ocupa tuvo una primera presentación ante el Santo Oficio de Faenza hacia 1780, el cual se tituló: “*Ius Naturale et Gentium apud Indos Meridionales attentuam*”, la cual trata de ser aprobada por el Provisor del Santo Oficio que no dará curso a su publicación, aún dejando constancia que no atenta contra la fé ni a la moral.

Por fin y sin censura eclesiástica, fue impresa la obra a nombre de Ciriaco Morelli (italianización de su apellido), y bajo el título “*Rudimenta Juris Naturae et Gentium*”, en el año 1791 y con el visto bueno del Revisor Público de Venecia.⁹⁵

La traducción utilizada es la realizada por el Dr. Luciano Abeille, y corresponde al III Tomo en la Publicación denominada: “*Biblioteca Centenaria*”, impresa por la Universidad de La Plata, en Buenos Aires el año 1911.⁹⁶

La edición original –en latín– consta de un solo volumen, dedicado el primero al Derecho Natural, en once capítulos y el segundo al Derecho de Gentes en diez capítulos.

La estructura formal de la obra estará dividida en dos libros, el primero tratará del Derecho Natural, y el segundo del derecho de Gentes.

⁹⁴Cabrera; Pablo; “*Noticias bio-bibliográficas acerca del P. Domingo Muriel*”; Op. Cit., P. 435.

⁹⁵Ciriaco Morelli; “*RudimentaJurisNaturae et Gentium*”; ApudJosephum Rosa, Venetiis MDCCXCI; Tomo único, 453 págs.

⁹⁶ Domingo Muriel (Dit. Ciriaco Morelli); “*Elementos de Derecho Natural y de Gentes*.”; Universidad de La Plata, Biblioteca Centenaria; Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1911; Tomo único, 440 págs.

Cada tema tratado en cada Libro, estará planteado como “Discusiones”; con una premisa y una pregunta que permite profundizar el mismo, a saber:

El Libro I, tratará de: I. Naturaleza y elementos constitutivos del derecho natural. ¿está promulgado por la revelación?; II. Naturaleza de los actos humanos. ¿Con la opinión probable existe la conciencia recta?; III. Regla de los actos humanos y verdaderos principios de derecho natural. ¿Cuál es la regla primera de la moral?; IV. Oficios del hombre para con Dios. ¿Se debe el culto externo a Dios por derecho natural?; V. Deberes del hombre para consigo ¿Es contrario al derecho natural el nutrirse con carne humana?; VI. Deberes absolutos y perfectos para con los demás, y especialmente que no deben perjudicar a nadie. ¿Obliga el juramento sacado por la fuerza?; VII. Deberes imperfectos hacia los demás. ¿Es contrario al derecho natural el derecho canónico?; VIII. Deberes hipotéticos para con los demás y principalmente del origen de la adquisición del dominio. ¿Qué derecho hay en el Tupambaé guaraní?; IX. De la adquisición derivada del dominio. ¿Es natural o civil el derecho hereditario?; X. Derechos y oficios que se derivan del dominio. ¿Qué derecho encierra la prescripción?; XI. Comercio de las cosas constituidas en dominio. ¿Qué derecho existe en el comercio paraguayo?⁹⁷

Por su parte el Libro II destinado al Derecho de Gentes contiene: I. Estado natural y social del hombre. ¿Es miserable o feliz el estado de los indios meridionales?; II. Deberes de la sociedad conyugal. ¿Es indisoluble el matrimonio de los paganos infieles?; III. Deberes que hay que cumplir con la sociedad de los padres y los hijos. ¿Es permitido a los padres vender a sus hijos?; IV. De los deberes que hay que cumplir en la sociedad del amo y de los servidores. ¿Es conforme al derecho la compra de esclavos?; V. De la sociedad compuesta llamada familia y de los deberes que en ella debe cumplirse ¿Quién tiene la dirección en esta sociedad?; VI. Origen, forma, esencia y propiedades de la sociedad civil. ¿Proviene ella de la naturaleza?; VII. Del poder supremo y de los modos de adquirirlos. ¿Con qué derecho fue cedido a España el

⁹⁷ Muriel, Domingo; *ibidem* cita N.º 96, págs. 6 a 205.

Imperio Peruano?; VIII. De los derechos inmanentes a la majestad y de la justicia que encierran. ¿Puede obligarse á los súbditos a que pasen de un sitio a otro en el interior del Imperio?; IX. Derechos transitorios de la Majestad. ¿Los pecados de la naturaleza constituyen una justa causa de guerra?; X. Deberes de los ciudadanos. ¿Qué derecho rige en las provincias desmembradas?⁹⁸

Cabe destacar que el método o criterio de orden de los temas tratados es el escolástico, propio del modelo universitario Salmantino. El mismo consistía en la: “*lectio*”, o lectura de un texto consagrado por la autoridad de los doctores; “*quaestatio*”, el planteo de las dudas o cuestionamientos que surgen del mismo y la “*disputatio*”, o conclusiones a las que se arriban por el análisis efectuado.⁹⁹

La conclusión final de cada una de éstas “*Discusiones*”, lo denominará “*corolario*”; donde expuso su parecer sobre cada cuestión.

b) Contenido y descripción de la obra.

El contenido de cada una de las Discusiones es planteado de manera confusa, ya que al mismo tiempo que plantea una situación en particular, comienza su explicación fundamentándose en los autores más variados.

No hay un solo autor o fuente utilizada, sino que los utiliza al mismo tiempo, y glosando con ejemplos y comentarios de lo más variados.

El fundamento que prima sobre toda la obra es el de autoridad, de cada una de las fuentes en que va a fundamentar sus enseñanzas.

Las mismas son mayoritariamente históricas, jurídicas y doctrinarias; predominando los moralistas y teólogos.

En toda la obra existe una abundancia de citas literarias, propias del sistema erudito del setecientos, y más cercanas a la tradición

⁹⁸ Muriel, Domingo; *ibidem* cita N.º 96, págs. 206 a 437.

⁹⁹ Guzmán Brito, Op. Cit., págs. 27 y 28; y Tau Anzoátegui, Víctor; “*Casuismo y sistema*”; Op. Cit., pág. 235.

humanista que racionalista; aún lo avanzado de la fecha en que fue publicada (fines del siglo XVIII).

Hay escasa cita de leyes del Reino de Castilla, más no así de las Leyes de Indias y del Corpus Civile, que demuestra conocer con soltura.

Como se expuso, si bien hay un predominio de los literatos tradicionales de la Segunda Escolástica; también se observa un profundo conocimiento de los autores racionalistas más importantes de la centuria.

c) Autores y fuentes utilizadas por Domingo Muriel.

Dada la extensión de la obra, nos centraremos solamente en los autores utilizados por Domingo Muriel respecto a la adquisición del dominio, que se encuentran en los Capítulos VIII y IX de Rudimenta Iuris, que trata acerca de los modos de adquirir la propiedad.

Respecto del uso de las fuentes jurídicas, verificamos que seguirá el tradicional método escolástico combinado con el del Mos Gallicus tardío. Serán de particular importancia las denominadas fuentes formales del derecho: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, teniendo de todos ellos preponderancia la doctrina.

Teniendo en cuenta que las mismas serán cambiantes, y diversas según la época histórica que se analice; la obra de Muriel continúa con la tradición escolástica española, aún en pleno desarrollo de un siglo totalmente contrario a dicha tradición heurística.¹⁰⁰

Los autores y las fuentes jurídicas e históricas utilizadas por Muriel serán:

- a) Teólogos, dieciséis, entre los que se cuentan varios de origen protesante, como se consignará.
- b) Historiadores o cronistas, trece, mayoritariamente de la antigüedad.
- c) Juristas, once, con predominancia de los contemporáneos.

¹⁰⁰ Díaz Couselo, José María; “*La historia jurídica y las fuentes del derecho*”; Revista de Historia del derecho, N.º 14; Buenos Aires, 1986, pág. 112.

- d) Clásicos, ocho, siendo los habituales de la literatura de la época.
- e) Por último filósofos, destacándose también los contemporáneos a Muriel.

Atento lo expuesto, los autores y fuentes citados son:

a) Teólogos:

- **San Agustín de Hipona**, del mismo será citado parte de su “*de la Inmortalidad del alma*”, (Aug, 139, de Temp. , p. 156).

- **San Ignacio de Loyola**, (citado como “El beato Ignacio”), (1491-1556); de sus disertaciones sobre las Sagradas Escrituras, sobre la prudencia (p. 155).

- **Inocencio V, (1225-1276)**; autor del conocido “*Commentaria*”, a las “Sentencias” de Pedro Lombardo, y a las Epístolas de San Pablo.

- **Fr. Melchor Cano, O.P. (1509-15609)**; *De Locis Theologicis* (Salamanca, 1563), del mismo será citado respecto d ela inmortalidad del alma (Cano, de Locis, Libr. 12, c. 15 Popp. 3 et 4, p. 156).

- **Jean de Labadie** (1610-1674); originalmente sacerdote jesuita, terminó convirtiéndose al protestantismo; citando del mismos: “*Verdad de la Religion Cristiana*”, o “*Veritas sui vindex, seu solemnns fidei declaratio*”; de 1672. (v. p. 127).

- **Fr. Gaspar de Villarroel (1587-1665) Obispo de Charcas**; de èl citará su conocida obra “*Gobierno Eclesiástico y Pacífico, y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*”, obra de 1656. Lo cita junto a Feliciano de la Vega, en cuanto a la prohibición de los clérigos de ejercer el comercio (p. 140).

- **Jean-Joseph Surin** (1600-1665), de él su “*Catéchisme spirituel*”; publicado por primera vez en 1654. Es citado sin especificar, cuando trata de los filósofos antiguos (p. 142).

- **Tertuliano (160-220)**; no especifica la obra utilizada, pero alude a èl expresando “*es inepto el no abonar el precio para comprar una mercadería*” (p. 149).

● **P. Benedict Stattler** (1728 – 1797); de la Compañía de Jesús y profesor de filosofía de la Universidad de Ingolstadt; oponente de Emanuel Kant; Muriel cita del mismo: “*Ethica christiana universalis.*” Ingolstadt 1772.

● **P. Claude Lacroix (1652–1714)**, de la Compañía de Jesús. No menciona concretamente la frase o parte de la obra utilizada.

● **P. Hermann Busenbaum o Busembaum** (1600 – 1668); de la Compañía de Jesús; Rector del Colegio de Hildesheim y Münster; Profesor de la Universidad de Colonia. Su *Medulla theologiae moralis, facili ac perspicua methodo resolvens casus conscientiae* (1645), manual de teología moral de gran difusión.

● **P. Luis de Molina (1535-1600)**; de la Compañía de Jesús; Profesor de la Universidad de Coimbra; autor de diversos textos de carácter filosófico y político. Muriel citará “*De Justitia et jure*”, obra publicada de 1593 a 1600.

● **Fr. Feliciano de la Vega y Padilla O.F.M. (1580-1640) Obispo de La Paz**; de él citará su conocida obra “*Relectionum canonizarum in Secundum Decretalium Librum*”, de 1633. Lo cita junto a Gaspar de Villarroel, en cuanto a la prohibición de los clérigos de ejercer el comercio (p. 140).

b) **Historiadores o cronistas:**

● **Diodoro Sículo o de Sicilia**; historiador griego del siglo I a.c. de su obra “*Bibliotheca Historica*”, toma varios hechos utilizados como ejemplos de la antigüedad. de Diodoro toma la cita respecto de la comunión de los vaceos y vetones, pueblos que habitaban Hispania (v. Diod. V. A. 14), p. 129.

● **Sextus Julius Frontinus** (c. 40 – 103 AD) político y militar romano, célebre por sus escritos acerca de los acueductos y un manual de tácticas de guerra, denominado *Strategemata*, de él mismo toma Muriel la descripción y división de los campos de Salamana en Lusitania y los Salentinos en Hispania, p. 129.

● **Marco Terencio Varro** (c. 116- 27 a.c.). Muriel citará parte de su “*Rerum rusticarum libri*”; sobre la propiedad de los rebaños, de dicha obra, II; 2, p. 149.

● **Flavio Josefo** (37-101); Historiador de origen hebreo, Muriel lo citará con frecuencia respecto a la historia de los judíos, particularmente “*Antigüedades Judías*”; en referencia a la enfiteusis (Jos. 1.2, e 7, p. 150).

● **P. Pierre François Xavier de Charlevoix** (1682-1761) de la Compañía de Jesús; autor de, entre otras obras de no menor importancia: “*Historia y descripción de la Nueva Francia*”, del año 1744 (originalmente: “*Histoire et description générale de la Nouvelle France, avec le Journal historique d’un voyage fait par ordre du roi dans l’Amérique septentrionale*”); e “*Historia del Paraguay*,” Esta última será corregida y ampliada por el mismo Padre Muriel; quien utiliza la versión del año 1726 (sic).

● **P. José Cardiel** (1704-1782) de la Compañía de Jesús; autor de interesantes crónicas en su paso por América del sur, y particularmente de su “*Carta y relación de las provincias de las misiones del Paraguay*”, de 1747. Es citado para rebatir a Bouganville en p. 144.

● **Louis Antoine Conde de Bouganville** (1729-1811). Militar, explorador y navegante francés; primero de ese origen en circunnavegar el mundo; Muriel lo citará de su obra “*Viaje alrededor del mundo*” (Itinerario, p. 140).

● **Georges Louis Leclerc, conde de Buffon** (1707-1788). Naturalista, botánico, matemático y escritor francés. La obra citada por Muriel es su: “*Historia natural, general y particular*”. (*Hist. Natural* p. 294, Venet. 1777. *certid de la prueba de Cristo*, p. 130).

● **Claude-Marie Guyon** (1699-1771) historiador y eclesiástico francés, la obra consultada es “*Historia de los imperios y de las repúblicas*” (anécdota respecto de Protógenes, p. 136).

● **Jenofonte** (431 354 a.c.) historiador y cronista griego, lo citará Muriel respecto a la transferencia de dominio efectuada por Ciro de Persia (Xenof. Cirop., VIII, 7,3, p. 158 y 160).

● **Cornelio Tácito** (55-120) historiador y cronista romano, utilizará Muriel sus Anales e Historias; particularmente “*De origine et situ Germanorum*” (*Sobre el origen y territorio de los germanos*); traducido por Muriel como “*de More germanorum* (p. 160).

c) Juristas:

• El principal de los autores citados por Muriel será **Johann Gottlieb Heineccius** (1681-1741); catedrático de la Universidad de Haale (Norte de Alemania); del cual tomará su “*Comentario Académico forense a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*” de Arnaldo Vinnio, jurista holandés.

También utilizará contadas veces del mismo autor: “*Syntagma antiquitarum romanatum jurisprudentiam illustrantium, secundum ordinem Institutionum Justiniani digestum.*”; pero no con la frecuencia con la que refiere la obra anteriormente citada.

• **Arnold Vinnius** (1588-1657); jurisconsulto neerlandés será citado indirectamente como se consignó, a través de la obra de Heineccius. Su obra más conocida, el citado “*Comentario Académico Forense a los cuatro Libros de las Institutas de Justiniano*”, fue incorporada al Index de libros Prohibidos desde el año 1725, al igual que las obras de Grocio, Pufendorf y Leibniz.

• **Samuel Barón de Pufendorf** (1632-1694); jurisconsulto y filósofo alemán; catedrático de las Universidades de Heidelberg y Lund. Influenciado por la obra de Descartes, Hobbes y Grocio, elaboró un nuevo concepto del derecho separando el mismo de la moral. De su profusa obra se destacará su “*De Iure Naturae et Gentium*”; del cual tomará Muriel el nombre y citará con asiduidad.

• **Augustin von Leyser** (1683-1752); jurista alemán, autor de unas “*Meditationes ad Pandectas*”, del año 1748. En el capítulo IX, se referirá Muriel respecto de los testamentos (*Med. ad Pand. Specul 43, n 6, t, 17, p. 154*).

• **Johann Nikolaus Hertz** (1651-1710); conocido como Hertius. Jurisconsulto alemán, formado en las universidades de Jena y Leipzig; se especializó en cuestiones de derecho civil; destacándose sus “*Elementa prudentiae civilis*”; del año 1703. Respecto a los campos enfitéuticos y censuales cita (Hert. ad. Pufendorf, IV, 8,3, p. 150).

• **Lucio Neracio Prisco** (circa 133 a.c.); jurista romano, del orden senatorial; formó parte de la escuela de los proculeyanos, junto con Celso. Reconocido por haber escrito el primer texto

(“*Regulae*”), que establecía las primeras “reglas” para el ejercicio del derecho en Roma; siendo recogido su legado en el Digesto. Del mismo cita: *Lib. 14, ff. de acq. rer. dom. (p. 127)*.

- **Gregorio López** (1496-1560); humanista y jurista, formado en la Universidad de Salamanca. Su obra más importante ha sido su “*Comentarios a las Leyes de las Siete Partidas*”, del año 1555. Refiere al comentario a la Partida I, tit. 6, 1, 45 et 49 (prohibición de los eclesiásticos de adquirir cosas y ejercer el comercio, p. 140).

- **Diego de Covarrubias y Leiva** (1512-1577); humanista y jurista, formado en la Universidad de Salamanca, importante miembro de dicha Escuela. Junto con Luis de Molina elaborarán la teoría del precio justo; y de las obras de Covarrubias, Muriel citará parte de: “*De Jure Hisp In regulae Possessor malae fidei*”; t. I. (p. 134); y respecto de la legítima en la herencia (p. 159).

- **Marco Antonio Sabelli**, jurista italiano del setecientos. Del Consejo del Gran Duque de Toscana, y Auditor Criminal de la Rota; no contamos con mayor información acerca del, salvo su obra “*Summa diversorum tractatum*”; impresa en 1707 y en 1733. Citará su Tomo III, acerca de la Legítima (n. 2, p. 159).

d) Autores Clásicos:

De los mismos, habituales en la literatura de la época:

- **Eurípides** (ca. 480 a.c. – 406 a.c.). Poeta clásico, del que cita Medea, e Ifigenia en Aulide (p. 153).

- **Gayo Tito Petronio** (ca. 14-27 a.c. – 65 d.c.). Autor de la época del emperador Nerón, por su pensamiento perteneciente a la escuela de los epicúreos. Su obra más difundida y que cita Muriel es parte del “*Satyricon*”. (*Juct. sat. c.*).

- **Publio Virgilio Marón** (70 – 19 a.c.). Uno de los más reconocidos poetas clásicos; de la escuela de los epicúreos. De su vasta obra, Muriel cita indistintamente parte de las Bucólicas, de las Georgidas y la Eneida. En el capítulo de referencia cita: *Georgidas I.* (p. 128); y *Eneida 8* (p. 157).

- **Quinto Horacio Flaco** (65 – 8 a.c.); El más ilustre de los poetas romanos, perteneciente al pensamiento epicúreo. Al igual de

Virgilio, Muriel cita indistintamente parte de las epístolas, Odas y Sátiras. Particularmente se refiere a *Carmen saeculare* (*Himno secular*), citando Carm. III, 2. (p.128); y Odas, 2, 15.(p. 142).

● **Publio Ovidio Nasón** (43 a.c. – 17 d.c). Otro de los célebres poetas romanos citados, del cual Muriel hace referencia a la *Metamorfosis*. (*Metam.* I, 90).

● **Publio Terencio Afro** (circa 169 a.c.); Autor de comedias de la época republicana, será citada la parte de su “*Heautontimorumenos*” (El atormentador de sí mismo); y el Capítulo III; sec. 1, p. 155).

e) **Filòsofos:**

● **Marco Tulio Ciceròn** (103 a.c. – 46 d.c);del célebre filosofo Muriel citará: “*De Amic* (p. 156); y “*De Offic, Lib.I* (p. 157).

● **Platón** (427 a.c. – 347 a.c);del célebre filosofo Muriel citará: *Libro 8, de Legib* (p. 132); y “*Fedón*”; *Fab. I, 5* (p. 145).

● **Empedocles** (495 a.c. – 444 a.c);del hará mención “*Sobre la naturaleza de los seres*”; (*ap. Dert, VIII,77, p.126*).

● **Filón de Alejandría** (15 a.c. – 45 d.c);filósofo de origen hebreo, a él hara mención citando parte de su “*Vida de Moisés*” (p. 162).

● **Marcus Fabius Quintiliano** (35 d.c. – 95 d.c);retòrico y pedagogo, Muriel citará sus “*Declamaciones maiores*”; respecto a la reivindicaciòn de las cosas (*Quint. Decl. 336, p. 149*).

● **Porfirio** (232 d.c. – 304 d.c);filósofo neoplatònico, discipulo de Plotino; citado junto a

● **Pitágoras** (579 a.c. – 475 a.c);sin hacer mención concreta de alguna de las obras de los filósofos citados, en el siguiente pàrrafo: “...muchos afirmaron quasi cometia injusticia para con los animales, sea porque se puede vivir sin comer carne, sea porque la carne no e shigiènica y hace cruekles a quiene sla comen, como enseñan Pitàgoras y Porfirio” (p. 126).

● **Hugo Grocio** (1583-1645);*De jure belli ac pacis* (Sobre el derecho de guerra y de paz); 2ª Edicion - París, 1631.

Modos originarios de adquirir el dominio (p. 128).

Sobre los testamentos *De jure belli ac pacis* (II; 13, 19, p. 154).

● **Thomas Hobbes** (1588-1679). El mismo es citado al hablar de la suerte natural del más fuerte; tomando de: “*De Cive (Sobre el ciudadano)*”, obra de 1642 (p. 145).

● **Willhelm Leibniz** (1646-1716). De su extensa obra hará referencia a su “*Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae*” (p. 155), obra destinada a aplicar el nuevo método racional a la jurisprudencia; y sobre la inmortalidad del alma, de su conocida obra “*Teodicea*” (p. 156).

● **Séneca, Lucio Aeneo**, (4 a.c. 65 d.c.); éste filósofo, político y orador será el máximo representante del estoicismo romano. De su vasta producción, Muriel citará, de los Diálogos, a los beneficios, entre otros (“*Benef, VII, 12, p. 125*); y respecto de las herencias (*Senec. benef. IV, 11; p. 154*).

Otras fuentes utilizadas:

● Sagradas Escrituras:

Génesis 47, 26; en referencia a la enfiteusis.

Hechos de los Apóstoles, IV, 32, respecto de la comunidad de bienes.

Epístola de Santiago, IV, I; respecto de las guerras y las pasiones que vienen de la carne (p. 146).

Evangelio de S. Mateo, XX, 12; queja de los operarios a Dios (p. 146).

● Corpus Iuris Civile – Citado como Justiniano.

Just. 1. Institutas de ser. divis.

De las cosas tomadas al enemigo: Institutas, Gayo, 2, 69.

De los tesoros: 39 *Inst. de r.d.* (p. 135).

Respecto de las islas nacidas en el río.: 22, *Inst. de ser. Divis* (p. 135.)

De las costas de los ríos y sus cauces. *L. 31, tit 28. p. 3.*

De la especificación: 25. *Inst. de rer. divis.*

Leg. 5, C. de hered vel act. vend. sobre la cesión de derechos. (p. 146)

4. *Inst. De rer. die.* sobre la transferencia por parte del dueño de la cosa.

Just. 1, 2, t. 3, Just de servit Praedior. acerca de la servidumbre (p. 152).

L. 2 f.f. Legat. sobre los testamentos (p. 153).

Just. 2, Inst. de haer inst., sobre los herederos y las herencias (p. 154).

Novel. 74, c. 6, 1, acerca de los hijos ilícitos (p. 161).

● **Leyes de Partida.**

Partida VI, Título 13, Ley 1, acerca de la sucesión ab intestato (p. 162).

● **Recopilación de Leyes de Indias.**

Sobre la hacienda de comunidad de los indios; Leyes 1ª, 10ª y 13ª del Título IV, Libro VI.

Sobre las minas: Ley 15ª; Título XIX; del Libro IV.

Los indios son personas miserables: Leyes 1ª y 13ª, del Título VII, Libro V.

● **Ley Sállica:**

Citada como tit. 35, IV (p. 133).

● **Ley de los Longobardos:**

Ley I, tit. 22 (p. 133).

● Las conocidas como “*Memorias o Journal de Trevoux*”; recopiladas de 1704 a 1771 por varios autores de la misma Compañía de Jesús. Similar a la Enciclopedia, trata diversos temas; caracterizándose por su impronta religiosa, en contra del laicismo de ésta última.

De dicha fuente toma Muriel el sistema de la tierra en Lorena (“*Mem. de Trev. ann 1753, vol. I, p. 207, atrt. X, pág 226, cit. p. 130*”).

● **Gome Freire de Andrade, Conde de Bobadela** (1685-1763). Refiere al mismo respecto a la relación efectuada sobre las Misiones Jesuíticas, a consecuencia de la expedición a su mando que delimitó las nuevas fronteras con España, a consecuencia del tratado de Madrid de 1750. (p. 138).

● **P. Bernardo Ibáñez Echevarría**; “*Reino jesuítico del Paraguay*”, de 1770; el mismo estudió el sistema de resolución de juicios utilizado por los guaraníes. Citado por Muriel explicando la situación de comunidad (p. 142).

Otros autores

Tomás de Aquino:(1224-1274) O.P., al mismo lo citará refiriéndose como “el Doctor Angélico”, partes de la:

- Summa Theologica.

Aristóteles:(384 -322 a.c.); al célebre autor lo citará refiriéndose como “el filósofo”, partes de sus obras:

- *Ética a Nicómaco (Ethica Nicomachea)*
- Política

Diego de Avendaño: (1594-1680), jurista, filósofo y teólogo de la Compañía de Jesús, fue catedrático de Teología y Rector del Colegio de San Marcos de Lima; con profusas obras, del mismo Muriel citará su:

- Thesaurus Indicus, Amberes, 1668-1686; sin especificar la cita.

Martín de Azpilcueta (Doctor Navarro)(1491-1581); O.S.A.; jurista formado en Alcalá y Catedrático en Salamanca, autor de importantes tratados acerca de las rentas eclesíasticas y la usura. Del mismo Muriel citará genéricamente parte de:

- "*Compendium horum omnium Navarri operum*".

Gabriel Vázquez: (1549-1604); de la Compañía de Jesús, eminente teólogo moral y catedrático de teología en Alcalá de Henares, del mismo citará partes de:

- *Commentariorum ac Disputationum in (partes) S. Thomae.*
- *Disputationes metaphysicae desumptae ex variis locis suorum operum.*

De Oñate, Pedro (1567-1646); la Compañía de Jesús, eminente jurista. Fundó los Colegios de las ciudades de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes y Mendoza. Llegó a ser docente en el Colegio Máximo de San Pablo de Lima. Autor de un tratado sobre los contratos; del mismo hará referencia de su:

- *De contractibus*, impreso en Roma entre 1646 y 1654.

Francisco de Vitoria: (1483-1546). Del mismo citará en su oportunidad, parte de sus: *Relecciones Teológicas*.

d) Ejemplos citados:

Como se consignó, hay una exposición confusa en cuanto a los temas a tratar. por ejemplo; la primer Premisa respecto a los deberes hipotéticos para con los demás y del origen de la adquisición del dominio.

Al respecto Muriel expresará que: *“Cada cual llama suyo aquello que está en su dominio. Heineccius llama dominio al derecho o facultad de excluir a los demás del uso de una cosa. Otros definen el dominio la facultad de percibir toda la utilidad de una cosa. Los hay que entienden por dominio la facultad de disponer libremente de una cosa dada. Esta definición no la acepta Heineccius, primero porque constituido el usufructo, la utilidad está separada.”*¹⁰¹

El comentario al que hace alusión corresponde al Libro I, Título 8, Libro 41, título 1º del Digesto; y el Libro 8, Título 54 del Código; del cual hace una interpretación de la obra de Heineccius, un análisis previo según su entender.¹⁰²

En cuanto a la obra de Justiniano, las citas suelen ser directas es decir citadas concretamente, por ejemplo: *“Por derecho natural algunas cosas son comunes, otras no pertenecen a nadie, la mayor parte son de eperosna sparticulares que las adquieren por diversas causas ... Y en efecto son comunes por derecho natural el aire, el agua corriente y por lo tanto las orillas del mar...”* (conf Just. I. Inst. de ser. divis.).¹⁰³

La misma es una cita directa de la referida fuente jurídica.

En cuanto a las Leyes de Indias, también mantiene la cita correcta, en el caso de ser necesario, como por ejemplo acerca de los bienes comunes de los indígenas. *“Ordenamos, que la hacienda de comunidad ..., por ningún caso pensado o no pensado, extraordinario ofortuito, se pueda librar ni sacar el dinero de sus cajas, en mucha o poca cantidad, a título de préstamo, aunque se*

¹⁰¹ Muriel, Domingo; “Rudimenta Iuris”, Op. Cit., pág. 125.

¹⁰² Heineccius, Johann Gottlieb; “Comentario académico y forense”, Op. Cit., pág. 209.

¹⁰³ Muriel, Domingo; “Rudimenta Iuris”, Op. Cit., pág. 127.

vaya a devolver luego a ellas, ni para paga de guardas, edificios públicos, ayudas de costa, ni cualesquiera necesidades, que se llaman públicas, pues ninguna puede haber mas privilegiada y universal, que la de los indios cuya es esta hacienda” (Conf. lib. 6, t. 4, 1, 10, Recopilación de Leyes de Indias).¹⁰⁴

En cuanto a la cita de autores clásicos: “Con el mismo derecho, o mejor dicho con el desprecio del derecho sobre dominación, se regían los antiguos de quien dice Virgilio:”Antes que Júpiter ningun labrador había tomado los campos; no era permitido señalar sus límites o dividírselos; todo era común, y la tierra sin que se la solicitase prodigabamás libremente sus bienes “ (Virg. Georg. I). Ni los Escitas, gente que erraban muy lejos sobre sus carros, ni los Getas que cambian continuamente de campos parecen haber conservado el dominio de las tierras que abandonaban. A propósito de ellos, Horacio critica los ricos que son avaros. Más felices los escitas campestres que arrastran en un carro sus moradas errantes. Más felices los Getas salvajes. Sus campos sin límites producen libres y comunes mieses; y no cultivan sino un sólo año el mismo suelo”(Hor., Carm, III, 2).¹⁰⁵

Se observa una profusa utilización de citas con argumento de autoridad, como se consignó, tomando como ciertos hechos históricos que pertenecen a la remota antigüedad, tales como las referencias a Virgilio, entre otros.

En cuanto a los autores contemporáneos, se observa frecuente uso de fuentes francesas, tales como Charlevoix o Buffon, que son referidos para describir la vida y costumbres de los aborígenes americanos; particularmente la obra de Pierre Francois de Charlevoix (Historia del Paraguay), que en su momento el mismo Muriel amplió y corrigió.¹⁰⁶

Los juristas clásicos, son citados textualmente, por ejemplo: “El ilustre Covarrubias busca a quien, según el derecho español, pertenece el tesoro hallado, y concluye: “Con la ley real del

¹⁰⁴ Muriel, Domingo; “Rudimenta Iuris, Op. Cit., pág. 12; y Leyes 1ª y 10ª Título IV; Libro VI; Recopilación de Leyes de Indias.

¹⁰⁵ Muriel, Domingo; “Rudimenta Iuris, Op. Cit., pág. 128.

¹⁰⁶ Domingo Muriel, “Rudimenta Iuris, Op. Cit., pág. 130.

Ordenamiento (tit. 12, 1, 7)); fue ordenado que los tesoros hallados, cualquiera que fuese el sitio en que sean descubierto, pertenecen al rey salvo la quinta parte que se da al descubridor” (Cob., t. 1, De jure Hisp.).¹⁰⁷

e) El derecho de propiedad, según el derecho Romano.

Para comenzar, diremos que Muriel no efectúa definición alguna de cosa o “*res*”, siguiendo para ello los conceptos vertidos por el Derecho Romano.

Nos refiere Gayo en sus *Institutas*, que clasifica las cosas en corporales e incorpóreas, las que se pueden tocar o aprehender (*que tangi possum*), por ejemplo una parcela de tierra, un esclavo; y las que no se pueden tocar (*que tangi non possum*), una herencia, un usufructo.¹⁰⁸

Asimismo, las cosas se encuentran dentro o fuera del patrimonio de una persona, en tanto y en cuanto se pruebe la propiedad de la misma o no, es decir no se tenga dueño conocido. Estas últimas serán consideradas “*res nullius*”, en tanto y en cuanto nadie se haya apropiado de ellas, o hayan sido abandonadas por sus dueños (*res derelictae*).¹⁰⁹

Siendo inclusive un autor clérigo, tampoco Muriel efectúa la clasificación entre cosas destinadas al comercio y las que no lo son, comprendiéndose entre éstas últimas las “*Res sacrae*” o religiosas, destinadas al culto; estando determinadas las penas para quienes atentaren contra ellas en el *Digesto*.¹¹⁰

Nina Ponssa de la Vega de Miguens, nos refiere asimismo que para la posesión, los romanos tenían en cuenta el *corpus* y el *ánimus*, según Paulo: “*Adquirimos la posesión con el cuerpo y con el ánimo, y no solamente con el ánimo o el cuerpo (D., 41, 2), y Así*

¹⁰⁷ Domingo Muriel, “*Rudimenta Iuris*, Op. Cit., pág. 134.

¹⁰⁸ Gayo, *Institutas*, (I, II, 12, 14), citado por: Nina Ponssa de la Vega de Miguens y Nélica Trincavelli; “*Los derechos reales en Roma*”; Editorial Lerner; Buenos Aires, 1971, 181 págs., pág. 27.

¹⁰⁹ Gayo, *Institutas*, (L, II, 1 y s.s., y Justiniano, *Institutas*, L. II, 1 a 10.

¹¹⁰ Nina Ponssa de la Vega, Op. Cit., pág. 33 y Celso en el *Digesto*, I, 9, 8, 2.

como no se puede adquirir ninguna posesión sino con el concurso del ánimo y del cuerpo, así tampoco se pierde ninguna, sino aquella que con el uno y con el otro se hayan obrado en contrario” (D.41,2,8).¹¹¹

Por otra parte, Muriel tampoco da una definición de propiedad, refiriendo al respecto Mariana Sconda que: *“es el señorío jurídico más amplio que tiene el hombre sobre la cosa, garantizado por el derecho objetivo mediante la exclusión de toda injerencia extraña, en donde el propietario puede utilizar libremente la cosa y disponer como mejor le plazca, aunque existan diversas limitaciones y restricciones, el dueño es considerado como quien ejerce un poder pleno sobre la cosa.”*

Asimismo la misma autora consigna que: *“...para los romanos que no la definieron era la plena in re potestas, ya que se caracterizaba por ser absoluta, perpetua y exclusiva, pero su ejercicio no podía perjudicar a los terceros, ya fueren los vecinos o la generalidad; por lo tanto, surgieron ciertas limitaciones o restricciones que fueron impuestas directamente por el ius, y que debían ser respetadas por los propietarios: las primeras en aparecer fueron las procedentes del poder público, poniendo en primer plano los intereses sociales de toda la comunidad frente a los individuales del propietario.”¹¹²*

Por otra parte, puede diferenciarse la simple tenencia de la cosa, o *possessio naturalis*; de la *possessio civiles*, que es la que tiene como base una causa justa, y se encuentra amparada por el derecho para su turbación. Las diversas formas de adquisición de las cosas muebles e inmuebles estará determinada en el Digesto.

Asimismo, toda vez que la posesión se demuestra por las acciones que pueden llevar a cabo sus propietarios, diremos que el Corpus establece una serie de limitaciones al derecho de propiedad, como por ejemplo la prohibición a los propietarios de esclavos de disponer por manumisión sobre la libertad de los mismos (conf.

¹¹¹ Nina Ponssa de la Vega, Op. Cit., pág. 51 y (Digesto, 41, 2, 28).

¹¹² Sconda, Mariana; *“Principio de la inviolabilidad de la propiedad. Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina”*; Revista de Derecho Privado, N.º 24, enero-julio 2013, pp. 43 a 77, pág. 49-50.

Lex Fufia Caninia (2 d.C), la *lex Aelia Sentia* (4 d.C.); la prohibición de enterrar en la urbe y cremar los cadáveres cerca de los edificios (Ley de las xii Tablas 10.1 y ss.), o la prohibición en las ciudades a los propietarios de edificios, de demoler un edificio para vender los materiales (*lex Tarentina*, *lex Malancitana*, *lex Ursonsis*, D. 18.1.52; D. 39.2.48).¹¹³

Respecto a los modos de adquirir el dominio, Nina Ponssa de la Vega de Miguens, expresa que según el Derecho Romano, los modos de efectuarlo eran originarios, cuando nadie ha sido propietario de esa cosa con anterioridad, y derivados cuando es transferida por otra persona a quien pertenecía la cosa.¹¹⁴

En cuanto al modo de adquisición originario, es en el que se basa Muriel para describir las acciones tendientes a ejercer el derecho de propiedad.

El fundamento de su análisis del tema será en Heinecius, en cuanto que la propiedad es la facultad de excluir a los demás del uso de una cosa, y definiendo entre comunión negativa y positiva de las mismas.

La obra de Heinecio aludida es su: “*Comentario académico forense del célebre jurisconsulto Arnaldo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*”; de 1737; siendo el comentario aludido al efectuado al Libro I, Título 8, y Libro 41, título 1º del Digesto; y con el Libro 8, Título 54 del Código.¹¹⁵

Al respecto Muriel expresará que: “*Cada cual llama suyo aquello que está en su dominio. Heineccius llama dominio al derecho o facultad de excluir a los demás del uso de una cosa. Otros definen el dominio la facultad de percibir toda la utilidad de una cosa. Los hay que entienden por dominio la facultad de disponer libremente de una cosa dada. Esta definición no la acepta Heineccius, primero porque constituido el usufructo, la utilidad está separada.*”

¹¹³ Sconda, Mariana; Op. Cit. págs. 53 y s.s.

¹¹⁴ Nina Ponssa y otra; “*Los derechos reales en Roma*”; Op. Cit., pág. 93.

¹¹⁵ Heineccius, Johann Gottlieb; “*Comentario académico y forense*”, Op. Cit., pág. 209.

Se hallan en comunión negativa todas aquéllas cosas cuyo uso nadie tiene el derecho de quitarle a los demás; se hallan en la comunión positiva aquéllas cosas cuyo dominio tienen ciertos miembros de la comunidad a quienes se llaman propietarios. Constituyen la propiedad privada si tienen el dominio de estas cosas personales aisladas, y forman la común si ellas están en el dominio de varios individuos.”¹¹⁶

f) Distintos modos de adquirir el dominio.

En lo que respecta al derecho de propiedad, Muriel lo definirá en base a los distintos modos de adquirirlo; en la obra del jurista holandés Johann Gottlieb Heineccius.

El tema corresponde al Libro I, Título 8, Libro 41, título 1º del Digesto; y el Libro 8, Título 54 del Código.¹¹⁷

Siguiendo éstas premisas, Muriel explicará que la propiedad es la facultad de excluir a los demás del uso de una cosa, y definiendo entre comunión negativa y positiva de las mismas.

Existen según la jurisprudencia romana dos formas de adquirir la propiedad, una por los medios naturales, y otra por traslación del dominio o de derechos. A la primera de las clasificaciones dedicará el Capítulo VIII, y al segundo el IX.

En el primero de los mismos, hará un desarrollo de los modos originarios de adquirir el dominio, en ocho puntos o acápite.

Al respecto Muriel expresará que: *“Cada cual llama suyo aquello que está en su dominio. Heineccius llama dominio al derecho o facultad de excluir a los demás del uso de una cosa. Otros definen el dominio la facultad de percibir toda la utilidad de una cosa. Los hay que entienden por dominio la facultad de disponer libremente de una cosa dada. Esta definición no la acepta Heineccius, primero porque constituido el usufructo, la utilidad está separada.”¹¹⁸*

¹¹⁶ Muriel, Domingo “Rudimenta Iuris, Op. Cit., pág. 126.

¹¹⁷ Heineccius, Johann Gottlieb; “Comentario académico y forense”, Op. Cit., pág. 209.

¹¹⁸ Muriel, Domingo; “Rudimenta Iuris”, Op. Cit., pág. 125.

Otra definición será como la facultad percibir toda la utilidad de una cosa; y los hay que entienden por dominio la facultad de disponer libremente de una cosa dada.

Siguiendo éste razonamiento definirá la comunidad negativa y positiva de bienes: *“Se hallan en comunión negativa todas aquéllas cosas cuyo uso nadie tiene el derecho de quitarle a los demás; se hallan en la comunión positiva aquéllas cosas cuyo dominio tienen ciertos miembros de la comunidad a quienes se llaman propietarios. Constituyen la propiedad privada si tienen el dominio de estas cosas personales aisladas, y forman la común si ellas están en el dominio de varios individuos.”*¹¹⁹

Define la propiedad privada, situándola en cabeza de una persona o conjunto de ellas, que ejercen su derecho de dominio como si fueran una sola; siendo facultad de los propietarios la de excluir a los demás del uso de los bienes que poseen.

En éste punto seguirá lo dispuesto por el Corpus, en cuanto que: *“Por derecho natural algunas cosas son comunes, otras no pertenecen a nadie, la mayor parte son e personas particulares que las adquieren por diversas causas ... Y en efecto, son comunes por derecho natural el aire, el agua corriente y por lo tanto la orilla del mar. A nadie, por consiguiente, puede prohibirse el acceso a la orilla del mar, mientras se impide la entrada a las casas de campo, a los monumentos, a los edificios, porque no están como el maro comprendidos dentro del derecho de gentes. Todos los puertos y ríos son públicos, y por consiguiente es común el derecho de pesca en los puertos y en los ríos. La costa del mar se extiende hasta donde llegan las olas en invierno.”*¹²⁰

En lo que respecta a la adquisición del dominio, como condición para ejercer la propiedad, surge del título 2º, del Libro II de las

¹¹⁹ Muriel, Domingo; *Ibídem* cita N.º 89, pág. 126.

¹²⁰ Justiniano Imp. *Institutas*; De ser. divis. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*; Edic. facsímil de la de 1889, Krieger, Hermann y Osenbrügger, con comentarios de Ildefonso García del Corral; Valladolid, 1988; VI Tomos, Tomo I, págs. 30 y s.s.

Institutas, y que es recogido por Vinnio y Heinecio conforme se consignó anteriormente.¹²¹

En el caso de las Leyes Romanas, las limitaciones a la propiedad estaban establecidas en las siguientes normas:

Prohibición a los propietarios de esclavos de disponer por manumisión sobre la libertad de los mismos; resultando de ello tres leyes sucesivas: La *lex Fufia Caninia* (2 d.C.), la *lex Aelia Sentia* (4 d.C.) y la *lex Iunia Norbana* (de fecha incierta, posiblemente de 17 a.C.).

La Ley de las XII Tablas prohibió enterrar en la urbe y cremar los cadáveres cerca de los edificios, debiendo hacerse a una distancia superior a los 60 pies; limitando la cuantía de los gastos funerarios (Ley de las XII Tablas 10.1 y ss.).

La misma se relaciona con la denominada *Iter ad sepulchrum*: (servidumbre de paso); por la cual la ley concedía al titular de un sepulcro el derecho de forzar a los propietarios colindantes permitir el paso hacia el sepulcro familiar (D. 11.7.12 pr.).

Los dueños de los fundos ribereños estaban obligados a permitir el uso de las riberas, ya para pescar o navegar (D. 1.8.5 pr.; I. 2.1.4).

Para preservar las urbes, el propietario no podía demoler un edificio para vender los materiales (senadoconsulto [s.c.] *Hosidianum*, año 44 d.C., y s.c. *Volusianum*, año 56 d.C., *lex Tarentina*, *lex Malancitana*, *lex Ursonsis*, D. 18.1.52; D. 39.2.48).

En la época clásica no era posible que un tercero ingresara a terreno ajeno a explorar y explotar minas, ni aun por razón de utilidad pública (D. 8.4.13.1), pero en el Bajo Imperio el criterio cambió. Se permitió entonces al dueño explotar las minas de su terreno (C.Th. 10.19.1 y 2), extendiéndose esa facultad a los extraños (C.Th. 10.19.8.10.11.14).

Asimismo se accedió a dar esa potestad a cualquiera para explotar canteras de mármol, salvo bajo los edificios (C.Th. 10.19.14), y se le dio el derecho de venderlo o donarlo, y de transferir su derecho (C.Th. 10.19.1 y 11), con la condición de que

¹²¹ Heineccius, Johann Gottlieb; “Comentario académico y forense”, Op. Cit., págs. 224/225 y s.s.

pagara el *vectigal* del décimo al fisco (C.Th. 10.19.8.10 y 11) y al dueño del terreno (C.Th. 10.19.9.10 y 11); se permitió ceder el derecho siempre que se pagara un impuesto llamado *portorium*, a no ser que se tratara de personas exceptuadas como los senadores de la ciudad de Roma (C.Th. 10.19.8); pero, a veces se prohibió esa cesión (C.Th. 10.19.3).¹²²

Para Roma, no se puede hablar técnicamente de expropiación, pues no estaba regulada como institución jurídica.

g) Modos originarios de adquirir el dominio de las cosas:

Continuando con los modos de adquirir el dominio, hará un desarrollo de los modos originarios de adquirirlo en ocho puntos o acápite.

En lo que respecta a la adquisición de ése dominio, nos expresa Muriel en el primero de ellos que: *“De la comunión negativa las cosas pasan a ser propias, con la ocupación primero, y después con la división o cesión. A la ocupación y a su complemento la accesión los discípulos de Grotius los llama modos originarios de adquirir y modos derivativos a la división y cesión a la transmisión”*... y que *“La ocupación de la apropiación de las cosas que no son del dominio de nadie se hace al mismo tiempo con el cuerpo y la inteligencia, de tal manera que para la separación legítima no basta la aprehensión corporal sola sin la aprehensión intelectual”*¹²³

Según Heineccius, *“el dominio es la facultad o derecho que tenemos en la cosa, y de disponer de la misma según nuestra voluntad.”*¹²⁴

La segunda de las premisas analizará la forma de aprehender las cosas creadas por Dios o de la naturaleza: *“el Creador de los hombres quiso que ellos usufructuasen de las cosas creadas, necesarias y útiles para su existencia, pero sin abusar de ellas.*

¹²² Sconda, Mariana; Op. Cit., págs. 53 y s.s.

¹²³ Muriel; Op. Cit., pág. 125.

¹²⁴ Heineccius; Op. Cit., pág. 225.

*¿Abusan de las cosas creadas los que matan a los animales para alimentarse con su carne?*¹²⁵

Continúa, expresando que las plantas y los animales útiles, han sido puestos en el Universo para su alimento, siendo la insalubridad o no de las carnes útiles al hombre reguladas y creadas por Dios.

El texto es una interpretación, no literal, del Punto, II; Capítulo III del Libro IV, del “*Tratado de Derecho Natural y de gentes*” de Samuel Pufendorf, en el punto que trata de los derechos del hombre sobre las cosas.”¹²⁶

Asimismo utiliza la misma justificación de Pufendorf cuando se refiere a Pitágoras, en cuanto a defensor de todas las bestias.

Continúa manifestando que los bienes de una comunidad existen en propiedad privada, puesto que un cuerpo de la comunidad o cualquier conjunto de socios desempeña el papel de una singularidad moral, y no física, y pertenecen a una misma persona como se consignó anteriormente.

Es una interpretación de Pufendorf, que en el mismo punto expresa que: “*Il y a pourtant des gens qui entendent par propriete, le droit separé de l usufruit ou de la jouissance*”: “Hay algunas personas que, por propiedad, se refieren al derecho separado de usufructo o disfrute” y “*le domaine est attache a la personne au lieu que la propriete reside dan la chose meme* – el dominio se adjunta a la persona en lugar de que la propiedad esté en la misma cosa.”¹²⁷

En el **Punto 3º** Muriel continúa describiendo las cosas que son de derecho natural o no pertenecen al dominio de nadie; tales como el aire, el agua corriente, las orillas del mar etc., justificando su postura en Institutas I, de serv. Divis.¹²⁸

Al respecto coincide en el concepto de cosas públicas con Heineccius al referir que las mismas son: “*Las cosas que son de*

¹²⁵ Muriel; Op. Cit., pág. 126.

¹²⁶ Samuel Pufendorf; “*Le Droit de La Nature et des gens ou Systeme General des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*” Impr. Emanuel Thourneisen; Basilea, 1750, II Tomos, Tomo I; 620 págs. págs. 565 a 571.

¹²⁷ Pufendorf; Op. Cit., pág. 572.

¹²⁸ Corpous IurisCivile, Op. Cit., Just. I, Inst. de serv. Divis.

derecho humano sin ser propias de los particulares, o son comunes de todos los hombres o propias de alguna nación. O pueblo, y estas se llaman in specie públicas, o de cierto modo corporación. Las comunes son aquéllas que destinadas por la naturaleza al uso de todos no han sido reducidas al poder o dominio de nadie, así como el mar o el aire.”¹²⁹

Recién en el **Punto 4°** describe los modos originarios de adquirir el dominio, como conceptos de los seguidores de Grocio; destacando la ocupación y después por la cesión o división de las mismas. Muriel refiere a los conceptos de modos originarios o derivados de adquisición del mismo, y en esto coincide con la posición de Heineccio.¹³⁰

Al respecto, Pufendorf describirá las diversas formas de dominio: dominio directo, útil o enfitéutico, propiedad plena o servidumbre etc., según los grados de uso o no del propietario de los bienes.¹³¹

En el mismo punto Muriel referirá que hay regiones del planeta donde las gentes no conocen la propiedad, dando como ejemplo las tribus de Norteamérica, citando al P. Charlevoix (Voyage Liv. XVI); y los ejemplos de los antiguos refiriéndose a Virgilio (Virg Geog. I); y a Horacio respecto de los escitas (Hor. Carm. III,2).¹³²

h) La propiedad comunal: el *Tupambaé* y *Abambaé* guaraníes.

Posteriormente refiere a la denominada propiedad comunal, o que pertenece a todos por igual, dando como ejemplos a Diodoro Sículo; y que continúa como costumbre entre los Tamamenses, colonos del territorio de Salamanca. Nos refiere que allí: “*mandan proporcionalmente sus ganados en los campos de pastoreo que son*

¹²⁹ Heineccius; Op. Cit., pág. 212.

¹³⁰ El fundamento de la ocupación de tierras de las que se suponía no se conocía dueño, fue elaborado por Hugo Grocio en su obra “*Mare Liberum*”, de 1609, y a ella alude Muriel.

Heineccius, Op. Cit., pág. 225.

¹³¹ Pufendorf; Op. Cit., pág. 573.

¹³² Muriel; Op. Cit., pág. 128.

comunes, pero está sometido a la inspección de dos delegados a fin de que la cultura privada no perjudique a la comunidad; y después de la cosecha, vuelve el uso y el dominio a la comunidad."¹³³

En cuanto a los indios, hace alusión a las leyes 1ª y 10ª del título IV al VI Libro de la Recopilación en cuanto a que no sea tocado bajo ningún concepto la denominada "*hacienda de comunidad*"; al igual que los réditos derivados de la misma.¹³⁴

Coincide Muriel con Pufendorf, en describir a las cosas o propiedad común, a aquéllas que pertenecen a un grupo de personas, que comparten el mismo derecho de propiedad.¹³⁵

Muriel define la propiedad de la comunidad Guaraní como "*moderna, y en la cual rige la comunión positiva, mixta evidentemente y templada con cierta propiedad que tiene cada cual*".¹³⁶

Refiere al respecto que el Padre Vannier, la compara a una colmena y la describe: "*Los ancianos no dominan con el derecho sino con los consejos, la experiencia de las cosas que los años les da, hace todo su poder, y la voluntad de cada cual amante de lo suyo es la única ley y el solo derecho. Quienes enseñaron a llevar esta existencia obedecen a los consejos de hombres que gobiernan al pueblo no con el poder sino con la religión (Proed rust.); y refiere, según Buffon: "Los misioneros han formado más hombres entre las naciones bárbaras que los ejércitos victoriosos de los príncipes que las subyugaron, El Paraguay no ha sido conquistado de otra manera: la dulzura, el buen ejemplo, la caridad y el ejercicio de la virtud constantemente practicado por los misioneros han contenido a estos salvajes y vencida su desconfianza y ferocidad. Repetidas veces han venido a pedir que se les enseñe aquella ley que hace a los hombres tan perfectos. Y de hecho se han sometido a aquella ley y se han reunido en sociedad."*¹³⁷

¹³³ Muriel; Op. Cit., pág. 129.

¹³⁴ Muriel; Op. Cit., pág. 129 y Ley 1ª y 10ª Tít. IV; Libro VI, Recopilación Leyes de Indias.

¹³⁵ Pufendorf; Op. Cit., pág. 574.

¹³⁶ Muriel; Op. Cit., pág. 130.

¹³⁷ Citado por Muriel, y tomado de Historia Natural, p. 294. Ven 1777 Cert. de la prueba de Christo. Muriel Op. Cit. pág. 130.

Ese mismo tipo de comunidad nos refiere que se podía encontrar en ese momento en Europa, ya que a instancias de Estanislao Leczinsky, durante el tiempo que tuvo a su cargo el Ducado de Lorena (1737-1766): *“Se tiene la precaución de reservar cierto terreno que toda la comunidad ha de cultivar, y cuya cosecha servía, cada año, para llenar un deposito que únicamente se abría en las estaciones estériles para satisfacer las necesidades en que se hallaban los habitantes.*

*Luego aquel campo común de Lorena es igual al que los Guaranès llaman Tupambaè. Se ignora si subsiste en Lorena el sistema de Estanislao, pero puede durar, nadie lo duda, y conservar bajo los auspicios de los príncipes así como ha podido establecerse.”*¹³⁸

En el caso de los guaraníes, menciona al Tupambaé, que compara con las tierras del Ducado de Lorena: *“se tiene la precaución de reservar cierto terreno que toda la comunidad ha de cultivar, y cuya cosecha servía, cada año, para llenar un depósito que únicamente se abría en las estaciones estériles para satisfacer las necesidades de todos los habitantes.”*

La cita de Muriel corresponde a la Memorias de Trevoux por un lado, ya a su propia experiencia como Visitador de las Misiones en su estancia americana.¹³⁹

Refiere negativamente a Heineccius como que el mismo no considera posible la comunidad de bienes o bienes comunes.

En realidad, Heineccius no habla de la propiedad comunitaria, o bienes comunes; sino que se refiere a ellas como cosas de Universidad. La misma definida como cualquier grupo o colectivo de personas con intereses comunes.

Asimila las mismas a las cosas públicas, siguiendo a Cayo: comprendiéndose en ellas: *“las basílicas, los pórticos, los baños, los foros, prados y pastos públicos, en los que es permitido a los ciudadanos apacentar el ganado; y también las cosas que tengan en común algún colegio o sociedad. El uso de estas cosas, aunque comunes, no se extiende tanto que sea público para otros que los*

¹³⁸ Muriel, Op. Cit., pág. pág. 130.

¹³⁹ Ibidem cita anterior.

miembros de la ciudad. Y ciertamente nadie dirá que el uso de los pastos públicos sea tan libre que los que no son ciudadanos tengan derecho a apacentar en ellos."¹⁴⁰

En el punto 5° Refiere a la aprehensión de animales, es decir el derecho a la caza y a la pesca, en los lugares desiertos que carecen de dominio, discrepando entre Pufendorf y Heineccius respecto a éstos derechos.

Fundamenta el derecho de caza de los animales salvajes, y de los predios sin dueño en los escolásticos (no especifica quiénes); expresando que se comete injusticia cuando ella se opone irrazonablemente a su dueño.¹⁴¹

Dá como ejemplos, los casos previstos por la ley romana del dueño de abejas, que entra en un predio ajeno, no avalando a Heineccius que no lo permite.¹⁴²

Y discrepa con Heineccius, en cuanto Muriel avala la ley romana, y el primero hace primar el derecho del propietario del fundo por sobre el derecho del dueño de las abejas.¹⁴³

Como síntesis, justifica la caza en base a Ley 5, sobre la adquisición de las cosas; la Ley Longobarda, y Pufendorf.¹⁴⁴

El **Punto 6°** trata de las cosas tomadas en razón de la guerra, fundamentándose en el derecho romano en éstos términos "*Las cosas que tomamos al enemigo son nuestras inmediatamente por derecho de gentes, a tal punto que los hombres libres llegan a ser nuestros esclavos; sin embargo si se evaden y vuelven entre los suyos, recuperan su condición primitiva.*"¹⁴⁵

¹⁴⁰ Heineccius, Op. Cit., págs. 217 y 218.

¹⁴¹ Muriel, Op. Cit., pág. 131 y Heineccius, Op. Cit., "De occupationeferarum", págs. 226 a 230.

¹⁴² Heineccius; Op. Cit., De ápiibus, págs. 230 a 231.

¹⁴³ Muriel, Op. Cit., págs. 131 y 132.

¹⁴⁴ Conf. Institutas, ley V; y Pufendorf, Op. Cit., Libro IV; Capítulo. VI, punto 10, "De la adquisición por derecho del primer ocupante", pág. 585.

¹⁴⁵ Ley 20. Tit. 23, Paulo, Digest. y Heineccius, Op. Cit., "De occupatione in bello", págs. 233 a 235.

Muriel considera que Pufendorf y Heineccius, consideran que la fuente de este derecho deriva de la misma fuerza empleada y aquél de la ficción del derecho.¹⁴⁶

Muriel considera que no puede tener este derecho origen en la convención tácita y expresa de las naciones y que, a consecuencia de la religión cristiana se suprimió la esclavitud de guerra de los prisioneros seguidores de esta creencia, y se previó su trato moderado.¹⁴⁷

En el mismo acápite, infiere que los “bárbaros chilenos” *eran cristianos apóstatas, y muchos paganos, acerca de los cuales se discutió extensamente en otro tiempo, pudieron todos haber sido reducidos a esclavitud... Se hizo una ley para su libertad y manumisión, pero sin que lo merecieran y fue debida únicamente a la clemencia del rey católico.*” Se refiere a la Ley 1ª, Título XVI, del Libro VI de la Recopilación, por la cual se los declara libres de todo servicio personal a los indios de Chile.¹⁴⁸

En el **Punto 7º** desarrollará el caso del descubridor de tesoros, basándose en Justiniano Institutas de r. d). transcribir); haciendo la comparación con el Derecho Castellano y las observaciones que al respecto efectúa Covarrubias sobre el mismo tema.¹⁴⁹

Respecto de los derechos sobre las minas, el mismo lo analizará similar al caso del que encuentra tesoros, siendo de aplicación lo dispuesto en la Ley 15ª; Título XIX, del Libro IV, de la Recopilación.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Heineccius; Op. Cit., Ibídem cita anterior, y Pufendorf op. cit. Libro IV; Capítulo. VIII; “Del derecho que proviene de los bienes de otros.”, págs. 639 a 650.

¹⁴⁷ Muriel, Op. Cit., pág. 133.

¹⁴⁸ Muriel, Op. Cit. pág. 133; y Ley 1ª, Título XVI, Libro VI; Recopilación Leyes de Indias.

Asímismo véase la tesis doctoral de D. Patricio López Díaz-Valentín; “*La condición jurídica del indígena en Mendoza bajo el derecho Indiano (Siglos XVI- XVII)*”; Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2012; 243 págs.

El autor efectúa un detallado análisis de las condiciones jurídicas y sociales de los pueblos indígenas de la región de Cuyo, en la época en que la misma pertenecía al Reino de Chile.

¹⁴⁹ 39, de Institutas, de Rebusdivisis.; y Muriel Op. Cit. pág. 134.

¹⁵⁰ Muriel, Op. Cit., pág. 134.

En el **Punto 8°** describirá la accesión, diferenciando la misma si es natural, industrial o mixta, siendo el fundamento del derecho a la misma en que: “la cosa acreciente no haya constituido anteriormente dominio alguno o bien no se pueda tener constancia fehaciente del dominio y del derecho ajeno.

Muriel, remite a los clásicos modos de accesión natural, partiendo del ejemplo clásico de la ínsula: “*la isla nacida en el río, si ocupa el medio del río es común de aquéllos que poseen predios en ambas orillas en proporción con la extensión de cada fundo. Si la isla está más cerca de una orilla pertenece a los propietarios de los fundos de esa orilla.*”¹⁵¹

Difiere con Heineccius, previendo que al establecerse una regla en cuanto a la propiedad de las tierras que acrecienten la propiedad de una isla por aluvión, el riesgo es que los dominios queden “*inciertos y litigiosos*”.¹⁵²

Y la misma postura tendrá en cuanto a la propiedad del lecho de los ríos cuando estén secos; fundamentando su posición en Justiniano, en cuanto el propietario pierde el dominio cuando el río deja de fluir; previendo la circunstancia en éste punto, de los casos de inundaciones y sus consecuencias para los labradores.

Efectúa en éste mismo punto la diferencia entre la acción industrial y mixta; difiriendo con Heineccius y Pufendorf en cuanto a la especificación, que da una forma nueva a la materia de otro.¹⁵³

En un último párrafo de éste acápite, no profundiza sino que explica sintéticamente el derecho de accesión que surge de la siembra y la plantación.

El tema se encuentra profundizado por Heineccius en el título “*De plantatione*”, que corresponde al comentario al Digesto, I, 44; y Ley 43, título 28 de Paulo.¹⁵⁴

Para finalizar la cuestión, y como como contestación a la pregunta, Muriel definirá al Tupambaé Guaraní en la América

¹⁵¹ 22, de Institutis de ser. Divis.

¹⁵² Muriel, Op. Cit., pág 135. y Heineccius, De Insula, p. 239 y s.s. y de Fluminis 237, e Inundatione p. 244/45.

¹⁵³ Muriel, Op. Cit. Pág 136. y Heineccius De confusione p. 352 a 255.

¹⁵⁴ Heineccius, Op. Cit., págs. 263 a 265.

Meridional formando parte del dominio y del derecho originario, refiriendo que: *“no se trata solamente del Tupambaé primitivo que se realizó bajo el cuidado y dirección de los discípulos de Loyola, sino también el que subsiste aún bajo la dirección de clero secular en el obispado de Asunción así como el del que continúa actualmente en las provincias limítrofes de aquél país bajo el cuidado de los Franciscanos, y que se llama Doctrina, siendo la más opulenta la de Caazapá.*

Es evidente que cada colono Indio fue sometido a la comunidad positiva del Tupambaé. El predio es común así como el producto predial del ganado vacuno y lanar y los frutos agrarios. Pero como la condición de los guaraníes en poder de quienes está es casi la de niños o niños grandes, se les considera como menores: por lo tanto cada indio sin autorización previa del magistrado pedáneo y el magistrado indio sin previo consentimiento de los tutores o curadores no puede administrar el fundo ni vender sus productos. De donde el dominio de cada propiedad lo tiene cada comunidad de tal manera que el magistrado es el administrador, el doctrinero director y consejero.

Toda esta organización fue aprobada por el derecho civil y real, y en particular por Felipe V, nos refiere el Padre Muriel.¹⁵⁵

Se pregunta Muriel: *¿Por qué, para disponer de los bienes que forman el Tupambaé se requiere la intervención de director y no basta la voluntad de la comunidad representada por el magistrado? Es esta la razón: estos magistrados, aunque confirmados por el rey y electos por el derecho real, son considerados como pupilos que han de ser educados por la dirección de los tutores, puesto que ellos y todos los miembros de su comunidad son indios, acerca de los cuales la ley se expresa así: “los indios son personas miserables, y de tan débil natural que fácilmente se hallan molestados y oprimidos. Y Es voluntad nuestra que tengan el remedio y amparo conveniente por cuantas vías sean posibles (Libro V, Tít. VII, Ley 1, Recopilación de Leyes de Indias).*

Una de las vías posibles y quizás la única experimentalmente comprobada es la dirección del curador que es tutor y asesor, sea

¹⁵⁵ Muriel, Op. Cit., páginas 137 y 138.

el seglar, eclesiástico o regular. Pues aunque el derecho canónico prohíba a los eclesiásticos que se dediquen a los negocios, les autoriza sin embargo y es meritorio por parte de ellos a ocuparse de los negocios de los individuos que se hallen incapaces de atenderlos personalmente."¹⁵⁶

Fundamenta esta postura en el Derecho Canónico, Gregorio López en su comentario a la Partida I, tít.6, 1. 45 et 49, y Gaspar de Villarroel, Gobierno Eclesiástico y pacífico, Título 14, art 3.

Como Corolario, Muriel ataca a los detractores de la Compañía de Jesús, particularmente a Bougainville, en cuanto refiere que: *"Todo lo restante de los productos de la tierra y todos los animales eran propiedad de los jesuitas, y para poder sacar ése provecho hacían venir de Europa los diferentes instrumentos de varios oficios mecánicos como ser vidrios, cuchillos, hachas, etc.*"¹⁵⁷

También refiere a un autor anónimo inglés, que niega que los guaraníes conozcan la propiedad privada, ya que supuestamente abandonan el producto de su trabajo.

Muriel defiende a los aborígenes fundamentando la existencia de esta última en el abambaé. Al respecto manifiesta que: *"Si éste anónimo quiere que la propiedad privada esté desterrada, se aleja de la verdad, dista de ella pues existe la propiedad en el Abambaé; pero tiene razón al decir que el medio de civilizar de aquéllos bárbaros consistía en hacer concordar con toda prudencia la sumisión anhelada con la observancia de las leyes inmutables, es decir del derecho natural. Los indios no se preocupaban mucho de lo superfluo ni de lo necesario, pues el curador lo hacía por ellos con sumo cuidado, sin embargo no era tan absoluta su preocupación como para renunciar a la propiedad. Sabían manifestarlo los indios cuando la ocasión se presentaba, y así lo expresó el magistrado al curador que exhortaba a los de su comunidad que habían sido expulsados de los Siete Pueblos y recibidos en aquélla, a que comiesen de los alimentos comunes, en calidad de hermanos. Pues dicho magistrado contestó*

¹⁵⁶ Muriel, Op. Cit., páginas 139 y 140.

¹⁵⁷ Muriel, Op. Cit., pág. 141.

*simplemente” Cheruba, son nuestros hermanos, que coman pero que trabajen.*¹⁵⁸

Era pues conocida la propiedad de los bienes, pero tal cual existió entre los antiguos romanos y cuya innovación o cesación canta Horacio: “*No así sucedía en tiempos de Rómulo, con el austero Cato ni bajo la disciplina de los viejos romanos; era pequeño el bien privado de los ciudadanos y grande el bien común. Un simple particular no levantaba vastos y profusos pórticos para tener fresco, y sin permitir a un romano que despreciara la choza que le dio el destino, las leyes reservaban el mármol para embellecer a expensas del estado los templos de los dioses y los edificios públicos*” (Horacio Od. 2, 15).

El poeta llama grande el bien común de los romanos, y la opinión común cree que era grande el Tupambaé.

*La forma de los juicios usada entre los guaraníes no destruye el derecho de dominio privado, pero si constituye un simple consejo; y el arbitrio de jueces, quienes tomados entre los curadores ni eran parte de los pleitos ni eran sospechados de parcialidad. Este sistema se esforzó en introducirlo el rey Estanislao en su Lorena y lo realizó.*¹⁵⁹

Como se verá, Muriel defiende en todo momento las costumbres de los guaraníes respecto de la propiedad; y la existencia en el mundo antiguo del uso comunal del mismo.

i) De las adquisiciones derivadas del dominio.

Continuando con los modos de adquirir el dominio, hará un desarrollo de los modos derivados de la adquisición en el Capítulo IX.

Muriel comienza explicando las adquisiciones derivadas del dominio, las que se efectúan con la división de la cosa poseída, por la cesión completa o la transmisión espontánea del primer dominio.

Explica el alcance de los derechos de los condóminos, pudiendo cada uno reclamar la división del o de la substancia común, y pedir

¹⁵⁸ Muriel, Op. Cit., pág. 144.

¹⁵⁹ Muriel, Op. Cit., pág. 142.

su parte; cuestionando a Heineccius en cuanto que éste admite ése tipo de división y Muriel no.

Según éste último, Henecius: “*confunde la división dela cosa común con sus frutos; y que la comunidad puede haber sido establecida de manera que no sea permitida a ningñun socio a deshacerla: mas aún ni le es permitido a la comunidad que tiene el derecho d epropiedad, cuando la libre administraciòn está impedida por la ley, como sucede con la de la tutela.*”¹⁶⁰

Muriel está a favor de la división de los condominios, poniendo como ejemplo de ello las comunidades cenobitas donde todos los bienes eran compartidos y la que denomina “*dumocalea*” guaraní. Esta última consideramos es el sistema del abambaé y tupambaé.¹⁶¹

Continúa explicando que la denominada comunión mixta de bienes, fue favorecida en América Meridional; aunque el Procurador Félix del Bono se opuso a su aplicación respecto de los “*guaraníes que viven al oeste del Chaco*”, a los Lules y los Isistines, porque de imponerla, implicaría que los indígenas de esas regiones, descuidarían la propiedad comunal favoreciendo la privada o de cada familia.¹⁶²

El autor se refería al Padre Bono, quien estuvo a cargo dela Doctrina de San Ignacio, ubicada cerca del fuerte de Ledesma, Jujuy; desde 1750 a 1755, durante el mando del Gobernador de Tucumán Juan Martínez de Tineo.¹⁶³

Refiere nuestro autor, que se desistió hacer dicho tipo de reparto de la tierra, y se conservó la costumbre de repartir a las familias el alimento cotidiano.

¹⁶⁰ Muriel, Op. Cit., pág. 143; y Heineccius, “*De fructus bona fide perceptis*”; Op. Cit., págs. 269 a 278.

¹⁶¹ Ibidem cita anterior.

¹⁶² Muriel se estaba refiriendo a la etnia Toba o Quom, que comenzó a ser evangelizada a principios del siglo XVII, y se encontraba en la jurisdicción de Tucumán. Op. Cit., pág. 144.

¹⁶³ Page, Carlos A. “*Los Tobas/Qom en su etapa reduccional con los jesuitas*”; Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Centro de Ciências Humanas e Sociais, 2014; págs. 125 A 143; pág. 133.

<https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/1420/browse?type=dateissued>

Posteriormente, en el mismo punto Muriel comenta que se habían suscitado cuestionamiento al sistema de división de la propiedad entre los guaraníes, concretamente al momento de la demarcación de límites que se llevó a cabo a consecuencia del Tratado de Madrid de 1750, por el cual se perdieron extensos territorios en los que estaban asentadas las Doctrinas de los Jesuitas.¹⁶⁴

No está de acuerdo con el libre comercio y la libre disposición de bienes, ya que los pueblos “*se corrompen con el comercio que los pone en comunicación mutua*”; y coincidiendo con Heineccius que la comunión de bienes es fuente de conflictos y pleitos.

Sí es beneficiosa para la comunidad, cuando está sancionada por la autoridad cuando fuere necesario.¹⁶⁵

En el **Punto 2**, de éste capítulo, expresa que la división de bienes puede ser desigual, si la última voluntad del primer propietario, favorece más a uno de los herederos; citando como ejemplo a Hobbes, en cuanto reconoce la suerte natural del más fuerte (Hobbes, *De Cive*, III, 15).¹⁶⁶

Coincide con Heineccius, en que la comunidad de bienes es fuente de discordias; concluyendo que la madre de las mismas es el ardor de las pasiones, mas allá de otras cuestiones, fundamentando esta última postura en el Evangelio.¹⁶⁷

En el **Punto 3**, de éste capítulo, expresa que la división de bienes debe basarse en la equidad; y si depende de la voluntad de otra persona, debe hacerse según el sano arbitrio de éste último.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Hernández, Pablo; Op. Cit., págs. 28 a 32.

¹⁶⁵ Muriel, Op. Cit., pág. 145, y Heineccius, “*De rebus universitatis*”, pág. 217.

¹⁶⁶ Muriel, Op. Cit., pág. 146.

Se trata de la obra de Thomas Hobbes “*De Cive*”; o el Ciudadano; una de las tres obras, junto con “*De Corpore*” (Sobre el cuerpo) y “*De Homine*” (del hombre); en las que analizará cuestiones como la libertad, la guerra y los derechos civiles. Escrita durante la época de la guerra civil inglesa, antecedente de su posterior y más conocida obra “*Leviatán*”.

Hobbes, Thomas; “*De Cive; (The Citizen); Philosophical Rudiments Concerning Government and Society*.”; 1651. <http://www.constitution.org/th/decive.htm>

¹⁶⁷ Muriel, Op. Cit., pág. 146, y Carta del Apóstol Santiago, IV, I.

¹⁶⁸ Muriel, Op. Cit., pág. 146.

En el **Punto 4**, trata de la cesión, en cuanto se entrega la cosa por parte de los otros titulares del dominio, pasando al sucesor en el dominio con todos sus ventajas y desventajas. La fundamentación en este punto está dada por el Derecho Civil, nos refiere Muriel, en cuanto al régimen y obligaciones entre los cedente y cesionarios; destacando que la doctrina considera que la obligación de responder por la evicción, es de derecho natural.¹⁶⁹

En el **párrafo 5º**, tratará de la tradición, cuando se transfiere el dominio por justa causa. Sigue las premisas de Heineccius, en cuanto considera que en virtud de la tradición, adquirimos la cosa por derecho natural, en cuanto por equidad se cumple la intención del propietario de transferir la cosa al nuevo dueño.¹⁷⁰

Y que la compraventa queda consolidada desde que se ha dado el precio, y la pérdida de la cosa vendida queda por cuenta del comprador aunque no haya sido entregada.¹⁷¹

Considera que para la validez del contrato no es necesaria la tradición de la cosa, y que el derecho romano no es contrario a Derecho Natural, en cuanto: *“Si un hombre vendido ha huido o ha sido robado sin dolo ni culpa del vendedor, hay que ver si el vendedor ha guardado hasta la tradición. Si así ha sucedido, la pérdida del hombre pertenece al vendedor; si no se ha hecho cargo de la guardia del hombre vendedor no es responsable. Esto se aplica igualmente a los animales y a las cosas. Sin embargo al comprador se le debe la reivindicación y la condición.”*¹⁷²

En cuanto a los requisitos para cumplir con la tradición del dominio, sigue al Canonista Hut, que establece que es necesario para ello: el consentimiento, la cosa o mercadería cierta y el precio cierto, no siendo requisito la tradición; quedando por consiguiente la compraventa perfecta desde que se ha convenido el precio, y totalmente concluida al abonarse el precio.¹⁷³

¹⁶⁹ Ley. 5, Código, “De hered. vel. act. vend.”; y Muriel, Op. Cit., pág. 146.

¹⁷⁰ 4 de Institutas, de Rerum div.

¹⁷¹ Muriel, Op. Cit., pág. 147, y Heineccius, Op. Cit., Libro III; título XXIV, “De la compra y venta”; págs. 225 a 246.

¹⁷² Muriel, Op. cit., pág. 148.

¹⁷³ Muriel, Op. cit., pág. 148.

El **Punto 6**, tratará de la tradición de la cosa, hecho que hará concluir la compraventa y es el acto por el cual el dueño transfiere la cosa con intención de enajenarla; quedando fuera del tracto comercial los dementes y los ignorantes.

No profundiza acerca de los conceptos de dominio directo e indirecto; pero en función de esto, expresará que: *si alguien en cambio de la cosa cedida, se reserva la fidelidad y obediencia del nuevo poseedor, y estipula que la cosa no puede enajenarse sin su consentimiento, ésta tradición constituye feudo.*¹⁷⁴

Muriel, en virtud de ésta premisa, asimila a los encomenderos a los titulares de feudos, y enumera las características generales y requisitos de las encomiendas, a saber: ser vecinos beneméritos de las Indias, la obligación de cuidado y enseñanza de la religión cristiana a los naturales, que sólo eran personas a cuidado de los encomenderos, y el principio que sólo eran válidas por tres vidas, entre otras.¹⁷⁵

También que en el Paraguay, no se pagaban los tributos con plata sellada, sino con los denominados pesos huecos, que eran una moneda que valía la tercera parte que la corriente.¹⁷⁶

Posteriormente en el mismo punto seguirá a Heineccius, en cuanto a la definición de campos enfitéuticos y censuales.; en que los primeros lo útil pertenece al poseedor, y en los segundos le pertenece en dominio absoluto.¹⁷⁷

En el **Punto 7**, tratará del caso de la servidumbre, definida como la facultad de usar una cosa o un predio, de la que no se ha transferido el dominio. Si se constituye en utilidad de una persona es personal, y si lo es sobre un predio rústico o urbano es real o predial. Fundamentando la existencia de las mismas en la voluntad de las partes que así lo han manifestado.

¹⁷⁴ Muriel, Op. Cit., pág. 149.

¹⁷⁵ Título IX, de los Encomenderos de indios y Tít. XI, de las sucesiones en las Encomiendas; Libro VI; Rec. Leyes de Indias y Muriel, Op. Cit. pág., 150.

¹⁷⁶ Título XVII, De los Indios del Paraguay, Tucumán y Río de la Plata, Libro VI; Rec. Leyes de Indias.

¹⁷⁷ Heineccius, Gottlieb, Op. Cit., “Enfiteusis”; págs. 251 y s.s.

Disiente con Heineccius, en cuanto según éste las reduce sólo a la convención de las partes, siendo muchas de derecho positivo y de derecho natural hipotético.¹⁷⁸

Remite a Justiniano en cuanto a los tipos de servidumbres, las cuales son: los derechos de los predios rústicos, el tránsito, la conducción, el camino y el acueducto.¹⁷⁹

No hace mención al usufructo, que es el derecho a percibir los frutos y uso de una cosa ajena, dejando a salvo la substancia de la misma.¹⁸⁰

Se hace esta salvedad, ya que el mismo según los tratadistas romanos, es considerada como una variante de las servidumbres; dedicando Heineccius al usufructo el Título IV del Libro II de su comentario a la Institutas de Justiniano.¹⁸¹

En el **Punto 8**, tratará de los derechos de prenda y la hipoteca, sin entrar en especificaciones y definiéndolos someramente.

Por último en el **Punto 9**, describirá la tradición como la manera en que se transfiere el dominio y la cosa, diferenciándola si es hecha inter vivos o testamentaria; y considerando la situación de la sucesión sin testamento o ab intestato.¹⁸²

La denominada por Muriel “solución de la cuestión”, hará hincapié en el análisis del Tupambaé guaraní y Abambaé como formas de acceso al dominio de tipo mixto, y con unas áspera crítica a los autores contemporáneos que criticaban la obra de la Compañía de Jesús en América.

Muriel es partidario de lo que se conoce como “*comunidad de bienes*”, que no es más que el Tupambaé guaraní, adaptado como costumbre a la realidad de las Reducciones o misiones del Litoral.

¹⁷⁸ Muriel, Op. Cit., pág. 151, y Heineccius; Libro II, Título III; de las servidumbres de los predios rústicos y urbanos, pág. 307 a 327.

¹⁷⁹ Institutas Just. 1, 2 T. 3, de servit. Praedior.

¹⁸⁰ Paulo en el Digesto (1,7,1,1); citado en Ponsa de la Vega de Miguens, Nina; Op. Cit., pág. 148 y s.s.

¹⁸¹ Heineccius, Op. Cit., págs. 327 a 346.

¹⁸² Muriel, Op. Cit., pág. 153.

El mismo sistema fue continuado por los Padres Franciscanos, quienes e hicieron cargo de las reducciones al momento de la expulsión de 1767.

4. El derecho vigente en las Indias.

a) Fuentes del Derecho Indiano.

Como parte de la monarquía Hispánica, en territorio americano, será predominio del denominado “*Derecho de Indias*” o Derecho Indiano.

En palabras de Alfonso García Gallo; será “*el que rige no sólo en América sino también en Filipinas y las otras islas oceánicas. Si como Derecho indiano se considera el vigente en las Indias occidentales y orientales, es claro que dentro de él hay que incluir no sólo el Derecho castellano trasplantado al Nuevo Mundo o el establecido por España especialmente para él, sino también cualquier otro que haya tenido vigencia en aquellas partes; es decir, tanto el Derecho de los indios o poblaciones autóctonas como, en su caso, de los grupos alienígenas allí establecidos (v.gr., los negros) que conserven sus costumbres entre ellos*”.¹⁸³

El mismo estará conformado por fuentes diversas y heterogéneas (Bulas de donación, capitulaciones, Leyes, etc...); que incluirán a la normativa creada en la Península para ser aplicada en el Nuevo Mundo (Derecho Indiano peninsular); así como también las disposiciones tomadas en territorio americano por las autoridades de cada jurisdicción (Derecho Indiano criollo).

¹⁸³ García Gallo, Alfonso; “*Metodología de la Historia del Derecho Indiano*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 18.

Respecto de la naturaleza del derecho Indiano y su aplicación o no stricto sensu se han pronunciado en su oportunidad: Ricardo Zorraquín Becú, “*Nuevas consideraciones sobre el Derecho Indiano*”, en RHD N° 25 (1997), p. 505.; Eduardo Martiré, “*El Derecho Indiano, un derecho propio particular*”, en RHD N° 29 (2001), p. 361; y Víctor Tau Anzoátegui, “*El tejido histórico del derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García-Gallo*”, en RHD N° 21 (1993), pp. 9-72.; entre otros.

Por otra parte, el sentido misional dado por las Bulas de Donación de Alejandro VI (1493), marcará el nacimiento de una extensa legislación secular, en materia de cuestiones religiosas; que se combinarán posteriormente con las diversas costumbres de los pueblos indígenas que habitaban cada territorio, con especial cuidado en no contradecirlas.¹⁸⁴

Respecto del Derecho Indiano, Ricardo Levene nos dirá que: *“...el mismo de manera gradual y progresivamente fue solucionando las innumerables cuestiones jurídicas, políticas, económicas, que planteaba la nueva sociedad en formación; ... la legislación de Indias fue particularista y progresista, es decir destinada a resolver los casos que se presentaban y abierta a las nuevas prescripciones que sin cesar sucedían a las antiguas para mejorarlas, o simplemente para completarlas.”*¹⁸⁵

En cuanto a las fuentes jurídicas, a saber, según Víctor Tau Anzoátegui serán: *“el Derecho de Castilla como «modelo inspirador» y como normativa aplicable; el Derecho común, como saber de juristas; el Derecho natural, como orden indisponible; el Derecho canónico; el Derecho indiano, en sentido estricto; los Derechos aborígenes; y hasta los usos de la gente de raza negra. Este entramado de Derechos, con sus modos plurales de creación, era invocado y aplicado conforme a las situaciones y casos. No es ocasión de detenerse a examinar cada uno de ellos, pero sí señalar que son portadores de un complejo haz de cuestiones que dan impresión de heterogeneidad, imposible de reducir a unidad, salvo ciertos principios directivos y reglas generales.”*¹⁸⁶

Al momento en que surge dicho entramado jurídico, *“hay un teocentrismo que lo domina y lo impregna todo sin discusión alguna. También el ámbito jurídico. Nada hay tan claro en el panorama medieval como esa unión indisoluble entre Dios y*

¹⁸⁴ Levene, Ricardo; *“Introducción a la historia del derecho Indiano”*; Edit. Abeledo; Buenos Aires, 1924, Tomo único, 351 págs.

¹⁸⁵ Levene Ricardo; *“Introducción a la historia del derecho Indiano”*; op. cit. Págs. 48 y 49.

¹⁸⁶ Víctor Tau Anzoátegui, *“Nuevos horizontes en el Estudio histórico del Derecho Indiano”*; Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, págs. 34-35.

*Derecho (todo Derecho procede de Dios), entre el orden teológico y el orden jurídico, una vinculación traducida, en suma, por el origen sagrado de ambos, en aquella unión final resultante entre la Justicia y el Derecho, partes inseparables de una ordenación global común a todos los seres.*¹⁸⁷

En dicho mundo medieval, la justicia es una de las cuatro virtudes cardinales de la antigüedad (justicia, templanza, fortaleza y prudencia), que hacían que el hombre se comporte correctamente en sociedad, o en la república, según Platón.¹⁸⁸

Estas serán complementadas con el surgimiento del cristianismo, por las que se denominaron “*virtudes teologales*”: fé, esperanza y caridad. El máximo desarrollo de dichos conceptos, y el de la justicia misma, serán elaborados por Santo Tomás de Aquino en su Suma Teológica, a mediados del siglo XIII, y aplicados en toda la cristiandad.¹⁸⁹

Dios crea la justicia, y también al gobernante, el que tiene el poder de hacer leyes que orienten a la sociedad; el mismo está instituido para el bien de los pueblos, no los pueblos para el bien de los gobernantes.¹⁹⁰

La administración de la misma, su recto cumplimiento, estará en cabeza del monarca. En efecto, el monarca medieval cumple la función de “*rey juez*”, es decir será quien en determinado territorio, haga cumplir “*lo justo y correcto*”; son “*vicarios de Dios... puestos sobre las gentes, para mantenerlos en justicia, e en verdad cuanto en lo temporal*”.¹⁹¹

¹⁸⁷ Martínez Martínez, Faustino, “*Ecos cronísticos del rey-Juez medieval*”; 303 a 356, pág. 307.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3431286>

¹⁸⁸ Marías, Julián, Op. Cit., pág. 162.

¹⁸⁹ Tomas de Aquino, partiendo de la base en la igualdad de las personas; hará una diferencia entre justicia distributiva y justicia conmutativa, teniendo en cuenta una distribución proporcional de la misma en función de los méritos, “según la proporción de las cosas a las personas”.

Summa Theologica, 2.2, q. 61, a. 2, resp.

¹⁹⁰ Martínez Martínez, Faustino, “*Ecos cronísticos...*”; Op. Cit., pág. 353.

¹⁹¹ Partida 2^a, i, 5. y Otto v. Gierke, “*Teorías Políticas de la Edad Media*”; T. único, Edit. Huemul, Buenos Aires, 1963, 340 págs. pág. 124.

La actividad del monarca se manifestará en cuatro funciones principales: gobierno, justicia, guerra y hacienda.

En la función de gobierno estará comprendido el gobierno espiritual y el temporal. El primero comprenderá cuestiones con el gobierno de la Iglesia – nombramientos de dignidades eclesiásticas, pases de bulas, enseñanza de misiones, doctrinas etc. En cuestiones temporales la legislación, disposiciones de gobierno, nombramiento de funcionarios, obra pública, etc.

La función de justicia todo lo que correspondía a solución de pleitos, y conocimiento en materia de recursos.

Las funciones de guerra todo lo que tenía que ver con la defensa del reino, y Hacienda cuestiones fiscales y administración de la economía en general.¹⁹²

Respecto de la función legislativa, recordemos que el concepto de ley era según Santo Tomas de Aquino... *“que no es otra cosa que una ordenación de la razón para el bien común por parte de la persona que toma el cuidado de la comunidad.”*¹⁹³

Las Leyes de Partida dispondrán que *“Ley tanto quiere decir como leyenda, en que yace enseñamiento et castigo que liga et apremia la vida del home que non faga mal, et que muestra et enseña la cosas que home debe facer...”*¹⁹⁴

Por lo que ley en sentido amplio, se entenderá como toda disposición escrita emanada de autoridad competente, particularmente las elaboradas por el poder real.¹⁹⁵

Durante los siglos XVI y XVII, bajo esa denominación se conocerán diversas disposiciones que serán designadas como: leyes, pragmáticas, provisiones, Cédulas, Ordenanzas, Instrucciones, Cartas Reales y Declaraciones.¹⁹⁶

¹⁹² Ots Capdequí, J. M.; *“El estado español en las Indias”*, p. 60; Fondo de Cultura Económica, 4ª Edición, México, 1965; 181 págs.

¹⁹³ *Tomas de Aquino*, Suma Teológica, Op. Cit., I-II, q. 90, a. 4ª.

¹⁹⁴ Leyes de Partida, Título i, Ley 4ª.

¹⁹⁵ Tau Anzoátegui, Víctor, *“El jurista en el Nuevo Mundo”*; Op. Cit., pág. 151.

¹⁹⁶ García Gallo, Alfonso; *La Ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*; Anuario de Historia del Derecho Español; N.º 21/22 (1951-1952); Tomo U. págs., 607 a 730, pág. 618.

Por lo expuesto, y al momento del descubrimiento del Nuevo Mundo, estarán vigentes los siguientes sistemas normativos:

1. Derecho Castellano:

Teniendo en cuenta éstas pautas, el Derecho Castellano será, al momento del descubrimiento por Cristóbal Colón, el previsto por el denominado Ordenamiento de las Cortes de Alcalá de Henares, del año 1348, que refunde en un solo texto otras leyes anteriores y en parte, el derecho consuetudinario de Castilla. Establece un orden de prelación de normas, que en su momento será reproducido en el ámbito Indiano.

Lo importante de dicho Ordenamiento, es la introducción en el ámbito peninsular, de los principios generales del denominado Derecho Común, a través de la entrada en vigencia de las Leyes de Partida, del Rey Alfonso el Sabio.¹⁹⁷

Dicha orden de prelación será actualizado, en las Cortes de Toro del año 1505, que establecerán que serán de aplicación: 1) en primer lugar las leyes reales, 2), las disposiciones contenidas en todos los fueros, principalmente el Fuero Real, en tanto y en cuanto “son y fueren usadas”; 3) las Leyes de Partidas, reservándose el rey la facultad de interpretar y solucionar las cuestiones que fueren dudosas.¹⁹⁸

Este orden de prelación de normas será confirmado posteriormente, en 1567, con la “*Recopilación de Leyes de Castilla*”, del rey Felipe II; en respuesta al viejo anhelo de su bisabuela la Reina Isabel, de un ordenamiento de toda la normativa en uso.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Ots Capdequí, Op. Cit., pág. 9.

¹⁹⁸ Ots Capdequí, Op. Cit., pág. 10, y Ley 2ª, título I; Libro II, Recopilación de Leyes de Indias.

¹⁹⁹ La Reina Isabel, en su codicilo de 1504, expresó su deseo de reducir todas las leyes existentes en un solo cuerpo legal breve y ordenado. Tanto su esposo Fernando como su nieto Carlos I intentaron llevar a cabo la empresa, pero ésta no se logró hasta la publicación, ya durante el reinado de Felipe II, de la obra titulada “*Recopilacion de las Leyes destos Reynos*”, también conocida como la “*Nueva Recopilación*”, promulgada el 14 de marzo de 1567. La misma contenía

El mismo, estará vigente hasta que se promulgue la denominada “*Novísima Recopilación de las Leyes de España*”, un conjunto de normas tanto españolas como americanas, en 1805.

La aplicación de la normativa castellana será subsidiaria, a partir del surgimiento de la propia legislación de Indias; como quedará confirmado por la ley 2ª; Título I, de la misma Recopilación:

*“Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones, o ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios, y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar.”*²⁰⁰

2. Capitulaciones:

Previo a la promulgación de normativa específica para el Nuevo Mundo, tuvieron vigencia las denominadas “*capitulaciones*”. Definido por el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche como: “*el concierto o pacto entre dos o más personas sobre algún negocio comúnmente grave.*”²⁰¹

Los mismos eran verdaderos acuerdos de voluntades, que excedían el marco de una concesión y obligaban a los contratantes, con la fuerza propia de otros contratos dentro del derecho

la legislación procedente de leyes de Ordenamientos de Cortes -entre otros, el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 y las *Leyes de Toro* de 1505-, las Pragmáticas Reales y los Autos Acordados hasta el momento de su redacción, y también parte del *Espéculo*, del *Fuero Juzgo*, del *Fuero Real* y de las *Leyes del Estilo*, con el fin de reunir toda la legislación aplicable. Compuesta de nueve libros, divididos a su vez en 'títulos' y 'leyes'. Tuvo sucesivas adiciones e impresiones en 1581, 1640, 1725 y 1745.

²⁰⁰ Ley 2ª. tít. I; Libro II; Recopilación de Leyes de Indias.

²⁰¹ Escriche, Joaquín; “*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*”, p. 206; Imprenta Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, 4 Tomos, Tomo 2º, 1167 págs.

medieval, tales como el prestimonio, honor o feudo, que pactaban los señores castellanos y aragoneses con sus monarcas.²⁰²

Estos contratos o pactos se caracterizarán por mantenerse las calidades de señor y vasallo respectivamente, aunque la exigencia del vasallo por vía judicial debía contar con aprobación del rey. Se observa la sujeción del rey a la norma, es decir al pacto firmado con su vasallo, en éste caso el explorador o conquistador que hubiera firmado el documento.²⁰³

Entre las obligaciones del rey estaban los nombramientos del titular de la expedición y de los oficiales reales, indicaciones a la Casa de Contratación, permisos para la embarcación de personas, mercaderías, armas, animales, exenciones de impuestos y cualquier otra que llevara a buen término la expedición.

Una vez partida la expedición era difícil para la monarquía la vigilancia y cumplimiento de lo pactado, aunque el éxito o no de la misma, que a medida que iba recibiendo noticias del Nuevo Mundo iba dictando la normativa necesaria para su administración y gobierno; gozando los adelantados y gobernadores que habían pactado de esta manera con el monarca de gran autonomía.

Cinco fueron los Adelantados del Río de la Plata que firmaron sus capitulaciones, a saber: Pedro de Mendoza en 1534; Álvar Núñez Cabeza de Vaca en 1540, Juan de Sanabria en 1547 quien no pudo siquiera llegar a las Indias; Jaime Rasquín comerciante valenciano quien capituló en diciembre de 1557 una armada a su costa que no pudo concretar y Juan Ortíz de Zárate en 1569, quien sólo duró un año frente a la provincia bajo su mandato.²⁰⁴

²⁰² García de Valdeavellano, Op. Cit., pág. 623.

²⁰³ Leiva, Alberto David, "Supervivencia del Régimen señorial y transición al Derecho Moderno en los inicios de la Colonización del Río de la Plata"; en *Revista de Historia de América*, Número 93, Enero-Junio 1982, p. 64; Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México 1982.

²⁰⁴ Zorraquín Becú, Ricardo; "*Las Capitulaciones Rioplatenses*"; en *Revista Chilena de Historia del Derecho*; N° 11, 1985; Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Santiago de Chile, 1985; pág. 86 y s.s.

3. La costumbre:

Una de las fuentes del Derecho de la Edad Media, y con plena vigencia, según fuera instituido por las Cortes de Toro, fue la costumbre, definida como la práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley; o el derecho no escrito que se ha introducido por el uso.²⁰⁵

Los requisitos que debía cumplir la misma para su reconocimiento jurídico eran: “...duración, frecuencia, uniformidad, constancia, etc. Se justificaba su validez y autoridad mediante la figura de la tácita voluntad del pueblo, que después subrepticamente se transformó, con el nacimiento del absolutismo, en el consentimiento tácito del soberano.”²⁰⁶

Gregorio López consignaba entre los requisitos: que tuviese una antigüedad al menos diez o veinte años; que fuera sido introducida con el consentimiento del príncipe, y sin que este la contradijera. No siendo necesario este requisito en caso de costumbre inmemorial; y como último requisito ser racional.

López explicaba que el uso que movía al mal, a pecados o cosas absurdas no causaba una costumbre que debía ser observada. Aquí tuvo relevancia fundamental el arbitrio judicial para determinar si una costumbre era racional o no. En cuarto lugar, la costumbre no debía ser contraria al derecho natural. Exigencia que se aplicaba también a la ley, y que en Indias tuvo especial aplicación, como veremos, en relación a las costumbres indígenas.

En quinto lugar, la costumbre no debía ser contraria al bien común, ya que la misma y la ley tenían la misma causa final, justamente, el bien común. Y finalmente, la costumbre no debía ser introducida mediante error sino a ciencia cierta.²⁰⁷

Todos estos requisitos en general se aplicaron a la costumbre india en sus diversas formas.

²⁰⁵ Escriche, Diccionario razonado, Op. Cit., T. 2 pág. 582.

²⁰⁶ Tau Anzoátegui, Víctor; *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en la América hispana hasta la emancipación*, pp. 48 y s.s., Buenos Aires, 2000, 206 págs.

²⁰⁷ Tau Anzoátegui, Víctor; “*El poder de la costumbre...*”; Op. Cit.

Solórzano consideraba, en fin, a la costumbre como “*la más segura glosa de todas las leyes*”, en caso de duda, o como “*la mejor y más fiel intérprete de cualquier privilegio*”, no necesitándose recurrir al Príncipe para la explicación del punto dudoso, “*porque se presume que él quiso y entendió lo mismo que la costumbre u observancia fue introduciendo y practicando. Y que: “El buen legislador ha de acomodar sus preceptos, conforme a las regiones, y gentes a quienes los endereza, y su disposicion y capacidad, debiendo con su industria y humanidad de mirar y suponer lo que les pueda convenir, como más le convenga; como lo aconsejó Cicerón a su hermano cuando estaba en el Virreynato del Asia*”.²⁰⁸

Particularmente será tenida en cuenta la costumbre de los pueblos indígenas, inspirando la legislación indiana más de lo que se cree.

Comenzando por el régimen de la Mita, derivado del vocablo quechua “mit´a”; que significa turno o tiempo, aplicado en todo el territorio americano; así como también el yanazconazgo o servicio personal.²⁰⁹

4. Derecho común:

El mismo será la fuente dogmática del Derecho Indiano, en cuanto a la aplicación del método escolástico, para la elaboración de la normativa, tanto civil como canónica.

La vigencia del método escolástico, impulsado a través de las Facultades de Artes, teología y jurisprudencia favorecerá la continuación del saber medieval.²¹⁰

²⁰⁸ Juan de Solórzano, *Política Indiana*, Op. Cit., T. I, V; XVI, 3.

²⁰⁹ Al respecto véase el Título XII, Libro VI, de la Recopilación; y Ruiz Rivera, Julián B.; “La mita en los siglos XVI y XVII”; *Temas Americanistas*, Número 7, Editorial Universidad de Sevilla; Año 1990, p. 18, ISSN: 0212-4408; <https://dialnet.unirioja.es/revista/1642/A/1990>, 32 págs.

²¹⁰ Iyanga Pendi, Augusto, “*Historia de la Universidad en Europa*”, pp. 51-52, Universitat de Valencia, 2000, tomo único, 251 págs.

Los principios generales del Derecho Común serán aplicados subsidiariamente, en caso de no contar con una respuesta concreta por parte de la normativa real, a través de la doctrina de los autores.

Cabe destacar, que el Derecho Indiano será un derecho propio, al igual que el Derecho Castellano, ante el Derecho Común. Son creaciones propias de cada “reino”, frente al poder imperial que simboliza dicho sistema.

Por otra parte, los pensadores del Humanismo (siglos XVI y XVII), dado el contexto de la época, elaborarán una nueva doctrina acerca de los derechos de los pueblos indígenas, descubiertos en el Nuevo Mundo.

Tanto Francisco de Vitoria como Domingo de Soto, dos de sus máximos exponentes contribuirán a la reelaboración del concepto del derecho natural.

Es tal la fuerza del Derecho Común que todavía siguen impartándose sus métodos de estudio y fundamentación en las universidades del siglo XVIII; siendo éste el método de utilizado por Muriel en la obra en estudio.

b) El Derecho Natural y de gentes, sus principios generales respecto de los Pueblos Indígenas.

Los principios del denominado derecho natural y de gentes serán los que rijan la normativa indiana, entendiéndose el derecho Natural, entendido como un principio que trascendía el poder temporal, una serie de principios de convivencia emanadas de la recta razón, una ley verdadera y obligatoria, prevaleciendo inclusive antes del estado.

Por otra parte, el derecho de gentes era entendido como aquel conjunto de normas que regían las relaciones entre los estados, la suma de las reglas que surgían de la pura ley natural.²¹¹

Relacionado con este orden natural, será la naturaleza jurídica de los indígenas, si eran sujetos de derecho.

²¹¹ Otto v. Gierke, Op. Cit., págs. 170 y 171.

1. Principio de Libertad:

Teniendo en cuenta los fines de la ocupación española, reseñados ya desde la primera Bula de Donación, el Breve *Inter Caetera*; que establece que: “*os mandamos en virtud de santa obediencia que haciendo todas las debidas diligencias del caso, destinéis a dichas tierras e islas varones probos y temerosos de Dios, peritos y expertos para instruir en la fe católica e imbuir en las buenas costumbres a sus pobladores y habitantes, lo cual nos auguramos y no dudamos que haréis, a causa de vuestra máxima devoción y de vuestra regia magnanimidad.*”²¹²

De allí en adelante, y particularmente a partir del decreto de junio de 1500 de Isabel la Católica, el principio será el de la libertad de los indígenas. Confirmado por las Leyes de Burgos de 1512 y por las de 1542; la normativa respecto de los mismos ocupará el VI Libro de la Recopilación de 1680, en estos términos: “*es nuestra Voluntad y mandamos, que ningún Adelantado o Gobernador, Capitán Alcalde ni otra persona, de cualquier estado, dignidad, oficio o calidad que sea osado de cautivar Indios.*”²¹³

En las Indias, la esclavitud va a manifestarse desde el comienzo, al intentar Cristóbal Colón vender como tales a los primeros indígenas aquí encontrados al volver al Viejo Continente. Conocido fue el resultado de dicha circunstancia y las posteriores en que se trataron de hacer esclavos a los aborígenes.

La respuesta de la Corona, influenciada por la doctrina de teólogos y juristas, y teniendo en cuenta las ideas de “cristianización” que llevaban implícitas los instrumentos de donación a los que se refirió, fue una abundante legislación que confirmó la libertad de los mismos.

La única excepción a este principio es el caso de los indios “caribes” o antropófagos, habitantes de las islas de las Antillas y

²¹² Breve *Inter Caetera*, del 4 de mayo de 1493, en Documentos para el estudio de la historia de la Iglesia en Latinoamérica:

http://www.mercaba.org/FICHAS/Documentos/estudiosiglesia_04-06.htm

²¹³ Ley 1, Tít., Libro VI, Recopilación de Leyes de Indias.

adyacentes los cuales como una forma de reprimirlos, se acepta sean tomados como esclavos.

Así consta de la ley 13^a del Libro VI de la citada Recopilación al establecer que *“tienen lizencia los vecinos de las Islas de Barlovento para hazer la guerra á los Indios Caribes, que las van a infestar con mano armada, y comen carne humana”*.²¹⁴

El mismo principio será aplicado a los indios araucanos, en el marco de las Guerras del Arauco, que asolaron el centro y sur de Chile desde mediados hasta fines del siglo XVI.²¹⁵

Se observa que en ambas normativas primó el espíritu de las Leyes 1^a y 2^a de la VII Partida; en cuanto considera válido defenderse en causa de un ataque injustificado.²¹⁶

Con respecto a los esclavos africanos, traídos al Nuevo Mundo desde mediados del siglo XVI, como una forma de paliar la falta de mano de obra que se hacía evidente en las islas caribeñas y tierras de Nueva España, se les aplicaron los mismos principios normativos de las Leyes de Partidas citadas; siendo característica de la legislación indiana, la rigurosidad con que serían tratados.²¹⁷

Un problema que surgió al poco tiempo de su establecimiento en Indias fue el de los llamados *“negros cimarrones”*, que según palabras de Solórzano *“son los esclavos, o libres, que se retiran a los montes y desde allí salen a hacer insultos”*... *”y porque estos cimarrones han hecho muchos daños, se mandó castigarlos con*

²¹⁴ Ley 13^a; Título II, Libro VI Recopilación leyes de Indias.

²¹⁵ Ávila Martel, Alamiro de; *“Régimen de los Indios en las Guerras de Arauco”*, en Actas del III Congreso de Derecho Indiano; Madrid, 1972; págs. 325 a 338; pág. 331.

²¹⁶ Cuando la muerte se produzca *“defendiéndose”* (y) *“ viniendo el otro contra él, trayendo en la mano cuchillo sacado, o espada, o piedra, o palo, u otra arma cualquiera que le pudiere matar... no cae en pena alguna. “Ca natural cosa es, e muy guisada, que todo ome haya poder de amparar su persona de muerte queriéndole alguno matar a él: e non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaescer que el primer golpe que le diere podría morir el que fuere acometido, e después no se podría amparar”*. Ref. L.I. i y ii; Tít. VIII, Partida VII.

²¹⁷ Ots. Capdequí, Op. Cit., pág. 23 y Título V; Libro VII; Recopilación de Leyes de Indias.

pena de muerte, y se dieron otras providencias para evitar las fugas de los esclavos."²¹⁸

Los problemas con dichos grupos ya se observan hacia fines del siglo XVI, siendo la Pragmática de Don Felipe II fechada en 1571, la primera de las muchas instrucciones que se efectuarán a fin de extirpar los daños que ocasionaban.

En lo penal, la Real Disposición de Don Felipe III de 14 de Septiembre de 1619 – Ley xxvj de la Recopilación de Leyes de Indias - establecerá la ausencia de juicio – ni siquiera sumario – para los indios que se encontrasen “*en casos de motines, sediciones y rebeldías, con actos de falteamiento, que suceden en Las Indias con negros Cimarrones*”. Dicha norma alude a la falta de proceso en cuanto deberá hacerse “*justicia en la causa, y escusando tiempo y proceso*”.²¹⁹

2. Principio tutelar:

Respecto del status jurídico de los pueblos indígenas, la doctrina los equiparará jurídicamente en cuanto a su capacidad a los menores. La elaboración de la citada teoría, fue fruto de una amplia discusión entre los juristas y teólogos hispanos del quinientos.

En palabras de Da. Martha N. Oliveros “*con el objeto de solucionar ese innegable desnivel, y procediendo con las ideas imperantes en la época, la actitud más simple a adoptarse hubiera sido la de reducir a la esclavitud a esos grupos – los indígenas –*

²¹⁸ Juan de Solórzano Pereyra, “Política Indiana, N.º 51 y 52, Libro II, capítulo XXX. Sobre los cimarrones ver Armando Fortune: “Los negros cimarrones en tierra firme y su lucha por la libertad”. Publicado por Marco A. Gandásegui, Dídimo Castillo Fernández and Azael Carrera Hernández en *Antología del pensamiento crítico panameño contemporáneo*, para CLACSO. Texto extraído de Armando Fortune, en *Revista Nacional de la Lotería Panameña* Nº 171 (febrero) y Nº 172 (marzo). Panamá, 1971. Recuperado de JSTOR: <http://www.jstor.com/stable/j.ctvfjd163.18>

²¹⁹ Recopilación de Leyes, Op. Cit., Tomo II, página 290.

que si bien eran numéricamente más importantes, eran en forma marcada culturalmente inferiores.”²²⁰

Desde el principio se les reconoció su libertad, no se los sometió a esclavitud salvo en los casos de aquéllos aborígenes que practicaran el canibalismo, como se consignó anteriormente.

Juan de Solórzano al respecto referirá que los Reyes Católicos y los demás sucesores. *“siempre procuraron y ordenaron con grandes veras, y aprieto de palabass, que los indios fuesen conservados y mantgenidos en su entera libertad, y plena y libre administraciòn de sus bienes, como los demás vasallos suyos en otros reinos.*”²²¹

Thomas Duve nos refiere que, en cuanto a los indígenas, se les aplicará el concepto de *“persona miserabilis”*; tenido por tal una categoría jurídica particular, que origina por sí un privilegio de jurisdicción, y que surge del contexto del derecho canónico medieval²²²

La normativa referente a ellos siempre será a su favor, basándose en medidas de protección, siendo ejemplo de ello la Real Provisión de Don Felipe II de Diciembre de 1580 – que forma parte de la Recopilación de Leyes de Indias - que establece que: *“Es nuestra voluntad encargar a los Virreyes, Presidentes y Audiencias, el cuidado de mirar por ellos – los indios -, y dar las ordenes convenientes, para que sean amparados, favorecidos y sobrellevados, por lo que deseamos que se remedien los daños que padecen y vivan sin molestia, sin vejación.*”²²³

²²⁰ Oliveros, Martha Norma; *“La Construcción jurídica del régimen tutelar del indio”*; en I Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano”, U.B.A., Buenos Aires, 1967, pág. 105.

²²¹ Solórzano, Juan; *“Política Indiana”*; Op. Cit., Libro Segundo, Capítulo I; pág. 66.

²²² Duve, Thomas; *“La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano”*. En M. Losano (Ed.), *Un giudice e dueleggi. Pluralismo normativo e conflittiagrari in Sud America* (pp. 3-33). Giuffré. Milano, 2004: <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-000E-7609-3>. Asimismo; Díaz Couselo, José María; *“El ius Comune y los privilegios de los indígenas en la América Española”*; Revista de Historia del Derecho; N.º 29, 2001; I.N.H.I.D., pp- 267-306.

²²³ Ley 1ª, Título I; Libro VI; Recopilación de Leyes de Indias.

Referente a su capacidad, la Bula *Sublimis Deus* del Papa Paulo III de 1537 *...teniendo en cuenta que estos indios, como verdaderos hombres, no solo son capaces de la fe cristiana, sino que como es conocido, se encaminan muy dispuestos a esa fe*”²²⁴

La establecerá en función de incorporarse a la fe católica, tan cuestionada por esas fechas por los distintos credos surgidos de la reforma protestante, aunque aplicada por extensión en el criterio jurídico de la época –recuérdese el pensamiento profundamente religioso de la misma-, a la capacidad jurídica en general.

La calidad de persona de los indígenas sirve de base a la confirmación de su condición jurídica, siendo su característica la de ser considerados súbditos libres, es decir con la libertad como regla general, y sólo como excepción el caso contrario.²²⁵

En contrapartida al pensamiento papal, la notoria incapacidad para vivir como los españoles y sus pronunciadas diferencias culturales harán que hacia mediados del siglo XVI, tras un prolongado período de observaciones y esfuerzos para adaptarlos a las costumbres europeas, los teólogos y juristas por un lado, y la

²²⁴ Bula *Sublimis Deus*: “...Nos pues, que aunque indignos hacemos en la tierra las veces de Nuestro Señor, y que con todo el esfuerzo procuramos llevar a su redil las ovejas de su grey que nos han sido encomendadas y que están fuera de su rebaño, prestando atención a los mismos indios que como verdaderos hombres que son, no sólo son capaces de recibir la fe cristiana, sino que según se nos ha informado corren con prontitud hacia la misma; y queriendo proveer sobre esto con remedios oportunos, haciendo uso de la Autoridad apostólica, determinamos y declaramos por las presentes letras que dichos Indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre y que todo lo que se hubiese hecho de otro modo es nulo y sin valor, [asimismo declaramos] que dichos indios y demás gentes deben ser invitados a abrazar la fe de Cristo a través de la predicación de la Palabra de Dios y con el ejemplo de una vida buena, no obstante nada en contrario”. Dado en Roma en el año 1537, el cuarto día de las nonas de junio [2 de junio], en el tercer año de nuestro pontificado.” Documentos para la Historia de la Iglesia en América Latina: http://webs.advance.com.ar/pfernando/DocsIglLA/Paulo3_sublimis.html

²²⁵ Bravo Lira, Bernardino; “Poder y respeto a las personas en Iberoamérica – S.S, XVI a XX”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1989. Pág. 45.

Corona comiencen – la segunda por consejo de los primeros – a dispensarles un trato diferencial, una protección jurídica especial, equivalente a los menores de edad.

Aunque no faltarán religiosos como Juan de las Casas que los considerarán no sólo iguales en condiciones a los españoles, sino superiores a ellos.²²⁶

Tesis contraria será la de Juan Ginés de Sepúlveda, que avalado en las tesis de Aristóteles y Cicerón, no sólo justificará la esclavitud de los indígenas sino que será firme partidario de su implementación en las Indias.²²⁷

Al respecto sostendrá que *“siendo los indios naturalmente siervos, bárbaros, incultos e inhumanos, se negaban como solía suceder a otros hombres más perfectos, era justo sujetarlos por la fuerza y por la guerra, a la manera que la materia se sujeta a la forma, que el cuerpo al alma, el apetito a la razón, lo peor a lo mejor.”*²²⁸

Fray Francisco de Vitoria en su obra “Relectio de Indiis”, expresará en 1538 que – en su análisis acerca de los títulos que hacen a los indios, legítimos poseedores de sus tierras – *“esos bárbaros aunque como se ha dicho, no sean del todo incapaces, distan sin embargo, tan poco de los retardados mentales que parece no son idóneos para constituir y administrar una república legítima dentro de los límites humanos y políticos. Por lo cual no tienen leyes adecuadas, ni magistrados, y ni siquiera son suficientemente capaces para gobernar a la familia... Podría entonces decirse que para utilidad de todos ellos pueden los Reyes*

²²⁶ Ots Capdequí, José María, Op. Cit., pág. 26.

²²⁷ Juan Ginés de Sepúlveda, “Demócrates Alter”; *Genesii Sepulvedae Cordubensis Democrates alter, sive de justis belli causis apud Indos = Demócrates segundo o De las justas causas de la guerra contra los indios –* (Prólogo, traducción y edición de Marcelino Menéndez y Pelayo) Edición digital a partir de *Boletín de la Real Academia de la Historia*, tomo 21 (1892), pp. 257-369

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/j-genesii-sepulvedae-cordubensis-democrates-alter-sive-de-justis-belli-causis-apud-indos--democrates-segundo-o-de-las-justas-causas-de-la-guerra-contra-los-indios-0/>

²²⁸ Levene, Ricardo; Op. Cit., págs. 231, 232.

*de España encargarse de la administración y gobierno de aquéllos bárbaros, nombrarles ministros y gobernadores para sus pueblos, y aun darles nuevos príncipes mientras constase que era conveniente para su bienestar”.*²²⁹

La citada Dra. Oliveros, nos refiere que la primera vez que se hace referencia a los indios como miserables y necesitados de un régimen jurídico de protección “sui generis” es por Real Cédula de 1563 que prevé un régimen de tutela hacia el indígena, considerando que tienen la capacidad de los pupilos; ratificada por las Ordenanzas de Audiencias de 1593.²³⁰

Esta posición de considerar a los indígenas como miserables se consolidará en el tiempo, a tal punto que en el siglo XVII, Dn. Juan de Solórzano Pereira se referirá a la condición de los indios expresando que:

*“Miserables personas se reputan, y llaman todas aquéllas que naturalmente nos compadecemos por su estado calidad y trabajos, según que después de otros los resuelve Menoquio, concluyendo que el censurar esto, queda en arbitrio del juez, como son tantas y tan varias sus circunstancias. Pero cualesquiera que se atiendan y requieran, hallamos que concurren en nuestros Indios, por su humilde, servil y rendida condición, de la cual dexo dicho ya dicho tanto en los capítulos pasados y añaden más a cada paso infinitos autores”.*²³¹

Esta concepción de los habitantes de las Indias continuará vigente bien entrado el siglo XVIII, y sólo cambiará lentamente a fines de dicha centuria con el triunfo de los postulados de la Ilustración y particularmente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

²²⁹ Fray Francisco de Vitoria; “*Relectio de Indiis*”; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, págs. 97 y 98.

²³⁰ Oliveros, Martha Norma; “*La Construcción jurídica*”, Op. Cit., pág. 124.

²³¹ Juan de Solórzano Pereyra, “*Política Indiana*, Libro II, Capítulo XXVIII, pág. 230 y s.s.

d) El Derecho Canónico.

Formando parte de la normativa vigente para las Indias, estará el Derecho canónico, entendido en la época no sólo como el cuerpo de normas eclesiásticas, sino de toda la Cristiandad.²³²

El mismo estaba compuesto por el denominado “*Corpus Iuris Canonici*”, compuesto por un heterogéneo sistema de fuentes basado en el Decreto de Graciano (del siglo XII); las Decretales de Gregorio IX(1234); el Liber Sextus de Bonifacio VIII; las Clementinas de 1317, las Extravagantes de Juan XXII, y las extravagantes Comunes (del año 1500, de Alejandro VI); serán el derecho Canónico Pontificio o universal.²³³

Recordemos que tres fueron las Bulas de Donación, por las cuales el Sumo Pontífice otorgó a los Reyes Católicos el dominio sobre el Nuevo Mundo: la bula *Inter Caetera* del 3 de mayo de 1493, por la que se les concede a los Reyes Católicos la soberanía sobre las tierras recién descubiertas; la *Inter Caetera* del 4 de mayo de 1493, donde se delimitan las zonas de conquista correspondientes a castellanos y a portugueses, y, por último, una tercera bula denominada *Eximiae Devotionis*, del de mayo de 1493, por la que se conceden a los monarcas una serie de privilegios a cambio de la evangelización.²³⁴

²³² Respecto a este tema ver: Hera Pérez Cuesta, Alberto de la; “*La Monarchia catholica española*”, Anuario de Historia del Derecho Español; N.º 67, Madrid, 1997; ISSN 0304-4319, págs. 661-676;

Terráneo, Sebastián; “*Derecho Canónico Indiano: una hipótesis sobre su naturaleza y contenido*”; Revista de Historia del Derecho, N.º 46, INHIDE, Buenos Aires, julio-diciembre 2013; págs 99 a 110.

²³³ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval* cit. pág. 209 y Manlio Bellomo, Op. Cit., pág. 175 a 177.

²³⁴ Levene, Ricardo; “*Introducción a la historia del Derecho indiano*”; V. Abeledo, Buenos Aires, 1924, págs. 226/227. Las donaciones pontificas tienen su antecedente en la Bula, *Romanus Pontifex*, otorgada por el papa Nicolás V (1455) a Alfonso V de Portugal, con ocasión del descubrimiento del paso por Guinea en África; facultándolo a continuar con la navegación y el comercio, con la capacidad de conquistar y someter a los musulmanes habitantes de esos territorios. Dicha Bula fue confirmada por otra llamada *Inter Caetera*, de Calixto III (1456), y por último la *Aeterni Regis*, de Sixto IV (1481).

La Bula *Universalis Ecclesiae regimini*, dada el 28 de julio de 1508 por Julio II, será la base de lo que se denominó posteriormente Real Patronato; que era la facultad del monarca de disponer sobre el nombramiento de eclesiásticos en sus territorios de ultramar, será plasmada en el Libro I, Título VI de la Recopilación.²³⁵

No solo nombramientos eclesiásticos, sino conocer en materia de sedevacantes, alcance de la jurisdicción real, tributos eclesiásticos. No podía erigirse ninguna diócesis, convento, hospital o monasterio sin previa licencia del Monarca. Extendiéndose el mismo a los permisos o licencias que debían otorgar a los eclesiásticos para pasar al Nuevo Mundo. Es un derecho regio destinado a administrar la órbita eclesiástica del Nuevo Mundo.²³⁶

Por otra parte, y a partir de 1538, Carlos I dispuso que cualquier Bula o Breve pontificio: *“Si algunas Bulas o Breves se llevasen a nuestras Indias, que toquen a la gobernación de aquellas provincias, patronazgo y jurisdicción real, materias de indulgencias, sedevacantes o expolios y otras cualesquier de cualquier calidad que sean, si no constare que han sido presentados en nuestro Consejo de Indias.. y teniendo inconveniente, que obligue a suspender su ejecución, se suplique de ellos para nuestro muy Santo Padre, que siendo mejor informado, los mande revocar, y entre tanto, se provea el Consejo, que nos e ejecuten, ni se use de ellos...”*²³⁷

Por otra parte, se considera Derecho Canónico Indiano local o americano, las disposiciones de los Concilios o de las iglesias locales de cada región.

A partir del Concilio de Trento (1545-1563), por el cual queda reorganizada la fe Católica, se van a suceder los mismos en tierra americana.

Si bien las primeras Juntas Provinciales de la Nueva España, convocadas a instancias de Fray Juan de Zumárraga a partir de

²³⁵ Ley 1, tít., Libro I, Recopilación de Leyes de Indias.

²³⁶ Terráneo, Sebastián, “Derecho Canónico Indiano”; pág. 102.

²³⁷ Ley 2ª, tít. IX, Libro I, Recopilación de Leyes de Indias.

1532, no constituyen concilios en sí; fue a partir del primero, convocado en la ciudad de Lima en 1551 por Fray Gerónimo de Loaiza (O.P.), que surgirá un verdadero derecho canónico criollo.

La importancia de los mismos estribará en que se harán cargo de la evangelización, trabajo de los indígenas, catecismo etcétera; particularmente a partir del Tercer Concilio Limense del año 1582, convocado a instancias de santo Toribio de Mogrovejo.

Del mismo surgirá el primer catecismo en lengua indígena, el cual debía ser traducido al quechua y al aymara, lenguas predominantes en la región.²³⁸

Posteriormente, los mismos serán regulados por el Título 8° del Libro I de la recopilación de Leyes de Indias; *pudiéndose celebrar de doce en doce años, si la santa sede Apostólica no mandare otras cosa; y si los obispos y arzobispos, no les pareciere que hay necesidad en más breve término.*²³⁹

Asimismo, las disposiciones particulares de las autoridades eclesiásticas, obispos, cabildos eclesiásticos, serán parte de ése nuevo derecho canónico de Indias.

d) El reparto de los pueblos indígenas: las Encomiendas y las Doctrinas o Reducciones.

Teniendo en cuenta el fin evangelizador de la donación papal, como fuera consignado, y la calidad de persona de los indígenas, desde los inicios de la ocupación española se trató de enseñarles la doctrina cristiana.

La notoria incapacidad de los aborígenes para vivir con los españoles y sus pronunciadas diferencias culturales harán que hacia mediados del siglo XVI, tras un prolongado período de observaciones y esfuerzos para adaptarlos a las costumbres europeas, los teólogos y juristas por un lado, y la Corona

²³⁸ López Lamerain, Constanza, “El III Concilio de Lima y la conformación de una normativa evangelizadora para la Provincia Eclesiástica del Perú”; IntusLegere, Santiago de Chile, 2011, Número 5, Universidad Adolfo Ibañez; págs. 51 a 68.

²³⁹ Ley 1ª Tít. VIII, Libro I, Recopilación de Leyes de Indias.

comiencen – la segunda por consejo de los primeros – a dispensarles un trato diferencial, una protección jurídica especial, el status de miserable del que se consignó anteriormente.

Dos fueron las formas en que se procedió a evangelizar en el Nuevo Mundo, la primera de ellas fue a través del instituto de las encomiendas, la segunda a través de las denominadas reducciones o doctrinas.

Las primeras a cargo de particulares, generalmente conquistadores o primeros pobladores; las segundas a cargo de clérigos, mayoritariamente religiosos.²⁴⁰

Al momento del inicio de la ocupación castellana del Nuevo Mundo, y atento el fin evangelizador, la primera forma en que se procedió para el repartimiento de los pueblos indígenas fue el denominado sistemas de encomienda.

a) Las encomiendas.

Casi al mismo tiempo que los adelantados, surgen las encomiendas en tiempos de la Reconquista como una clase especial de señorío, en el cual se basaba en una cesión de carácter temporal o vitalicio, de un dominio, jurisdicción, castillo o determinados bienes hecha por el rey, señor o monasterio a una Orden Militar, caballero u otro noble a cambio de la guarda y defensa de los lugares, tierras o castillos que se efectuaban “*in commendam*” o “en encomienda”.

No sólo se efectuaban sobre bienes raíces sino que a mediados del siglo XV fue el resultado de la entrega voluntaria por parte de poblaciones o grupos de personas a la protección o “encomienda” del rey o de un magnate. El titular o señor de la encomienda era llamado “comendero” o “encomendero”, y Comendador en las Órdenes Militares.²⁴¹

Por lo tanto, la encomienda se constituyó en merced real hecha a favor de los conquistadores y pobladores o a sus descendientes, por el cual un número de indígenas o una población completa de ellos,

²⁴⁰ Ots Capdequí, José María, Op. Cit., pp. 26 y 27.

²⁴¹ García de Valdeavellano, Op. Cit., pp. 522 y 523.

se confiaba a la tutela de un español, el cual tenía la obligación de proveer al cuidado espiritual a través de la enseñanza de la Doctrina Cristiana por intermedio de los sacerdotes doctrineros, y cuidado temporal a través de vivienda, vestimenta y comida.

Como contraprestación, el encomendero se beneficiaba con los servicios personales de los aborígenes, o en su defecto con la percepción de tributos a los que éstos quedaban obligados.²⁴²

Al respecto, las Leyes de Indias establecerán que: *“luego que se haya hecho la pacificación, y sean los naturales reducidos á nuestra obediencia, como está ordenado por las leyes, que de esto tratan, el Adelantado, Governador, ó Pacificador, en quien esta facultad resida, reparta los Indios entre los pobladores, para que cada vno se encargue de los q fueren de su repartimiento, y los defienda, y ampare, proveyendo Ministro, que les enseñe la Doctrina Christiana, y administre los Sacramentos, guardando nuestro Patronazgo, y enseñe á vivir en policia, haziendo lo demás, que están obligados los Encomenderos en sus repartimentos, según se dispone en las leyes deste libro”*.²⁴³

El encomendero por su parte se encontraba comprometido con el rey, a prestar servicio militar con armas y caballos cuando para ello le fuera requerido, configurándose así un carácter privilegiado propio de un estamento particular que era el militar o nobiliario de la Edad Media.²⁴⁴

Por ésta última obligación, Juan de Solórzano encontrará analogías entre la encomienda de indios y los feudos y mayorazgos del medioevo español.²⁴⁵

²⁴² OtsCapdequí; J.M., Op. Cit.; Ibidem cita N.º 214.

²⁴³ Ley 1ª, Título VIII, Libro VI; Recopilación de Leyes de Indias.

²⁴⁴ García de Valdeavellano, Op. Cit. pág. 622. El servicio militar a caballo sólo estaba reservado a las clases nobiliarias, no a los simples vasallos.

²⁴⁵ Juan de Solórzano Pereira, Política Indiana, Lib. III., Cap. III, pág. 258 y s.s. El Libro III de dicha obra estará enteramente dedicado a la fundamentación de las encomiendas.



Encomendero cristiano del Reino del Perú

Felipe Huaman Poma de Ayala. Nueva crónica y buen gobierno, dibujo 222
manuscrito digitalizado en la Biblioteca real de Dinamarca, página 562:

<http://www5.kb.dk/permalink/2006/poma/562/es/text/?open=idm45821230451680&imagesize=XL>



Encomenderos piden china [criada], muchacho, ama, yanaconas [criados], labradores, ortelanos y pongo, despenseros de los yndios.

Felipe Huaman Poma de Ayala. Nueva crónica y buen gobierno, dibujo 223
manuscrito digitalizado en la Biblioteca real de Dinamarca, página 565:
<http://www5.kb.dk/permalink/2006/poma/565/es/text/?open=idm45821230451680&imagesize=XL>



Encomendero "Se hacen llevar en andas como Yngas, o santos en procesión".

Felipe Huaman Poma de Ayala. Nueva crónica y buen gobierno, dibujo 224 manuscrito digitalizado en la Biblioteca real de Dinamarca, página 568:
<http://www5.kb.dk/permalink/2006/poma/568/es/text/?open=idm45821230451680&imagesize=XL>



Encomendero le haze ahorcar al cacique prencipal don Juan Cayan Chire y por darle contento al encomendero le cuelga el corregidor.

Felipe Huaman Poma de Ayala. Nueva crónica y buen gobierno, dibujo 225
manuscrito digitalizado en la Biblioteca real de Dinamarca, página 571:

<http://www5.kb.dk/permalink/2006/poma/571/es/text/?open=idm45821230451680&imagesize=XL>

El primer repartimiento de indios fue instituido por el propio Cristóbal Colón en 1499 del que formaron parte 300 aborígenes, acto que no fue admitido por Isabel de Castilla que lo revocó en todos sus términos. A partir de allí el sistema de encomiendas continuó con marchas y contramarchas por parte de la Corona Española.

De una inicial postura contraria, basada en la libertad de los indígenas, se pasó gradualmente a un régimen de trabajo obligatorio y a la admisión consiguiente de la institución de la encomienda. A través de ella los conquistadores y pobladores con méritos acreditados, se vieron favorecidos con dichas mercedes, las que duraron al principio con carácter vitalicio extendiéndose a dos y hasta tres generaciones posteriores, vale decir hasta tres y cuatro vidas.²⁴⁶

En el orden doctrinal, los dominicos de la Isla Española fueron los primeros en censurar los repartimientos y encomiendas, destacándose Fray Antonio de Montesinos, siendo Bartolomé de las Casas el que con mayor fuerza criticó el sistema de encomiendas, creando con sus protestas un ambiente favorable que resultó en las Leyes Nuevas de 1542, a favor de los indígenas.²⁴⁷

Esta nueva posición tomada por la Monarquía, derivó en revueltas de los encomenderos de México y del Perú, quienes en 1545 lograron dejar sin efecto la normativa de 1542. La doctrina de las Casas, que se basaba en la libertad e igualdad humana, no aceptaba que en razones de virtudes económicas concernientes a la ocupación del Nuevo Mundo fuera necesario repartir indígenas a los españoles. Rechazaba las justificaciones económicas y políticas en nombre del principio filosófico de la igualdad de todos los seres libres y que la razón moral de los repartimientos y encomiendas constituían una esclavitud disfrazada.²⁴⁸

²⁴⁶ Ots Capdequí, José María, Op. Cit., pp. 32-33.

²⁴⁷ Levene, Ricardo; *“Introducción a la historia del Derecho indiano”*; Op. Cit., pp. 226-227.

²⁴⁸ Levene, Ricardo; *“Introducción a la historia del Derecho indiano”*; Op. Cit., pp. 207-210.

Más allá de los excesos e injusticias que sin duda el sistema implicó en casos particulares, las autoridades y la Corona Española regularon en forma minuciosa todo lo atinente a la encomienda, conforme lo dispuesto en el Título XVII, del Libro VI, de la Recopilación, en claro intento de evitar esos abusos.

Los gobernantes locales estaban obligados a realizar visitas periódicas a los pueblos de indios, a fin de supervisar el trato que los mismos recibían de los encomenderos, debiendo efectuar los consiguientes informes a las Audiencias.

En nuestros territorios dictaron ordenanzas con criterio tutelar los gobernadores Juan Ramírez de Velasco (1597) y Hernandarias de Saavedra (1598-1603), asignándosele al Oidor Francisco de Alfaro de la Audiencia de Charcas, la función de realizar una visita por el Río de la Plata, Paraguay, Tucumán y el Alto Perú a fin de verificar las situaciones de vida de los aborígenes. Intento sin éxito, dado la negativa por parte de los encomenderos del Paraguay a poner límites a sus encomiendas.²⁴⁹

Dicha visita dió como consecuencia una serie de Ordenanzas promulgadas en 1612 por las cuales: se reitera la supresión del trabajo servil; se establece que no podían ser trasladados a más de una legua de distancia de su residencia habitual; declara nula toda compraventa de indios, fijando que todos aquellos que hubiesen sido trasladados de una encomienda a otra serían devueltos a su lugar de origen.

Asimismo tenía previsto la libertad de elegir patrón, pero no podía comprometerse a servir al mismo más de un año; se estableció el pago de una tasa anual de cinco pesos que podían ser pagados en productos de tierra o, en su defecto, con treinta días de trabajo, debiendo encargarse del cobro el justicia mayor o los alcaldes; se reglamenta la formación de pueblos indígenas regidos por el alcalde indio; se reglamenta la mita, estableciéndose que la

²⁴⁹ Perusset, Macarena; “Reglamentación jurídica vs. usos y costumbres en el Paraguay colonial temprano (1542-1612)”;*Antíteses*, Vol. 2, N.º 4, jul.dez. de 2009, pp. 991-1010; p. 1001: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses>

remuneración no podía pagarse en especies y el mitayo debería ser atendido o enviado a su lugar de origen.²⁵⁰

En lo que respecta al Río de la Plata, la escasa población originaria de estas regiones impidió que se consolidara dicho sistema jurídico. Hacia 1620 el Gobernador Diego de Góngora efectuando el primer censo de aborígenes en ejido de Buenos Aires, dió como resultado 103 indios de servicio en la misma ciudad, y otros 668 distribuidos en las Reducciones de Bagual, Tubichaminí y Baradero; habiéndose despoblado la mayoría de ellos hacia fines del siglo XVII.

A principios del siglo XVIII sólo subsistían las reducciones de Santiago del Baradero, de indios Chanáes y la de Santa Cruz de los Quilmes al sur de la ciudad, habiéndose extinguido los últimos encomenderos tanto por la escasez de los encomendados como por la dispersión de los naturales en la campaña y la vuelta a su vida nómada.²⁵¹

Sólo subsistirán las encomiendas con alguna entidad en la provincia de Asunción, que hacia 1754 en un censo arroja la cantidad de 135 vecinos “feudatarios”, es decir titulares de encomiendas.²⁵²

2) Las Doctrinas o Reducciones.

La normativa respecto al establecimiento de las denominadas “Reducciones” o Doctrinas” de indios, tiene su fundamento en la disposición de Carlos I, por la cual: “... *con deseo de acertar en servicio de Dios, y nuestro, resolvieron que los indios fuesen*

²⁵⁰ Ruiz Rivera, Julián, “La Mita en los siglos XVI y XVII”, Op. Cit., págs. 3, 4; y Título XVII, Libro VI, Recopilación de Leyes de Indias.

²⁵¹ Birocco, Carlos María; “*Los indígenas de Buenos Aires a comienzos del siglo XVIII: los Reales Pueblos de Indios y la declinación de la encomienda*”; Revista de Indias, 2009; Vol. LXIX, núm. 247, pp. 83-104. Rodríguez, Rubén; La encomienda en el Río de la Plata Siglos XVI y XVII (1580-1650). Revista Cruz del Sur N° 13, San Isidro, 12 de octubre de 2007.

²⁵² Spangenberg, Ernesto; “Apuntes de un censo de encomenderos del Paraguay de 1754; Revista del Instituto Argentino de Ciencias Genealógicas N° 25, Buenos Aires, 1992 pág. 327 y s.s.

*reducidos a Pueblos, y no viviesen divididos y separados por la sierras y montes, privándose de todo beneficio espiritual y temporal, sin socorro de nuestros ministros, y del que obligan las necesidades humanas, que deben dar unos hombres a otros. Y por haberse reconocido la conveniencia de esta resolución por diferentes órdenes de los señores Reyes Nuestrros predecesores, fue encargado y mandado a los Virreyes, presidentes y Gobernadores, que con mucha templanza y moderación ejecutasen la reducción, población y doctrina de los indios...*²⁵³

Debiéndose nombrar para cada una de las reducciones ministros y personas de satisfacción, que sepan hablar el idioma de los naturales de la región; debiendo ser examinados por los prelados diocesanos en cuanto a las capacidades para ejercer dicho cargo.²⁵⁴

Los primeros religiosos que llegaron al Nuevo Mundo fueron los de la Orden Franciscana, siendo acompañados a principios del siglo XVI por Dominicos y Mercedarios.

En el caso de la Compañía de Jesús, la referida congregación religiosa, fundada en 1534 por el español Ignacio de Loyola, tendrá como fin la *"defensa y propagación dela fe, facilitando la extensión de la doctrina cristiana"*; en un difícil momento de la Iglesia Católica como lo era el de la reforma protestante. Servirá a la misma para restablecer la verdadera doctrina cristiana, y a partir del Concilio de Trento (1545 – 1563); uno de los instrumentos de la denominada *"Contrarreforma"*.²⁵⁵

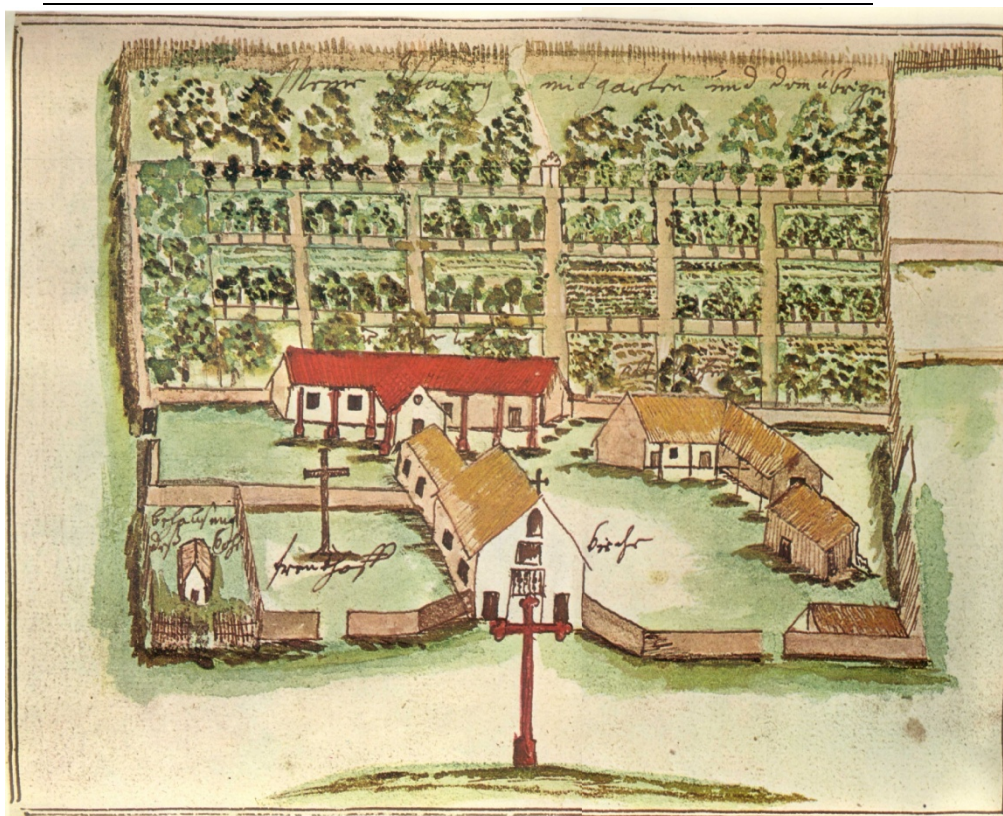
Hacia 1567 llegan los primeros misioneros de la Compañía de Jesús, a instancias de Francisco de Borja, General de la Compañía, comenzando el trabajo evangelizador en América; destacando que primero habían llegado a territorio brasilero, a instancias de José de Anchieta y con el apoyo de la corona portuguesa.²⁵⁶

²⁵³ Ley 1ª, Tít. III, Libro VI, R.R.L.L.I.I.

²⁵⁴ Ley III, Tít. III, Libro VI; y Ley VI, Tít. XV, Libro I R.R.L.L.I.I.

²⁵⁵ Egido, Teófanos y otros; *"Los Jesuitas en España y en el Mundo Hispánico"*; Marcial Pons, Madrid, 2004, Tomo único, 511 páginas, págs. 30/31.

²⁵⁶ Barrieza Sánchez, Javier; *"Los Jesuitas en España y en el Mundo Hispánico"*; Op. Cit., págs. 193 y s.s.



Florian Paucke: “Mi parroquia con huerta y lo demás. A la izquierda: Mi vivienda nueva. Vivienda del cocinero. Cementerio. A la derecha: antigua casa parroquial. Iglesia”. “Hacia allá y para acá: una estada entre los indios mocobíes (1749-1767)”, Tucumán 1942-1944, p 65.

Los religiosos debían prestar obediencia al obispo diocesano, debiendo los jesuitas tener particular respeto al papa, en cuanto al cuarto voto: “Yo, N.N., en presencia del Virgen María Madre de Dios, de los Santos del cielo y de todos los aquí reunidos, hago profesión y prometo a Dios todopoderoso y a ti, R.P. N.N., Prepósito General de la Compañía de Jesús representante de Dios, y a tus sucesores (o y a ti, R.P. N.N., [Provincial, Rector...]) representante de Dios en lugar del Prepósito General de la Compañía de Jesús y de sus sucesores), pobreza, castidad y

obediencia perpetua; y, conforme a dicha obediencia, una especial dedicación a la instrucción de los niños, de acuerdo con la forma de vida determinada en los Documentos Pontificios de la Compañía de Jesús y en sus Constituciones. Prometo además especial obediencia al Sumo Pontífice para cualquier misión a que se me envíe, según se expresa en los mismos Documentos Pontificios y Constituciones. En Roma (o en otra ciudad), en la Iglesia de ..., a ... (fecha)”.²⁵⁷



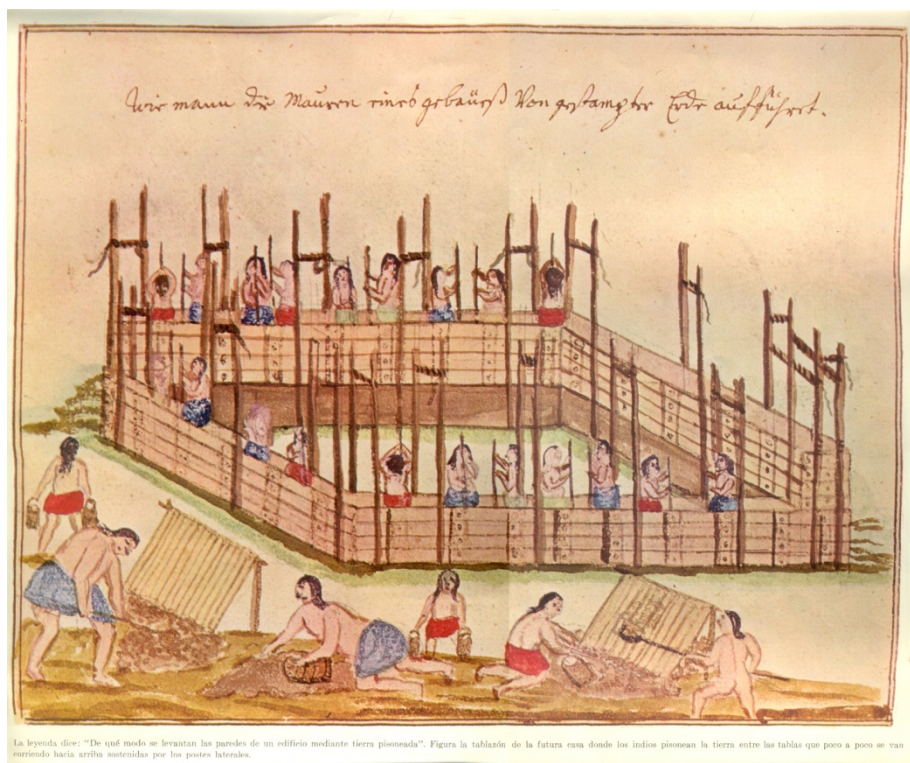
Florian Paucke. “Nuestro recibimiento. (dos leguas antes de llegar a la ciudad de Córdoba)” . “Hacia allá y para acá: una estada entre los indios mocobíes (1749-1767)”, Tucumán 1942-1944, p 31.

²⁵⁷ Aldama, Antonio M.; *Iniciación al estudio de las Constituciones*, Roma, C. I. S , 1979 196-199.

<http://www.documentacatholicaomnia.eu/>

En el caso de nuestro país, las misiones de la Compañía de Jesús se establecerán en los territorios de la cuenca del río Paraná, y actuales repúblicas del Paraguay y oeste del Brasil.

El régimen de las Doctrinas y Reducciones estará legislado en el Libro I, Títulos 14 y 15 de la Recopilación de Leyes de Indias; y fundamentado en el Capítulo XXIV de “*Política Indiana*”, de Juan de Solórzano.²⁵⁸



Florian Paucke. “De qué modo se levantan las paredes de un edificio mediante tierra apisonada” . “Hacia allá y para acá: una estada entre los indios mocobíes (1749-1767)”, Tucumán 1942-1944, p .

²⁵⁸ Libro I; Títulos XIV y XV de la Recopilación de Leyes de Indias y Solórzano Pereira, Juan de; “*Política Indiana*”; Op. Cit., Tomo I; Libro II; Capítulo XXIV; págs. 203 a 209.

Capítulo 5. El derecho de propiedad: la situación en los Reinos de Indias.

a) Antecedentes, República de Españoles y de Indios:

Al momento de la consolidación del Derecho Indiano, es decir hacia fines del siglo XVII con la Recopilación de Leyes de Indias; la normativa vigente se puede dividir en dos grandes grupos: la determinada para la República de Indios y para la República de Españoles; entendiéndose por República, según nos refiere Abelardo Levaggi, en términos de comunidad política y estado.²⁵⁹

Con el mismo criterio, será adoptado el concepto en la Recopilación de Indias, en su Libro III; y refiriéndose Juan de Solórzano que: las dos repúblicas “*así en lo espiritual, como en lo temporal, se hallan hoy unidas, y hacen un cuerpo*” (libro II, cap. 5, n° 11), aludiendo más adelante a “*dos Repúblicas, que mezcladas ya, constituyen Españoles e Indios*”.²⁶⁰

Esto es importante definir, ya que la forma en que la Corona haga el reparto de tierras será diferente según se pertenezca a una u otra de las Repúblicas.

La soberanía plena del monarca castellano estaba fundada en virtud de las Bulas de Donación de Alejandro VI, y en particular el Breve Inter Caetera de 1493, que establecía que: “*con la autoridad de Dios Omnipotente que detentamos en la tierra que fue concedida al bienaventurado Pedro como Vicario de Jesucristo, a tenor de las presentes, os donamos concedemos asignamos perpetuamente, a vosotros y a vuestros herederos y sucesores en*

²⁵⁹ Levaggi, Abelardo; “*República de Indios y república de españoles en los Reinos de Indias*”; Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N.º XXIII; Valparaíso, 2001; pps 419-420, pag. 424.

²⁶⁰ *Los virreyes, y presidentes gobernadores hagan recoger, y reconocer las ordenanzas, que hubieren hecho sus antecesores para el bueno y político gobierno de las Repúblicas, y Comunidades de los Indios, y se informen del modo y forma con que se han guardado, y guardan. Ref.L. lxiv, T. iii., L. III R.R.L.L.I.I. y Solórzano Pereyra, “Política indiana”; Op. Cit., libro II, Cap. 5, N.º 11, y Cap. 15 N.º 3.*

*los reinos de Castilla y León, toda y cada una de las islas tierras predichas y desconocidas que hasta el momento han sido halladas por vuestros enviados y las que se encontrasen en el futuro... ”*²⁶¹

Más allá de la donación apostólica, habrá una profusa justificación de la misma, tanto por parte de teólogos y juristas.

Estando en cabeza del monarca la propiedad plena de las Indias, suya será la facultad del reparto de las tierras. No olvidemos que las Indias, fueron continuadoras de las múltiples instituciones del Reino de Castilla, por pertenecer a dicha monarquía con carácter de “señorío”.²⁶²

Dicho régimen caracterizaba a “una organización económica, social y jurídica derivada de las relaciones de dependencia personal o territorial que vinculan a los habitantes de un gran dominio o señorío al “dominus” o “señor” de este. En el gran dominio o señorío territorial, el señor une al poder dominical sobre sus tierras, otras facultades y derechos sobre los pobladores de las mismas.”²⁶³

La adquisición de señoríos, en la Edad Media, se podía hacer por la sumisión de su titular a otro reino (sistema típico del régimen feudal), o bien mediante la concesión hecha por una autoridad superior.

Esta última circunstancia fue la que se suscitó en estas tierras, gracias a los múltiples “actos de concesión” que fueron las Bulas otorgadas por el Papa Alejandro VI, como se consignó anteriormente.

Respecto al ámbito público y privado de los pobladores del Nuevo Mundo, estará vigente lo dispuesto en la Ley 2^a, del título I del Libro II de la Recopilación de leyes de Indias de 1680; que limitará el accionar de los mismos a la autoridad real en el ámbito

²⁶¹ Documentos para el estudio de la historia de la Iglesia en Latinoamérica, Op. Cit., Breve Inter caetera, 3 de mayo de 1493.

<http://webs.advance.com.ar/pfernando/DocsIglLA/AlejVI-InterCoetera.html>

²⁶² Zorraquín Becú, Ricardo; “La Condición Política de las Indias”; en Revista del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; N° 2; Buenos Aires, 1972.

²⁶³ Luis García de Valdeavellano; “Curso de Historia de las Instituciones Españolas”; Op. Cit., p. 581.

público, y en lo privado al ámbito de las Leyes de las Cortes de Toro de 1505.²⁶⁴

En cuanto a los derechos de los particulares, recordemos que fueron de hondo arraigo peninsular el sistema de fueros, entendidos tales como: *”cada uno de los privilegios y exenciones que se conceden a una provincia, ciudad o persona.”*²⁶⁵

En el Nuevo Mundo se continuará en función de las “calidades”, o status social de cada individuo, es decir estarán subordinados a la persona y siendo ésta una característica particular a todo el derecho imperante en Europa para la misma época.

La pervivencia de las normas forales será la continuación en tierras indianas de la sociedad estamental europea, casi hasta el final de la dominación hispana. En efecto, la aplicación de distintos tipos de fueros se observará a lo largo de todo el período, en casos en que los imputados sean clérigos, militares, comerciantes o nobles.

Estos requisitos previos serán de suma importancia a la hora de otorgar concesiones y mercedes de tierras, ya que cada persona será juzgado según las normas de su “estamento” y cada circunstancia específica; hecho que se hará extensible a los indígenas.

Nos refiere José María Mariluz Urquijo que, el fundamento de la facultad regia para el reparto de tierras estará consolidado en la Ley XIV, Título XII, Libro IV de la Recopilación en cuanto prevé que: *“por habernos sucedido enteramente en el señorío de las Indios, y pertenecer a nuestro patrimonio y Corona real los baldíos, suelos y tierras, que no estuvieren concedidos por los señores reyes nuestros predecesores, o por Nos, o en nuestro nombre, conviene que toda la tierra que se posee sin justos ni verdaderos títulos, senos restituya según y como nos pertenece, para que reservando*

²⁶⁴ *“Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones, u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios, y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar.”* Ley 2ª; Título I, Libro II; R.R.L.L.I.I.

²⁶⁵ Escriche, Joaquín, *“Diccionario Razonado...”* Op. Cit., pág. 242.

ante todas cosas lo que a Nos , o a los virreyes Audiencias y Gobernadores pareciere necesario para plazas, ejidos, propios, pastos y baldíos de los lugares y concejos que están poblados; así por lo que toca al estado presente en que se hallan: como al porvenir y al aumento que pueden tener, y repartiendo a los indios lo que buenamente hubieren menester para labrar y hacer sus sementeras y crianzas, confirmándoles en lo que ahora tienen, y dándoles de nuevo lo necesario , toda la demás tierras, quede y esté libre y desembarazada para hacer merced y disponer de ella a nuestra voluntad.”²⁶⁶

La propiedad de la tierra será la única fuente de riqueza y de prestigio, en un ámbito que se presentaba hostil para el establecimiento de pobladores; más en el caso de lo que será en el futuro la república Argentina.²⁶⁷

b) Las tierras en la República de Españoles: Mercedes de Tierras, Composiciones y expropiaciones.

La corona, a fin de incentivar el establecimiento de peninsulares en el Nuevo Mundo, establecerá un sistema premial, en cuanto a los participantes de la ocupación de las tierras. El mismo será a través de: a) Mercedes de tierras y de aguas; y b) Mercedes de minas; d) Encomiendas de indígenas; e) Repartimientos de cargos y oficios.

En lo que atañe a nuestra investigación, consideramos que corresponde analizar la situación de los casos de mercedes de tierras y minas, ya que las encomiendas y reparto de oficios no son derecho real alguno.

Un caso aparte se dará con las tierras que no pertenecían a ningún particular, sino a la Corona o al ejido urbano, y las que conformará la denominada “*Comunidad de pastos y montes*”, de uso común por todos los pobladores.

²⁶⁶ L. XIV, T. XII., L. IV R.R.L.L.I.I., y Mariluz Urquijo, Op. Cit. pág. 22.

²⁶⁷ García, Juan Agustín, “*La ciudad Indiana*”; Edit. Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1933, T. único, 352 págs., pág. 21 y s.s.

1. Mercedes de Tierras.

Las mismas eran ciertas cantidades y extensiones de tierras, que la corona entregaba a un español, que había realizado actos de importancia en la ocupación de un territorio.

Esta facultad estaba prevista en las capitulaciones, y reservada al principio de la conquista, en los jefes militares de las expediciones, particularmente los adelantados y descubridores. Habitualmente se efectuará al fundarse una nueva población, o a medida que se vayan presentando nuevos interesados.²⁶⁸

Dicha facultad estaba en cabeza del rey, ejerciendo una delegación de la misma, en sus representantes naturales en Indias: Virreyes, Gobernadores, Adelantados. Para el momento de la Recopilación (1680), la misma estará reservada a los Virreyes y Presidentes de Audiencia; y en cuanto al ejido urbano, a los cabildos de cada jurisdicción.²⁶⁹

En todas ellas, al principio de la ocupación y fundación de ciudades, no se hará distinción en cuanto que fueran españoles, “*sin acepción de personas*”, indios, mestizos o negros. Por ejemplo, del reparto de solares por Juan de Garay en 1580 en la fundación de Buenos Aires, solo once de los primeros pobladores eran peninsulares, siendo cincuenta y dos “*mancebos de la tierra*”, o mestizos.²⁷⁰

Posteriormente, se dará preferencia a los primeros pobladores de cada región; y a los regidores que no tuvieran propiedades; debiendo consultar la Audiencia con el cabildo respectivo, antes de proceder al reparto.²⁷¹

Juan Agustín García nos refiere que Juan de Garay fue el que efectuó el primero y único gran reparto de tierras del ejido de

²⁶⁸ Mariluz Urquijo, op. cit. pág 33 y s.s.

²⁶⁹ Leyes 4ª y 5ª; Título XII, Libro IV, R.R.L.L.I.I.

²⁷⁰ Ley VII, T. XII. Libro IV Recopilación Leyes de Indias y Lima Glez. Bonorino, Jorge, y Lux-Wurm, Carlos; “*Colección de documentos sobre los conquistadores y pobladores del Río de la Plata*”; Revista del Instituto Histórico Municipal de San Isidro, San Isidro, 2001, Tomo único, 282 págs., págs. 166 a 173.

²⁷¹ L. IV R.R.L.L.I.I., Recopilación Leyes de Indias.

Buenos Aires, dejando una gran extensión de las mismas en un radio de diecinueve leguas de sur a norte, por setenta de este a oeste. Las posteriores mercedes de tierras, lo serán de campos abandonados o nunca ocupados por sus dueños.²⁷²

Cabe destacar que estos primeros pobladores, se los denominará: “*beneméritos de Indias*”, quienes ocuparan los cargos de mayor importancia durante los dos primeros siglos de la ocupación española, y hasta mediados del siglo XVIII.

En una sociedad estamental como la indiana, era fundamental establecer las jerarquías, a fin del correcto gobierno. Al no existir distinción de estados, la supuesta condición nobiliaria de los mismos se manifestará a través de prerrogativas honoríficas tales como preferencia en los cargos municipales, portación de armas u obtención de mercedes de tierra y encomiendas de indios.²⁷³

Con posterioridad, la Real Ordenanza de Intendentes de 1782, estableció que las peticiones de tierra se presentasen ante los Intendentes para que estos decidiesen con la apelación a la Junta Superior de la real Hacienda; llegando a delegar el Virrey, en su calidad de Superintendente de la Real Hacienda, en determinados comisionados en la campaña dicha misión a fin de establecer nuevos centros poblados.²⁷⁴

²⁷² García Juan Agustín, “*La ciudad Indiana*”; Op. Cit., págs. 22 a 23.

²⁷³ La Real Ordenanza de Poblaciones, de Don Felipe II de 1573, estableció que: “*Por honrar las personas, hijos y descendientes legítimos que se obligaren a hacer población, y la hubieren acabado, les haceos hijosdalgo de solar conocido, para que en aquella población, y otras cualesquier partes de las Indias, sea hijosdalgo, y personas nobles de linaje y solar conocido, y por tales sean habidos y tenidos, y les concedemos todas las honras y preeminencias que deven haber y gozar todos los hijosdalgo y caballeros destos Reynos de castilla, según fueros y costumbres de España. conf. Ley vi, L. IV, vi, 6. RRLLII* Lira Montt, Luis, “*Los beneméritos de Indias y la gestación de la nobleza en América; Revista de Historia del Derecho N.º 26, Inst. Invs. del Derecho, Buenos Aires 1998; pág. 239.*

²⁷⁴ *Real Ordenanza de Intendentes para el Río de la Plata, Artículo LXXVIII. También serán los Intendentes Jueces privativos de las dependencias y causas que ocurrieren en el distrito de sus Provincias sobre ventas, composiciones y repartimientos de tierras Realengas y de Señorío, debiendo los poseedores, y los que pretendan nuevas concesiones de ellas, deducir sus derechos, y formalizar*

La solicitud de reparto de tierras se hacía ante el cabildo de la ciudad o villa, el cual debía nombrar dos regidores, que se expedían acerca de la conveniencia o no de efectuar la merced. Este dictamen debía ser presentado ante el Virrey o Presidente de la Audiencia, o en su defecto ante el gobernador; y si era favorable, debía emitirse la concesión, siendo refrendada por la firma de todos los regidores del cabildo, por ante el escribano del mismos y dejando constancia en los libros pertinentes.²⁷⁵

Con posterioridad a los repartos de las primeras fundaciones, será frecuente que los cabildos efectúen ventas de tierra o subasta de las mismas, “*sacándolas a pregón y rematándolas en publica almoneda, como lo demás hacienda nuestra, mirando siempre por el bien de los indios.*”²⁷⁶

En el caso de los repartos a título gratuito, los mismos debían pagar el llamado derecho de “*Media Annata*”; que consistía en el pago de la media anualidad de su retribución, que toda persona designada para un cargo público debía hacer a la Real Hacienda. Esto mismo era extensible a todo aquello otorgado por el rey como merced, se diera como premio o no.²⁷⁷

sus solicitudes ante los mismos Intendentes para que, instruidos legítimamente estos negocios con un Promotor de mi Real Fisco que nombren, los determinen, según derecho, con dictamen de sus Asesores ordinarios, y admitan las apelaciones á la Junta Superior de Hacienda, ó la den cuenta, en defecto de interponer recurso los Interesados, con los autos originales quando los estimen en estado de despachar el Título, á fin de que, vistos por ella, se los devuelva, ó bien para que le expidan sino se la ofreciere reparo, ó para que, antes de ejecutarlo, evacúen las diligencias que echare menos la Junta y les previniere: mediante lo qual podrán recaer sin nuevos embarazos las confirmaciones correspondientes, que libraré á su debido tiempo la misma Junta Superior, procediendo ésta en el asunto, como también los Intendentes, sus Subdelegados y demás, con arreglo á lo dispuesto en la Real Instrucción de 15 de Octubre de 1754 en quanto no se oponga á lo resuelto por ésta, sin perder de vista las saludables disposiciones dé las leyes que en ellas se citan, y de la 9 tít. 12 lib. 4.

y Mariluz Urquijo, Op. Cit., pág. 35 y s.s

²⁷⁵ Ley 8º, T. XII, L. IV R.R.L.L.I.I.

²⁷⁶ Ley 16, T. XII, L. IV R.R.L.L.I.I.

²⁷⁷ Rodríguez Vicente, M^a Encarnación; “*El derecho de Media anata*”, en VI Congreso del Inst. Int. de Historia del Derecho Indiano; Inst. Coop. Iberoamericana Edit., Valladolid, 1986, T. U. pág. 465.

Generalmente los repartos a título gratuito se darán en la campaña, especialmente en lugares fronterizos con los indios, o cerca de dominios extranjeros.²⁷⁸

Requisitos de las mercedes de tierras:

Los requisitos para la obtención de las mismas, aparte de las calidades personales consignadas, serán la confirmación real y la ocupación fehaciente de la merced.

Respecto de la confirmación real, la Ley 16 del Título XII, la exigirá para las tierras dadas o vendidas por las autoridades locales, hecho que será verificado por los Fiscales de la Real Audiencia, o los representantes de la Junta de Hacienda de cada jurisdicción.²⁷⁹

Esta circunstancia será derogada por la real Instrucción de 1754, que en caso de provincias y sitios distantes, delegaba esa facultad de la Audiencia en los gobernadores con acuerdo de los oficiales reales y el asesor letrado.²⁸⁰

Esa misma facultad será asumida con posterioridad, por la Junta Real de Hacienda, según lo dispuesto por el Artículo 78° de la Real Ordenanza de Intendentes de 1782.²⁸¹

En cuanto a la condición principal, era la de tomar posesión de la misma, dentro de los tres meses, y cultivarla, bajo pena de perder dicha merced.²⁸²

²⁷⁸ Ejemplo de ello serían, el establecimiento del Fortín de San Antonio de Areco, hacia 1730, en la Provincia de Buenos Aires, y la fundación de la ciudad de Montevideo en la Banda Oriental en 1724, a instancias del Cabildo de Buenos Aires. MariluzUrquijo, Op. Cit., pág. 56.

²⁷⁹ Conf. Ley 16, T. XII, L. IV R.R.L.L.I.I.

²⁸⁰ MariluzUrquijo, Op. Cit., pág. 37.

²⁸¹ Conf. Real Ordenanza de Intendentes del Rio de la Plata citada, artículo LXXVIII.

²⁸² “Los vecinos y moradores a quien se hiciere repartimiento de tierras, sean obligados dentro de los tres meses, que les fueren señalados, a tomar la posesión de ellas y plantar todas las lindes y confines... Si no tuvieren puestas las dichas plantas, pierdan la tierra, para que se pueda proveer y dar a otro cualquier poblador, lo cual no solamente haya lugar en las tierras, sino en los pueblos y zanjas que estuvieren y hubiere en los límites de cada ciudad o villa” conf. Ley 11, T. XII, L. IV R.R.L.L.I.I.; y OtsCapdequí, José M; “El Estado español en las Indias”; Op. Cit., pág. 139.

Los poseedores estaban facultados, a partir de los cuatro años, a venderlos y enajenarlos libremente, arrendarla, heredarla, etc...

2. Composición y expropiación.

Respecto de los poseedores de tierras sin títulos, procedió lo que se denominó como “composición”; a tal efecto la normativa expresó en su Artículo 15º: *“Considerando el mayor beneficio de nuestros vasallos, ordenamos y mandamos a los Virreyes y Presidentes Gobernadores que en las tierras compuestas por sus antecesores, no innoven, dejando a los dueños en su pacífica posesión; y los que se hubiesen introducido y usurpado más de los que les pertenece, conforme a las medidas, sean admitidos en cuanto al exceso a moderada composición y se les despachen nuevos títulos.”*²⁸³

Solorzano justifica la composición, alegando que: *“Aunque sin embargo... ya han pasado cuarenta años, o tanto tiempo, que se pueda tener por largo, sobre la posesión y labranza de los particulares en esas tierras, ora sea con un título o sin él, se suele por tener por mas seguro y acertado disimular con el los pasado y poner mejor cobro en lo de adelante y no andar inquietando y contristando a los poseedores ... sino de obligarles a que sirvan con alguna y honesta composición...”*²⁸⁴

También contemplaba la misma norma, la situación de tierras otorgadas por ministros o funcionarios sin facultad para repartirlas, y los requisitos para ser confirmados en su posesión, y se les *“conserven y sean amparados en la posesión dentro de los limites en ella contenidos; y en cuanto hubieran excedido sean admitidos al beneficio de esta ley.”*²⁸⁵

En caso de las tierras, baldíos y suelos que no tienen ningún legítimo dueño, se supone que las misma son propiedad el rey, por

²⁸³ Conf. Ley 15, T. XII, L. IV R.R.L.L.I.I.

²⁸⁴ Solórzano, Política Indiana, Tomo II; Libro VI, Capitulo XII, pág. 993.

²⁸⁵ Conf. Ley 15, T. XII, L. IV R.R.L.L.I.I.

lo que se manda y ordena su restitución, para su posterior aprovechamiento por los lugares y concejos que están poblados.²⁸⁶

En el caso de tierras por componer, asimismo, está prevista su venta en remate público y a pregón, conforme las Leyes y Pragmáticas de Castilla.²⁸⁷

Las Leyes de Castilla regirán para todas cuestiones entre particulares como compraventas, arrendamientos, hipotecas, etc...

3. Los Mayorazgos:

Un capítulo aparte en tierras americanas será el caso de los mayorazgos, entendido como tales el conjunto de bienes, generalmente inmuebles, que forman parte del acervo pecuniario de una familia, a los que se les aplica un orden especial de sucesión, diferente del régimen habitual, y fuera del tracto comercial habitual.²⁸⁸

Generalmente en cabeza del hijo primogénito de la familia, impone un sistema sucesorio distinto, que deja de lado a los herederos forzosos del causante; que suponía la inmovilización de cierta masa de bienes, los cuales componen el mayorazgo, y que serán conocidos como de “*manos muertas*”, ante la imposibilidad de formar parte del común tracto comercial.

Contemplado el instituto en las Leyes de Partida, y recogiendo prácticas preexistentes, autorizarán a que por testamento se prohíba que el sucesor enajene un castillo o torre o casa o viña u otra cosa invocando alguna razón atendible como por ejemplo el deseo de ser “*siempre más honrado o más tenido*”.²⁸⁹

Los mayorazgos se consolidarán y tendrán nuevo impulso a partir de las Leyes de Toro de 1505; por las cuales dispondrán la exigencia de licencia real cuando el establecimiento del mayorazgo afecte a la legítima de los herederos forzosos, pero no cuando se

²⁸⁶ Conf. Ley 14, T. XII, L. IV R.R.L.L.I.I.

²⁸⁷ Ots Capdequí, Op. Cit., pág. 141.

²⁸⁸ Mariluz Urquijo, Op. Cit., pág. 142 y s.s.

²⁸⁹ Part. V, tít. V, ley 44. y Mariluz Urquijo, Op. Cit., págs. 142 y s.s.

constituye sobre el quinto y mejora del tercio que son de libre disposición del fundador del mismo.²⁹⁰

Esta institución será autorizada en las Indias, conforme lo dispusiera la Ley 24 del libro IV, Título III; “*Al que hubiere cumplido con su asiento y hecho población conforme a lo capitulado, le damos licencia y facultad para fundar mayorazgo, o mayorazgos de lo que hubiese edificado, y de la parte que del termino s eles conde, y en el hubiere plantado y edificado, y más las minas de oro y plata y potros mineros y salinas y pesquerías de perlas.*”²⁹¹

Esto a condición que pagaren a la corona el quinto, libre de toda costa, y dando traslado a la Audiencia de le jurisdicción de la que se tratare.

Para su constitución era necesario licencia real, y podía hacerse por testamento; agregándose a partir del siglo XVII la obligación del pago de la media Annata.

El instituto tuvo vigencia en los Virreinos de Nueva España y Perú, lugar de asentamiento de una incipiente aristocracia americana; no así en nuestro territorio, salvo en el denominado Alto Perú, y en cabeza de diversas familias nobiliarias.²⁹²

Tuvieron particular trascendencia los mayorazgos que se establecieron en las familias de los descendientes de Moctezuma en México y de los Incas en el Perú.

En nuestro país sólo se contabilizaron cuatro de ellos, habiendo sido totalmente abolidos por la Asamblea de 1813.²⁹³

²⁹⁰ MariluzUrquijo, Op. Cit., pág. 142 y s.s.

²⁹¹ Ley 24, T. III., L. IV R.R.L.L.I.I.

²⁹² Núñez y Ruiz Díaz, Sergio R., “El pago del derecho de Lanzas en el Virreinato del Río de la Plata, siglos XVIII-XIX; en Revista Cruz de Sur, 2011, año I, núm. 1 Págs. 203-244, ISSN: 2250-4478
www.revistacruzdelosur.com.ar/2FNumeros_001-010%2FRHCZDS-00100-portada.pdf&usg=AOvVaw2SayrRsjpZW5eWNmHd9INu

²⁹³ MariluzUrquijo, Op. Cit., pág. 151.

4. Mercedes de minas.

El señorío o dominio del rey sobre cualesquier tipo de minas, fue establecido por la que al parecer fue la primera disposición castellana sobre la materia, la ley 47, título XXXII, del Ordenamiento de Alcalá de Henares en 1348: *“Todas las mineras de oro, e de plata, e de plomo, e de otra guisa que cualquier minera sea en el sennorio del Rey, ninguno non sea osado de labrar en ella sin mandado del Rey”*. La Nueva Recopilación de 1567 la replica en la ley 2, título XIII, libro VI, con el siguiente agregado: *“...por ende ninguno sea osado de labrar sin nuestra especial licencia y mandado y asimismo las fuentes y pilas y pozos salados que son para hacer sal nos pertenecen por ende que recudan a nos con las rentas de todo ello, y ninguno sea osado de entremeterse en ellas, salvo aquellos a quienes los reyes pasados nuestros progenitores o nos lo hubiésemos dado por privilegio o las hubiesen ganado por tiempo inmemorial”*.²⁹⁴

Respecto a las mercedes de minas el Emperador don Carlos dictó en Granada el 9 de diciembre de 1526 la ley ratificada por su hijo el rey Felipe II el 19 de junio de 1568, que fue incorporada en la Recopilación de Leyes de Indias, Libro IV, Título XIX, que disponía *“Es nuestra merced, y voluntad que todas las personas de cualquier estado, condición, preminencia o dignidad, españoles e indios, nuestros vasallos, puedan sacar oro, plata, azogue y otros metales por sus personas, criados o esclavos en todas las minas que hallaren o donde quisieren, y por bien tuvieren, y los coger y labrar libremente sin ningún género de impedimento.”*

El límite estará impuesto en la misma norma en cuanto no resulte perjuicio a los indios, ni a otro tercero, extendiéndose la

²⁹⁴ Ordenamiento de Alcalá de Henares, Ley XLVII Que fabla de las mineras de oro, e de plata e de plomo que son del Rey. Por don Joachim de Ibarra, impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1774, p 134. Recopilación de las leyes del Reino, Alcalá de Henares, 1581, Segunda parte, Alcalá de Henares, 1598, Folio 30.

misma a las autoridades principales, y a los que estuviera específicamente prohibido hacerlo.²⁹⁵

Respecto de la titularidad de las mismas, eran de aplicación las disposiciones generales respecto de la obtención de mercedes de tierras; quedando reguladas las exenciones y privilegios de los mineros y azogueros en el Título XX del citado Libro IV de la Recopilación.²⁹⁶

5. Ejido Urbano:

Nos refiere Mariluz Urquijo, que en las Ordenanzas de Población de 1573 de Felipe II; se estableció que: *“Señálese a la población ejido en tan corriente cantidad que aunque la población vaya en mucho crecimiento siempre quede bastante espacio adonde la gente se pueda salir a recrear y salir los ganados sin que hagan daño.”*²⁹⁷

Asimismo se estableció que: *“de labor de que se hagan suertes en la cantidad que se ofreciere de manera que sean tantas como los solares que puede haber en la población y si hubiere tierras de regadío se haga de las suertes y se repartan en la misma proporción a los primeros pobladores por sus suertes y los demás queden para nos. Confinando con los ejidos se señalen dehesas para los bueyes de labor y para los caballos y para los ganados de la carnicería y para el numero ordinario de ganados que los pobladores por ordenanza han de tener y en alguna buena cantidad más para que se acojan para propios del concejo y lo restante se señale en tierras para que hagamos merced a los que después fueren a poblar”*.

Y por último; que: *“En las tierras de labor repartidas luego inmediatamente siembren los pobladores todas las semillas que llevaren y pudieren haber para lo cual conviene que vayan muy*

²⁹⁵ RR.LL.II., L. IV, T. XIX, Ley 1ª. Ibídem anterior, comprende en la prohibición a los ministros, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y tenientes letrados, alcaldes y escribanos de minas.

²⁹⁶ RR.LL.II., L. IV, T. XX.

²⁹⁷ Mariluz Urquijo, José María, Op. Cit., pág. 65. Capítulo n° 129 de Ordenanzas de Población de 1573.

*proveídos y en la dehesa señaladamente todo el ganado que llevaren y pudieren juntar para que luego se comience a criar y multiplicar.*²⁹⁸

Lo importante de estas ordenanzas, más allá de la organización poblacional que se va a imprimir en el Nuevo Mundo, es que establecerá una matriz similar en todo el continente, y permitirá la homogeneización de la ciudad indiana, una nueva forma de ocupación del territorio a través de la pacificación.²⁹⁹

Las mismas formaran parte de la Recopilación en el Título VII del Libro IV, concretamente en las Leyes 13 y 14.

6) Comunidad de pastos y montes:

Como se consignó anteriormente, la denominada “*Comunidad de pastos y montes*”, será de uso común por todos los pobladores; siendo el predio existente más allá del ejido urbano, siendo su exclusivo titular la Corona.

Al respecto la Ley 5ª del Título XVII, del Libro IV de la Recopilación establecerá que. “*Mandamos que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las Provincias de las Indias sea común a todos los vecinos de ella, que ahora son y después fueren, para que los puedan gozar libremente y hacer junto a aquel buhío sus cabañas, traer allí los ganados, juntos y apartados.*”³⁰⁰

En un principio, esta disposición de Carlos I, fechada en Talavera en octubre de 1541, destinada para la ciudad de Santo Domingo en la Isla Española, estipulaba que dicho predio estaba comprendido más allá de diez leguas de la ciudad en circunferencia; siendo el predio interno considerado ejido urbano.

Los pastos, montes y aguas de las Provincias de las Indias, son considerados por Solórzano como bienes de realengo, es decir

²⁹⁸ Ordenanzas de Población de 1573, Número 130 y 131.

²⁹⁹ Vas Mingo, María del Milagro; “*Las Ordenanzas de 1573, sus antecedentes y consecuencias*”; Revista Quinto Centenario, N.º 8, Universidad Complutense, Depto. de Historia de América; 83 – 102, pág. 93.

³⁰⁰ Ley 5ª, T. XVII, L. IV, RR.LL.II.

propiedad directa de la Corona, siendo en las inmediaciones de estas regiones donde se susciten los conflictos con los indígenas.³⁰¹

c) Las tierras en la República de Indios.

Los aborígenes, como se consignó, fueron reconocidos desde el principio, salvo casos excepcionales, como hombres libres y vasallos del Reino de Castilla; dándose como consecuencia una amplia capacidad de uso y posesión de las tierras que habitaban.

El principio general, establecido en la Recopilación será: *“Ordenamos, que la venta, beneficio y composición de tierras, se haga con tal atención, que a los indios se les dejen con sobra todas las que le pertenecieren, así en particular como en Comunidades, y las aguas y riegos; y las tierras en que hubiesen hecho acequias, u otro cualquier beneficio, con que por industria personal suya se hayan fertilizado, se reserven en primer lugar lugar y por ningún caso no se les pueden vender, ni enajenar, y los jueces que a esto fueren enviados, especifiquen los indios que hallaren en las tierras y las que dejaren a cada uno de los tributarios, viejos reservados, caciques, Gobernadores, ausentes y comunidades.”*³⁰²

Al respecto nos refiere Mariluz Urquijo, que ocurrió en territorio del Río de la Plata, al referirse a las instrucciones dadas al Adelantado Juan Ortiz de Zárate, Gobernador y capitán general, en cuanto que *“proveeréis que se reparta a los pobladores no ocupando ni tomando cosa particular de los indios, y para que esto se cumpla mejor por ahora haréis la dicha población algo desviada de las partes y lugares donde otros indios tuvieren sus poblaciones, pastos y sementeras.”*³⁰³

Por otra parte, a su llegada a tierras americanas, los españoles se vieron en la necesidad de recurrir a la ayuda de las poblaciones nativas; y particularmente a través de las élites dominantes en cada territorio descubierto.

³⁰¹ Solórzano, Política Indiana, Tomo II; Libro VI, Capítulo XIII, pág. 992.

³⁰² Ley 18ª, T. XII, Libro IV, RR.LL.II.

³⁰³ Mariluz Urquijo, Op. Cit., pág. 25.

Siendo una de las principales preocupaciones el abastecimiento de alimentos, que será proporcionado en su mayor parte por las poblaciones que se localizaban a lo largo de la expedición de conquista.

El tipo de colaboración que las elites proporcionaron a los conquistadores no en todos los casos tomó la misma forma, con marcadas diferencias entre diversos pueblos nativos. No fueron las mismas situaciones vividas en lo que fue el Virreinato de Nueva España, o en el virreinato del Perú; Chile o el Río de la Plata.

El Imperio Inca se encontraba dividido por problemas en cuanto a la sucesión entre Atahualpa y Huáscar, como herederos de Huayna Capac; así como también se vivía una situación similar en el Valle de Tenochtitlán, en donde el mismo emperador Moctezuma se hallaba involucrado en la disputa. Las tareas desempeñadas por los indígenas en su propia conquista, en muchas ocasiones fue decisivo para el triunfo español, pero en otras ocasiones sólo fueron un medio más del que se valieron para sobrevivir.³⁰⁴

La forma de conseguir estos servicios de parte de la población se encontraba en la coacción o colaboración de los llamados caciques, según el vocablo caribe que se popularizó.

Nos refiere Solórzano que: *“que en los pueblos de indios, que en ellas se hallaron con alguna forma de policía... aquellos mismos Reyezuelos, ó Capitanejos, que lo hacían en tiempo de su infidelidad, o los que se probasen ser descendientes de ellos. A los cuales, en la isla Española, que fue la primera, que se descubrió y pobló por don Christóbal Colón, llamaban en su lengua Caciques, y de ahí los nuestros, a los demás, que en otras Regiones hallaron*

³⁰⁴Chaunu, Pierre, *“Historia de América Latina”*; Eudeba, 1964, T. Único.

Para cada una de las regiones en particular, véase: en particular Díaz del Castillo, Bernal; *“Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España”*; Edición a partir de: Díaz del Castillo, Bernal. *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*. Tomo I. Madrid: Imp. de Don Benito Cano, 1795. www.saavedrafajardo.org/Archivos/diazhistoria.pdf y Cieza de León, Pedro de; *“Crónica del Perú, el señorío de los Incas”*; Edit. Biblioteca Ayacucho; Caracas, 2005; Tomo único, 476 págs. www.biblioteca.org.ar/libros/211665.pdf

en el mismo cargo, los fueron dando comúnmente este propio nombre.”³⁰⁵

Según la doctrina y las leyes indianas, serán reconocidos como primeros propietarios, o con carácter preferencial por sobre otros indígenas sus jefes naturales, o “*señores naturales*”, según el criterio español.

Esa calidad de señor natural será reconocida formalmente a partir del año 1557, en la que se expresará que: “*Algunos naturales de las Indias eran en tiempo de su infidelidad Caciques y señores de pueblos, porque después de su conversión a nuestra Santa Fe católica es justo, que conserven sus derechos, y el haber venido a nuestra obediencia no los haga de peor condición. Mandamos a nuestras reales audiencias, que si estos caciques o principales descendientes de los primeros pretendiesen suceder aquel genero de señorío, o cacicazgo, y sobre esto pidieren justicia, se la hagan, llamadas y oídas las partes a quien tocara, con toda brevedad.*”³⁰⁶

A consecuencia de ello, se les va a reconocer a caciques y jefes principales, la propiedad y potestad que tenían antes de la llegada de los españoles. Particularmente a los descendientes de Moctezuma en Nueva España (México); y a los descendientes de los Incas en el Perú.³⁰⁷

Teniendo en cuenta para ello, según nos refiere Mariluz Urquijo que: “*la práctica va a limitar el reconocimiento de la propiedad indígena a aquellos lugares en donde una población en donde una*

³⁰⁵ Solórzano, Juan, “Política Indiana”; Op. Cit., Libro II; Capítulo XXVII, “De los Caciques”, pp. 222 a 229.

³⁰⁶ Ley 1ª, Tit. VII Libro VI, Recopilación de Leyes de Indias.

³⁰⁷ Véase para ello: Jiménez Abollado; Francisco Luis; “*Mercedes y privilegios para consolidar un mayorazgo indiano: de Don Pedro Moctezuma Tlacahepantzin a Don Pedro Tesifón Moctezuma; Primer Conde de Moctezuma* (,569-1639; “en Boletín americanista, ISSN 0520-4100, N.º 63, 2011, págs. 189-210; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5104195> y Cahill, David; “Nobleza, identidad y rebelión: los incas nobles del Cuzco frente a Túpac Amaru (1778-1782) “; en *Histórica*, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); Vol. 27, Núm 1; Lima, 2003.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/historica/issue/view/825>

*población sedentaria hubiese practicado un tipo de explotación económica similar al del hombre civilizado.*³⁰⁸

Respecto del reparto de tierras, el Libro IV de la recopilación fija una clara postura acerca de las mismas, reconociendo: “... a los indios se les dejen sus tierras, heredades y pastos, de forma que no les falte lo necesario y tengan todo el alivio y descanso posible para el sustento de sus casas y familias.”³⁰⁹

Debiendo observarse que dicho reparto sea: “sin perjuicio de los Indios, y que las dadas en su perjuicio y agravio, se las vuelvan a quien derecho pertenezca.”³¹⁰

Posteriormente la ley doceava prohibirá otorgar suertes de estancias de ganado ni sementeras en lugares cercanos a los pueblos de indios.³¹¹

Respecto de las tierras objeto de “composición” o usucapión, la Recopilación preveía que las mismas no se haga sobre propiedades que habían sido adquiridas a los indios, “...contra nuestras Cédulas y Ordenanzas o poseyeren con título vicioso.”; debiendo a tales efectos actuar el Protector de Naturales o la Audiencia en su defecto, a fin de remediar la situación.³¹²

Asimismo en las composiciones, estaba previsto que en la venta y subasta de las mismas, a los indios se les dejen la mayor cantidad de tierras posibles; dándose preferencia en el caso de iniciarse el proceso ante el Cabildo o Audiencia a las comunidades de indios, “con prelación a las demás personas particulares, haciéndolas toda conveniencia.”³¹³

La protección que rige respecto de las tierras de los aborígenes, continúa inclusive si los mismos han sido trasladados a reducciones y pueblos de indios, ya que el Título III del Libro VI establecerá que: “A los indios que fueran reducidos no se les quiten las tierras

³⁰⁸ Mariluz Urquijo, J.M.; Op. Cit., pág. 31 y s.s., y OtsCapdequí, Op. Cit., pág. 141 y s.s.

³⁰⁹ Ley 5ª, Tit. XII; Libro IV, RR.LL.II.

³¹⁰ Ley 9ª, Tit. XII; Libro IV, RR.LL.II.

³¹¹ Ley 12, Tit. XII; Libro IV, RR.LL.II.

³¹² Ley 17, Tit. XII; Libro IV, RR.LL.II.

³¹³ Leyes 18 y 19, Tit. XII; Libro IV, RR.LL.II.

*que antes hubieren tenido” (Ley 9ª); y “Que cerca de las Reducciones no haya estancias de ganado.” (Ley 20ª).*³¹⁴

Muchas veces existió una confusión respecto a las mercedes de tierras y las encomiendas, en cuanto a si eran éstas últimas o no un derecho a un especie de señorío. Por ello nos recuerda Mariluz Urquijo que el derecho de los encomenderos se limitaban a. *“disponer del servicio personal del indígena pero no de su tierra y para evitar alguna caprichosa asimilación con el régimen señorial que pudiera dar pie al derecho de mañería se cuidaba de especificar que el encomendero no heredaba la tierra del encomendado muerto sin sucesión sino que ésta pasaba al pueblo del que el indio fuese originario.”*³¹⁵

Por otra parte, nos refiere Ots Capdequí que respecto a éste tema, Solórzano consideró que los derechos de los encomenderos sólo se limitaban a la percepción de tributos de los indios bajo su encomiendo; siendo los derechos sobre las tierras de sus encomendados considerados como los del legatario enfiteuta y usufructuario, pero no con la plena propiedad de ellas mismas.³¹⁶

En el caso de estudio, Domingo Muriel no hará éstas disquisiciones respecto de los encomenderos, sino que los considerará directamente como *“vecinos feudatarios”*, asimilables a los señores feudales existentes en el Viejo Continente.³¹⁷

Los Encomenderos aprovechaban para trasladar a los indios bajo su tutela a sus propias tierras, y así despojaban del lugar legítimo a sus tutelados; solicitando posteriormente que se les reconozca la posesión a través de la composición como se consignó anteriormente.

³¹⁴ Leyes 9ª y 20ª, Tit. III; Libro VI, RR.LL.II.

³¹⁵ Mariluz Urquijo, José María; “El Régimen...”; Op. Cit. pág. 26.

³¹⁶ Ots Capdequí, Op. Cit., pág. 149; y Solórzano, Política Indiana” Op. Cit., Libro II; caps. XXIV y XXVIII.

³¹⁷ Muriel, Domingo; “Rudimenta Iuris”, Op. Cit., pág. 141.

d) La Doctrina de Francisco de Vitoria.

Francisco de Vitoria, Fraile Dominicó (1483-1546); fundamentará la propiedad en cabeza de los aborígenes, efectuando un diálogo aristotélico, en el que tratará los siguientes puntos:

*“Si los barbaros fueron verdaderamente dueños privada y públicamente, antes de la llegada de los españoles y si entre ellos había algunos príncipes y señores de los demás. Fundamentándose en Aristóteles, que si bien son por naturaleza siervos, también es verdad que “los barbaros estaban en la posesión pacífica de las cosas, ya pública, ya privadamente; luego deben ser sin disputa considerados como verdaderos dueños, si no se prueba lo contrario, ni pueden ser turbados en la dicha posesión.”*³¹⁸

Analiza la postura que establece que nadie que esté en pecado mortal puede tener dominio sobre alguna cosa. Al respecto refiere que: *“Los hubo que defendieron que el título del dominio es la gracia, y, por lo mismo, los pecadores, al menos los mortalmente tales, no tienen dominio alguno sobre las cosas. Fué el error de los pobres de Lión o valdenses, y posteriormente, de Juan Wicleff”*, considerando que quienes siguen esta opinión afirman que los bárbaro no tenían dominio alguno.

Refuta dicha premisa, alegando que: *...El dominio natural procede de Dios como el civil, y aún más directamente, porque el dominio civil parece ser establecido por derecho humano; si, pues, por ofender a Dios perdiese el hombre el dominio civil, con mayor razón perdería el natural. Que el pecador no pierde el dominio natural se prueba porque no pierde el dominio de sus propios actos y de sus propios miembros, pues tiene el pecador derecho a defender su propia vida.*³¹⁹

Por lo que para Vitoria el argumento del pecado mortal para ser titular de dominio es manifiesta herejía; no perdiéndose el dominio por ésta causa.

³¹⁸Vitoria, Francisco de; *“Relecciones teológicas”*; Edit. Enero Buenos Aires 1946, Tomo único, 729 págs. pág. 49.

³¹⁹Vitoria, Francisco de; *“Relecciones teológicas”*; Op. Cit., pág 51 a 54.

Otro argumento será respecto a la infidelidad, si ésta impide que alguien sea verdadero dueño:, basándose en que *“La infidelidad no impide a nadie que sea verdadero dueño. Basándose en las Sagradas Escrituras y en Santo Tomás en su 2. a 2. ae , q. 10, art. 12.; por lo que ..., “demos una razón de Santo Tomás: La infidelidad no quita ni el derecho natural ni el humano; pero los dominios son o de derecho natural o de derecho positivo; luego no se quitan por falta de fe. Termino diciendo, que es tan manifiesto error éste como el precedente. En consecuencia, ni de los mahometanos ni de los judíos ni de ningún otro infiel es lícito quitar nada de lo que poseen, por razón de ser infieles; fuera hurto o rapiña, no menos que quitado de cristianos.”*³²⁰

Llegando a la conclusión final sobre este punto que; *“De todo lo hasta aquí tratado sigúese que los bárbaros, ni por pecados mortales, ni por el especial pecado de infidelidad, hallan obstáculo para ser verdaderos dueños, ya pública, ya privadamente; ni a título de ser sus dueños pecadores e infieles pueden ser ocupados por los cristianos los bienes y tierras de ellos, como elegantemente deduce Cayetano en sus comentarios a Santo Tomás (2-2, q. 66, art. 8).”*³²¹

Otro eje de análisis de la discusión será acerca de si se requiere el uso de razón para ser capaz de dominio; si los bárbaros no son dueños por idiotas y faltos de suficiente uso de razón. Basándose en la autoridad de Santo Tomás: *“Sólo la criatura racional tiene el dominio de sus actos, porque en tanto es uno dueño de sus actos en cuanto puede elegir ésto o aquéllo. Por donde, como dice el mismo Santo Tomás (1. a part., q. 82, art. 1), ni del apetito del último fin somos dueños. Si, pues, los brutos no tienen dominio de sus actos, luego ni lo tienen de las otras cosas.”*³²²

En base a ello propondrá la situación de si los niños antes del uso de razón son capaces de derecho, pues parece que nada difieren de los irracionales. La misma proposición hará respecto de los idiotas.

³²⁰Vitoria, Francisco de; *“Relecciones teológicas”*, Op. Cit., pág. 54 y 55.

³²¹Vitoria, Francisco de; *“Relecciones teológicas”* Op. Cit., pág. 58.

³²²Vitoria, Francisco de; *“Relecciones teológicas”* Op. Cit., pág. 60.

En ambos casos, basándose en las Sagradas Escrituras establecerá que tanto como el niño como el idiota son hábiles respecto al dominio; y respecto de èsta ultima proposición: *“Ni el motivo de idiotez puede alegarse para afirmar que los bárbaros no son dueños. Se prueba. Porque en realidad no son idiotas, sino que tienen a su modo uso de razón. Lo cual es evidente, porque tienen algún orden en sus cosas, porque tienen ciudades, que suponen algún orden; matrimonios distintos, magistrados, señores, leyes, empleos, mudanzas, lo cual todo supone uso de razón; tienen también su especie de religión; no yerran en las cosas que a otros son evidentes..., lo que es indicio del uso de razón.”*³²³

Llegando a la conclusión final que: *“sin duda alguna, los bárbaros eran verdaderos dueños, pública y privadamente, no menos que los cristianos; ni con el pretexto de que no eran verdaderos señores podían ser despojados ni privados de sus cosas; los príncipes tampoco podían hacerlo. y que:*

*“Así, pues, aun supuesto que los bárbaros sean tan ineptos e incapaces como dicen, no por eso se debe negar de ellos que tengan verdadero dominio ni se les puede contar en el número de los siervos civiles. Es verdad, sin embargo, que de ahí puede originarse algún derecho para someterlos a obediencia, como más abajo diremos. Concluyamos, finalmente: Que antes de la llegada de los españoles a las Indias eran los bárbaros verdaderos dueños pública y privadamente.”*³²⁴

Como conclusión, diremos que la doctrina de Francisco de Vitoria fue la que fundamentó la promulgación de las Leyes Nuevas de Burgos, del año 1542, las cuales tratarán de confirmar un regimen tutelar respecto de los aborígenes americanos.

³²³Vitoria, Francisco de; “Relecciones teológicas”, Op. Cit., págs. 60 a 61.

³²⁴Vitoria, Francisco de; “Relecciones teológicas”, Op. Cit., págs. 62 y 61.

6. El Río de la Plata y la etnia Guaraní.

a) Aspectos generales y ubicación geográfica.

Abundante es la bibliografía sobre los aborígenes del territorio que ahora forman la república Argentina, y particularmente de los denominados guaraníes.

Los mismos ocupaban la mayor parte del Paraguay, Este de Brasil, partes considerables del sur de la actual Bolivia y Noreste de la República Argentina, sobre la cuenca del río Paraná; siendo probablemente la etnia más difundida de la América meridional, desde el Amazonas hasta la desembocadura del Río de la Plata.

Estaban divididos en cinco grandes grupos, distribuidos geográficamente según las zonas ocupadas, a saber: los llamados guaraníes de las islas o chandules, que habitaban la cuenca del Río de la Plata, principalmente las islas del Delta. Estos fueron los que tomaron contacto con la expedición primero de Solís y después de Pedro de Mendoza en 1536.³²⁵

Un segundo grupo habitará la desembocadura río Carcarañá, en la desembocadura de aquel río al norte y al sur de la misma, en la actual provincia de Santa Fe.

El tercer grupo habitará el norte de la provincia de Corrientes, los santanás o caingúas, siendo similar a los que habitaban el actual territorio del Paraguay, siendo los habitantes de esta zona los más numerosos.

El cuarto grupo se ubicará en el litoral norte de la actual provincia de Misiones, denominados entre ellos Caingúas; y por último los Chiriguano, en la actual zona del Chaco salteño y con gran presencia en Bolivia. o que todo el proceso de la conquista se realizó gracias a éste grupo aborigen.

Si bien en la actualidad el territorio que ocupan es reducido, en función de las regiones que habitaron, no por eso deja de ser de

³²⁵ Canals Frau, Salvador, "Poblaciones indígenas en la Argentina"; Editorial Sudamericana; Buenos Aires, 1973; Tomo único, 575 págs. pág. 338 y 339; y Porcel, Roberto Edelmiro, "Pueblos originarios argentinos, Edivern, Buenos Aires, 2012, tomo único, 179 págs. Pág. 23.

influencia su cultura hasta el día de hoy, no solo en otros pueblos aborigenes sino en la misma población criolla, ya que la lengua guaraní subsiste no sólo en el Paraguay sino en las provincias del litoral como Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones.³²⁶

Según cuenta Alcide D'Orbigny, su talla promedio era de aproximadamente de 1.62 en los varones y 1.49 en las mujeres, que eran más bajas.³²⁷

Fueron la primera etnia que no solo tuvo contacto con los españoles, sino que todo el proceso de la conquista se realizó gracias a éste grupo.

Los mismos estaban comprendidos en sociedades del tipo neolítico, o amazónico, por el lugar geográfico de mayor desarrollo.

Numerosos han sido los testimonios de los cronistas y los misioneros a lo largo de los años, destacándose últimamente los antropólogos que trabajaron sobre los mismos.³²⁸

Por lo que cuentan sus cultivos eran mayoritariamente mandioca, zapallo, batata y maíz; no efectuándose en las zonas del Río de la Plata.

La preparación y el desbrozo de las parcelas para el trabajo era tarea de los varones, siendo el sembrar, plantar, cuidar y cosechar tareas de las mujeres. La técnica de cultivo era de las denominadas milpa, definiéndose las mismas como la que procedía en elegir una parcela de bosque o monte, talarla y proceder a prender fuego y después cultivar. Esto se efectuaba de manera rotativa y nómada.³²⁹

Posteriormente desarrollaremos, las costumbres que tenían los guaraníes respecto del uso de la tierra, en cuanto a su definición como "Abambaé" y "Tupambaé".

³²⁶ Canals Frau, Salvador, "Poblaciones indígenas en la Argentina"; Op. Cit., pág. 339.

³²⁷ Ibidem cita anterior; Op. Cit., pág. 339.

³²⁸ Respecto de los guaraníes, se han destacado: "Viaje al Río de la Plata 1534-1554", de Ulrich Schimdl; "Naufragios y Comentarios", de Alvar Núñez Cabeza de Vaca y "La Argentina", de Ruy Díaz de Guzmán.

³²⁹ Canals Frau, Salvador, "Poblaciones indígenas en la Argentina", Op. Cit., pág. 343.

b. Las relaciones con los europeos:

Las mismas fueron dispares desde la llegada de los primeros europeos. El establecimiento del fuerte de Asunción en 1537, y posteriormente las fundaciones de Santa Fé de la Vera Cruz en 1573, Buenos Aires (1580) y Corrientes (1588); serán los núcleos de población europeos que marcarán los límites con las poblaciones guaraníes.

La particularidad de dicha etnia será una unidad lingüística y cultural corriente, que permitirá el contacto con los españoles; y junto con la producción agrícola el asentamiento de nuevas poblaciones criollas.³³⁰

Desde un principio en nuestro actual territorio argentino, se trató de reducirlos al sistema de encomiendas, práctica comenzada con las primeras fundaciones de ciudades, y extendida hasta bien entrado el siglo XVIII.³³¹

Las crónicas de Ruy Díaz de Guzmán y Alvar Núñez Cabeza de Vaca refieren a los primeros intentos de encomendar a los indígenas de la zona.³³²

Por otra parte, la evangelización de la zona mesopotámica, estuvo en principio a cargo de la Orden Franciscana; registrándose que para el año para 1575 con Fray Luis de Bolaños: *“trajo veinticinco frailes de su espíritu para la custodia del Paraguay y Tucumán, con los cuales y muchos otros que el Señor a enviado a expensas del Rey Catolico de España y un obispo de la Orden, se ha convertido gran parte de la tierra del Paraguay ; y las cosas de la fe se pusieron en gran punto: y de los conventos que se fundaron*

³³⁰Salinas, María Laura; *“Encomienda, trabajo y servidumbre indígena en Corrientes, Siglos XVII-XVIII”*; Universidad Internacional de Andalucía, 2008; 152 págs. Pág. 32 y s.s. ISBN978-84-7993-140-7-

³³¹Canals Frau, Op. Cit., págs. 17 y 18.

³³²Ruy Díaz de Guzmán, *“La Argentina”*; el mismo refiere el reparto de 20 mil indios en encomienda entre 320 españoles. Alvar Núñez Cabeza de Vaca, *“Naufragios y Comentarios”*. V. Edics.

*se extendió la custodia por cuatrocientas leguas desde el Puerto de Buenos Ayres hasta el Guayrá.*³³³

El Obispo Francisco de Vitoria, asistente al III Concilio Limense, será quien pida el establecimiento de los religiosos de la Compañía de Jesús en las jurisdicciones de Tucumán y el territorio del Paraguay en 1584.³³⁴

Para 1604 ya se había creado la denominada Provincia del Paraguay, que incluía las gobernaciones de Paraguay, Tucumán y Chile; con epicentro en la ciudad de Córdoba del Tucumán.³³⁵

En 1617, el extenso territorio que comprendía las regiones del Paraguay y Río de la Plata, será dividida en las Gobernaciones de Asunción o del Guayrá y de Buenos Aires, respectivamente.³³⁶

Fue importante ésa división política, ya que la legislación será distinta para los habitantes indígenas de dicha región. En efecto, el título XVII, del Libro VI las Leyes de Indias establecerá que: *“En las Provincias de Tucumán, Río de la Plata y Paraguay, no se hagan encomiendas para que los indios sirvan a sus encomenderos, dando este servicio por tributo, aunque sea a título de yanaconas ... y si de hecho los encomendase el Gobernador con esta calidad, las declaramos por nulas, y al gobernador por suspendido del oficio mas del salario ... Y ordenamos, que las hechas antes de ahora sean de indios tributarios, como lo son las demás de nuestras Indias.*³³⁷

Respecto de los tributos y trabajos de los indígenas, el mismo D. Felipe III establecerá que: los mismos debían pagar *“seis pesos*

³³³ Córdoba, Fray Antonio S.C. (O.F.M.); *“La Orden Franciscana en las Repúblicas del Plata”*; Imprenta López, Buenos Aires, 1934, 375 págs. pág. 154.

³³⁴ Barrieza Sánchez, Javier; *“La antigua Compañía de Jesús (Siglos XVI – XVIII)”*; Op. Cit. págs. Págs. 201 y 209.

Recordemos que la Compañía de Jesús ya estaba establecida en el Brasil con José de Anchieta hacia 1554, habiendo surgido alrededor del colegio y convento lo que sería la posterior Villa y después ciudad de Sao Paulo.

³³⁵ *Ibidem* Cita anterior.

³³⁶ Maeder, Ernesto; *“Nómina de Gobernantes Civiles y Eclesiásticos de la Argentina”* Op. Cit., págs. 44 y 49; y ZorraquínBecú, Ricardo, *“La organización política argentina en el período hispánico,”* Bs, Aires, Emecé 1959, págs. 381, 397.

³³⁷ Don Felipe III, 1618, RR.LL.II. Libro VI, Título XVII, ley 1.

*corrientes al año en moneda de la tierra, con que se reduzcan a cosas, que si se hubiesen de vender a real de plata, valga seis reales de plata lo que en moneda de la tierra fuese un peso, y así el indio ha de ser obligado a pagar en cada un año los seis pesos de tasa en moneda de la tierra...*³³⁸

Todos ellos a partir de los 18 años; estando obligados los gobernadores del Tucumán, Río de la Plata y Paraguay, a efectuar una visita a los pueblos de indios: *“despuès de cogidas las cosechas; y pongan en número y padrón de tasa los indios que llegaren a 18 años, y saque los que se pasaren de cincuenta.*³³⁹

Respecto de su trabajo, quedaban particularmente autorizados tanto para *“alquilar sus servicios por días o por años, como los españoles”*; pudiendo concertar *“de su voluntad para otros servicios, demás de los permitidos por la mita, y especialmente los de las Provincias del Río de la Plata y Paraguay, para bogar las balsas por el río de la Plata.”*

Ordenando a los del Paraguay... *“que aún voluntarios no puedan ir a Maracuyo a sacar yerba, llamada del Paraguay, en el los tiempos del año que sean dañosos y contrarios a su salud, por las muchas enfermedades, muertes y otros perjuicios que de esto se siguen, pena de cien azotes al indio que fuere y de cien pesos al español que le llevare o le enviare, y de privación de oficio a la justicia que lo consintiere.”*³⁴⁰

c. Las Encomiendas en el Litoral.

Anteriormente se consignaron los lineamientos generales, puntualizándose en éste título la situación en el litoral de lo que será nuestro país.

Respecto del trabajo de las personas que se encontraban bajo el régimen de encomienda; las Ordenanzas de Francisco de Alfaro van a poner un límite en cuanto al trabajo servil, nulidad de la

³³⁸ RR.LL.II. Libro VI, Título XVII, ley 7ª.

³³⁹ RR.LL.II. Libro VI, Título XVII, leyes 8ª y 9ª

³⁴⁰ RR.LL.II. Libro VI, Título XVII, leyes 2ª y 3ª.

compraventa de indios, etc. Inclusive estaba prevista la supresión de las mismas, en la normativa consignada (D. Felipe III, 1618).³⁴¹

Aunque la realidad será bien distinta; ya que la posibilidad de prestar servicio personal será aprovechada por los encomenderos para mantener el dicho servicio como tributo, similar al régimen de encomienda.

Respecto de la justificación y vigencia de las encomiendas, Juan de Solórzano dedicará el Libro III de su "*Política Indiana*".³⁴²

A fin de evitar el descontento de los encomenderos, se continuó con la práctica en territorio de Asunción, a pesar de la legislación contraria al respecto. Inclusive se llegó a una situación de explotación excesiva de los aborígenes por parte de los encomenderos, que llevó a una desestructuración desde el punto de vista étnico, económico y cultural.³⁴³

La encomienda en el territorio del Paraguay subsistirá hasta bien entrado el siglo XVIII, contabilizándose 4500 Indígenas para 135 vecinos "*feudatarios*", o encomenderos.³⁴⁴

Lo mismo ocurrirá en la jurisdicción de la ciudad de Corrientes, según nos consigna María Laura Salinas, habiéndose hecho repartimiento de encomiendas no solo a partir de la fundación de la citada ciudad en 1588, sino sucesivamente en 1589, 1590 y 1593, contabilizándose a cinco años de la fundación 118 encomiendas.³⁴⁵

Nos refiere Magnus Mörner, que la encomienda en el Paraguay, se caracterizaba por estar compuesta sólo por uno o dos caciques y sus subordinados, divididos en "*originarios*"; y "*mitayos*". Mientras que los primeros estaban adscriptos al encomendero como si fueran verdaderos vasallos, a su entera disposición y en calidad de sirvientes; los segundos conservaban sus propios poblados y

³⁴¹ Recopilación de Leyes de Indias, Libro VI; Título XVII.

³⁴² Solórzano Pereira, Juan, "*Política Indiana*", Op. Cit., Tomo I, Libro III, págs. 249 y s.s.

³⁴³ Perusset, Macarena; "Reglamentación jurídica"; Op. Cit. pág. 999.

³⁴⁴ Spangenberg, Ernesto; "Apuntes de un censo", Op. Cit., págs. 327 y s.s.

³⁴⁵ Salinas, María Laura; "*Encomienda, trabajo y servidumbre indígena*" Op. Cit., pág. 36.

sólo en determinadas épocas del año trabajaban para los encomenderos.³⁴⁶

La consecuencia principal del sistema de encomiendas será la despoblación casi total del territorio en un periodo de no más de cien años.

Y el Padre Marcial de Lorenzana hacia 1618 que: “*Aunque están pregonadas las ordenanzas de D. Francisco de Alfaro en la ciudad de Guaira, el teniente García Moreno y los demás ministros de justicia no quieren que se guarden, antes se sirven de los indios y los tratan como si fueran sus esclavos ... entran en este número (de los indios de servicio) aún los reservados de mitas y tributos ..., los vecinos y el Teniente de Guaira venden los indios a los portugueses por vestidos y otras cosas ... los traen al Paraguay bogando sus balsas de yerba y en el Paraguay los suelen vender, y otras veces los dejan de modo que en muchos años no vuelven a su tierra, y otros nunca vuelven...*”³⁴⁷

Al mismo tiempo nos refiere el Padre Pablo Hernández (S.I.), que a consecuencia de ello, los primeros que perecieron fueron los indios de servicio o yanaconas, quienes eran los que servían en las casas de los encomenderos, acabándose casi del todo a mediados del siglo XVII por estar prohibidas las malocas o entradas de guerra.

En el caso de los portugueses, nos refiere Cayetano Bruno que las incursiones violentas de los mismos, comenzaron entre los años 1628 y 1631, quedando como saldo para fines de dicho año la destrucción total de las misiones del Guairá.³⁴⁸

Así, constantemente los portugueses tratarán de someter bajo su dominio a los indígenas guaraníes, en una guerra casi sin fin hasta finales del siglo XVIII.

El fundamento de la explotación por parte de los portugueses, estará dada por una serie de Bulas Papales, que si bien justifican la

³⁴⁶ Mörner, Magnus, *Actividades políticas y económicas de los jesuitas en el Río de la Plata*; Edit. Hyspamérica, Buenos Aires, 1986, 261 págs. Pág. 23 y s.s.

³⁴⁷ Hernández, Pablo; “Organización social de las doctrinas guaraníes”, Op. Cit., pág. 124.

³⁴⁸ Bruno, Cayetano (S.D.B.); “*Las reducciones jesuíticas de Indios Guaraníes (1609-1818)*”; Edic. Didascalía; Rosario, 1991; 173 págs. pág 59.

dominación y los territorios conquistados, fomentarán y favorecerán la esclavitud en territorio lusitano. Al respecto la denominada “*Dum Diversas*”, de junio de 1452, ante el inminente peligro del avance de los sarracenos establecerá que: “... y deseando que tu Regia Majestad fomente justamente este santísimo propósito, a ti y a tus sucesores los Reyes de Portugal, **te concedemos, por la autoridad apostólica y a tenor de las presentes la plena y libre facultad, que poseerás a perpetuidad y según tus usos y los de tus sucesores, de invadir, conquistar, apoderarte, subyugar y reducir a esclavitud perpetua a los sarracenos, paganos y otros infieles y a los enemigos de Cristocualesquiera que sean y sus reinos en cualquier parte que estén establecidos, sus ducados, condados, principados y otros dominios, tierras, lugares, villas, campamentos y cualquier posesión, bienes muebles e inmuebles, sea como sea la forma que presenten o sean dominados, que ocupen y posean los mismo sarracenos, infieles y enemigos de Cristo.**”³⁴⁹

Dicha donación, será ratificada posteriormente por las Bulas *Romanus Pontifex*, otorgada por el mismo Nicolás V (1455), la *Inter Caetera*, de Calixto III (1456), y la *Aeterni Regis*, de Sixto IV (1481). Esta última confirmará las anteriores donaciones hechas a los reyes de Portugal; y por primera vez tendrá en cuenta los avances de los castellanos en materia de descubrimientos y referentes a las Islas Canarias.³⁵⁰

La mayoría de los indígenas que vivían en territorio portugués, por lo tanto, serán sometidos a esclavitud, a diferencia de la Corona Española; siendo confusa la situación de los mismos durante el período de la unión de las coronas (1580-1640).

El Padre Pablo Hernández nos refiere que continuó el sistema de las encomiendas en la jurisdicción de Asunción y Corrientes

³⁴⁹Gutierrez Azopardo, Ildelfonso; “*Los Papas en los inicios de la Trata Negrera*”; octubre 2008, <http://www.africafundacion.org/spip.php?article1847>.

³⁵⁰Numhauser, Paulina; “*El Real Patronato en Indias y la Compañía de Jesús durante el período Filipino (1580-1640), un análisis inicial*”; *Boletín Americanista*, año LXIII. 2, N.º 67, Barcelona, 2013, págs. 85-103, ISSN: 0520-4100.

durante todo el siglo XVII y principios del siguiente; habiéndose expedido infructuosamente tres Reales Cédulas que preveían que no se proveyeran más encomiendas, sino que a medida que vayan vacando fueran incorporadas a la Corona.³⁵¹

Dichas ocasiones, en 1696, 1720 y 1735, los vecinos recurrieron al recurso de súplica a fin de no ser suprimidas las encomiendas; quedando subsistentes todavía para el lejano año de 1777.

Sólo por Real Cédula de mayo de 1803 quedaron suprimidas definitivamente: *“He venido asimismo en mandar se incorporen inmediatamente a mi Real Corona cuantas encomiendas subsistan en Paraguay contra mis Reales Cédulas, ejecutadas ya en la mayor parte de mis dominios de América, sin admitir a los detentores recurso que embarace su efectiva reversión, por no poder asistirles motivos justos para ello, extendiéndose esta mi soberana resolución a los antiguos mitayos”*.³⁵²

d) Las Reducciones y la Compañía de Jesús.

Los indígenas que no entraron en el consignado régimen de encomiendas, fueron distribuidos en las denominadas “Reducciones” o doctrinas., a cargo al principio de los Padres Franciscanos; y después recién bajo jurisdicción de la Compañía de Jesús los que vivían en el amplio territorio del Paraguay, cercano a la frontera con Portugal.

Como se consignó anteriormente; las disposiciones generales respecto de las Reducciones estarán previstas en el Título Tercero del Libro VI de la Recopilación; habiendo comenzado a legislarse al respecto durante el reinado de Don Carlos I, concretamente por Real Cédula a la Audiencia de Lima del año 1542.³⁵³

Cabe destacar que, respecto de la organización de las reducciones y doctrinas, fue de aplicación las directrices del III

³⁵¹ Hernández, Pablo, “Organización social de las doctrinas guaraníes”, Op. Cit., página 132 y 133.

³⁵² Hernández, Pablo, “Organización social de las doctrinas guaraníes”, Op. Cit., página 135.

³⁵³ Juan de Solórzano tratará sobre las Reducciones en su Política Indiana, en el Libro I, Capítulo XXIV a XXVI, como se consignó anteriormente.

Concilio de Lima, llevado a cabo entre los años 1582 y 1583, a instancias de Santo Toribio de Mogrovejo; y por extensión, las premisas del Concilio de Trento (1545-1563), que había reformado a la Iglesia Católica.³⁵⁴

Las autoridades a cargo del establecimiento de las reducciones y doctrinas eran los Arzobispos y Obispos, debiendo instar a los sacerdotes de su diócesis a participar en las mismas.³⁵⁵

Para ello se debía nombrar para cada una de las reducciones, ministros y personas de satisfacción, que sepan hablar el idioma de los naturales de la región; y ser examinados por los preladados diocesanos en cuanto a las capacidades para ejercer dicho cargo.³⁵⁶

Respecto del manejo del idioma de los naturales, la Acción II, Capítulo 6 del Concilio Limense, establecerá: *“Que los yndios aprendan en su lengua las oraciones y doctrinas: “El principal fin del catecismo y doctrina christiana es percibir los misterios de nuestra fe, pues con el espíritu creemos interiormente para ser justificados lo que interiormente confesamos con la boca para ser salvos, conforme al Apóstol, y así cada uno ha de ser de tal manera instruido que entienda la doctrina, el Español en romance, y el indio también en su lengua, pues de otra suerte, por muy bien que recite las cosas de Dios, con todo eso se quedará sin fruto su entendimiento como lo dice el mismo Apóstol. Por tanto ningún indio sea de hoy mas compelido a aprender en latín las oraciones o cartillas, pues les basta y aún les es muy mejor saberlo y decirlo en su lengua, y si alguno de ellos quisieren podrán también aprenderlo en romance, pues muchos le entienden entre ellos,*

³⁵⁴ Al respecto véanse las investigaciones de:

Martínez Rojas; Francisco Juan; “Trento: encrucijada de reformas”; Studia Philologica Valentina; Vol. 10, n.s. 7 (2007) 201-239 ISSN: 1135-9560; y de: López Lamerain, Constanza; “El III Concilio de Lima y la conformación de una normativa evangelizadora para la Provincia Eclesiástica del Perú.”; Intus-Legere Historia / ISSN 0718-5456 / Año 2011, Vol. 5, N.º 2; pp. 51-68 y “El Concilio de Trento y Sudamérica: Aplicaciones y adaptaciones en el III Concilio Limense”; Anuario de Historia de la Iglesia en Chile, Vol. 29, 2011, pp. 15-32.

³⁵⁵ Ley II, Tit. III, Libro VI RR.LL.II.

³⁵⁶ Ley III, Tit. III, Libro VI; y Ley VI, Tít. XV, Libro I R.R.L.L.II.

fuera de esto no hay para que pedir otra lengua ninguna a los indios".³⁵⁷

Cada una de las reducciones debían tener facilidad de acceso al agua y a las rutas principales; así como también tierras de montes, labranza y "*un egido de una legua de largo donde los indios puedan tener sus ganados, sin que se revuelvan con otros de españoles*". También para ello se garantizaba que no se les quiten ni sus tierras ni granjerías; debiendo conservarse las mismas de la mejor manera que fuera de utilidad para los aborígenes.³⁵⁸

Asimismo quedaba garantizado el buen funcionamiento de las reducciones, con el nombramiento de un fiscal que los reúna; y siendo poblaciones de más de cien habitantes dos de ellos. También estaba previsto la existencia de Alcaldes y Regidores, los cuales eran elegidos para año nuevo como en los demás pueblos de Españoles.

Los Alcaldes tenían jurisdicción sobre el egido del Pueblo de Indios, pudiendo aplicar penas de azotes y prisión, extendiéndose sus facultades hasta los negros inclusive, "*hasta que el Corregidor o Alcalde Mayor o su teniente llegue y haga justicia*".³⁵⁹

Todos los indígenas de la reducción estaban obligados a pagar tributos, quedando exentos solamente los caciques y sus hijos.³⁶⁰

Dichos recaudos estaban previstos en el extenso Título V del Libro VI, detallándose específicamente las características de los tributos en 66 leyes.

La prohibiciones corrían tanto para los indígenas, como para los españoles, a saber: no podían abandonar la reducción sin permiso de los Alcaldes, ni ser desplazados contra su voluntad. Los negros, mulatos, mestizos y españoles no podían habitar el territorio de la

³⁵⁷ López Lamerain, Constanza; "*El III Concilio de Lima*", Op. Citada, pág. 59.

Además, Solórzano dedica el Capítulo XXVI, del Libro II; acerca de la necesidad o no que los indios abandonen sus primitivas lenguas para poder ser evangelizados. conf. págs. 116 a 222. Op. Cit.

³⁵⁸ Leyes 8ª y 9ª; Tít. III, Libro VI RR.LL.II.

³⁵⁹ Leyes N° XV, XVI y XVII; Tít.III, Libro VI RR.LL.II.

³⁶⁰ Leyes N° II, III y XXVIII; Tit. V, Libro VI RR.LL.II.

Solórzano dedicará los Capítulos XIX y XX del Tomo II de su Política Indiana, para la fundamentación del servicio tributario de los indígenas.

reduccion; extendiéndose la prohibición a éstos últimos aún cuando hayan adquirido tierras en pueblos de Indios.³⁶¹

Para establecerse una reduccion era necesario tener orden real, o de uno de sus representantes (Virrey, Gobernador o Presidente de la Audiencia, no pudiendo alterar ni mudar los pueblos de indios una vez establecidos.

Todas las causas respecto a las reducciones debían tramitar en la Audiencia distrital, así como también los pleitos con los encomenderos.³⁶²

Desde el principio de la ocupación europea, se prefirió a los religiosos antes que los sacerdotes del clero diocesano, habiéndose destacado en tierras meridionales las misiones de Padres Franciscanos, antes de la llegada de los Jesuitas.

Cabe destacar que en el litoral, las primeras reducciones a cargo de los jesuitas serán las erigidas en la región del Guaira hacia fines del siglo XVI, aunque la mayoría de los indígenas de las mismas estaban sujetos a encomiendas.

La primera de las reducciones sin ésta carga (con indios sujetos a encomienda), será la de Itapúa, fundada en 1615 por quien fuera posteriormente Beato Roque González de Santa Cruz.³⁶³

Nos refiere el Padre Hernández, que a partir de dicha fundación, y al año siguiente se fundó la de Yaguapoa, todas en el Paraguay; siguiendo las de Concepción, (la primera sobre el río Uruguay), Concepción, Corpus, Loreto y San Ignacio Miní. Todas ellas con varios traslados, huyendo de los Paulistas.³⁶⁴

Hacia fines del siglo XVII y principios del XVIII se verifican treinta y tres reducciones a cargo de la Compañía de Jesús.

Respecto de su organización interna, nos refiere Juan Agustín García que en la Candelaria residía: “...un padre, especie de provincial, llamado superior de las Misiones, que con facultad del

³⁶¹ Leyes Nº XV, XVI y XVII; Tit. III, Libro VI RR.LL.II.

³⁶² Leyes Nº XII, y XIV; Tit. III, Libro VI RR.LL.II.

³⁶³ Hernández, Pablo, “Organización social de las doctrinas guaraníes”; Tomo II, Op. Cit., página 153; y Bruno Cayetano, “Las Reducciones jesuíticas de guaraníes”; Op. Cit., pág. 22.

³⁶⁴ Hernández, Pablo, “Organización social de las doctrinas guaraníes”; Op. Cit., pág. 312.

*papa podía confirmar a los indios y era el jefe de los curas y pueblos. En cada uno de estos residían dos padres, un cura y un sotacura, que tenían asignadas sus funciones. Las del sotacura (coadjutor); eran todas espirituales y las del cura todas las temporales en todos los ramos y sentidos: como como estas necesitaban muchos conocimientos y experiencia, eran siempre los curas padres muy graves, que habían sido antes rectores o provinciales de sus colegios, importando poco que ignorasen o supiesen el sistema de los indios. Su antecesor le dejaba anotado en un prolijo diario lo que convenía disponer para labores, fábricas, y ellos eran en suma los que todo lo disponían. Aunque había en cada pueblo un corregidor, alcaldes y regidores indios, que formaban el ayuntamiento al modo que en los pueblos españoles, no ejercían jurisdicción, ni eran más que los ejecutores de las órdenes del cura, el cual civil y criminalmente daba sus disposiciones siempre blandas, pero sin permitir apelación ante otros jueces o autoridades españolas.”*³⁶⁵

Cuando decidían fundar una reducción el Padre y los indios elegían el lugar más favorable, señalaban el sitio en donde se ubicarían el templo, las casas, los talleres y la plaza. Plantaban en el lugar una gran cruz como símbolo del evangelio.

Acto seguido señalaban los campos que integrarían los lotes agrícolas de lo que se iba a denominar abambaé, y tupambaé; ubicados generalmente en los alrededores del futuro pueblo.³⁶⁶

e) Producción económica.

La misión jesuítica surgirá como un sistema de organización cerrado, siendo lo que se denominaban pueblos de indios, ubicados en un área bien delimitada política y jurídicamente. Como se

³⁶⁵ García, Juan Agustín, “La ciudad Indiana”; Op. Cit. pág. 326.

³⁶⁶ Hernández, Pablo, “Organización social de las doctrinas guaraníes”; Op. Cit., pág. 105; y Bruno, Cayetano; “Las reducciones jesuíticas”; pág. 44.

consignó anteriormente, las Leyes de Indias propiciaron un sistema económico cerrado tanto para los guaraníes como para los demás habitantes cercanos a las reducciones.

Ni siquiera los mercaderes podían permanecer más de tres días en el ámbito de la misión; con graves penas para quienes trataran de aprovecharse de los indígenas.³⁶⁷

Esta circunstancia planteó la necesidad de lograr la autosuficiencia económica, debiéndose producir todo lo necesario para la subsistencia de la propia comunidad; y aquello que no fuera posible ser producido, ser obtenido del exterior con el mínimo contacto con el ámbito de la reducción; el mundo exterior era considerado perjudicial para los indios de la misma.³⁶⁸

Se puso en práctica un sistema de división del trabajo y la producción entre diferentes pueblos. Aquellos que se ubicaban en regiones de campos con abundantes pastos se especializaron en la producción ganadera, tal el caso de Santo Tomé, La Cruz, Yapeyú, San Miguel, San Borja, San Lorenzo, San Juan Bautista, Santo Ángel, San Luis y San Nicolás.

Estos aseguraban el abastecimiento de carne a las reducciones, además del de equinos y ovinos y el cuero necesario para las artesanías. Otros pueblos fueron preponderantemente agrícolas.

Las producciones más importantes de los pueblos de las Misiones fueron el maíz, la mandioca y batata para alimentos.

Las sementeras adquirieron renombre en pueblos como Santa María de Fe, Santiago, San Cosme y Damián, Trinidad, Jesús, Santa Rosa, Itapúa, San Ignacio Guazú, San Ignacio Miní, Santa Ana, Candelaria. Otros pueblos, como San Carlos, Apóstoles, San José, Santa María la Mayor y Concepción, ubicados en una zona de transición entre el campo y la selva, pudieron desarrollar exitosamente sus sementeras y al mismo tiempo establecer

³⁶⁷ Conf. Leyes N.º 21, y 24; Tít. III, Libro VI RR.LL.II.

³⁶⁸ Conf. Ley N.º 22; Tít. III, Libro VI RR.LL.II. y Bruno, Cayetano, Las misiones jesuíticas guaraníes, Op. Cit., págs. 44 y 45.

estancias de muy buen rendimiento en el sector septentrional de la cuenca del río Aguapey.³⁶⁹

Luego estaban los pueblos especializados en la producción yerbatera, como Nuestra Señora de Loreto, Corpus Christi y San Javier, poseedores de importantes yerbales naturales e implantados. Estas producciones no eran excluyentes de otras, si la autosuficiencia era una meta del conjunto de las misiones, lo era también de cada pueblo.

Desde fines del siglo XVII, la actividad económica más productiva de los territorios jesuitas será la yerba mate, que será utilizada como moneda de cambio y la que sostenga el mantenimiento de la Orden.

En segundo lugar, la actividad ganadera de las estancias jesuíticas contribuirá al sostenimiento de las Misiones y de la Compañía. Mörner nos refiere que las estancias de Córdoba se destacaban por la cría de mulas; mientras que Buenos Aires por las cabezas de ganado vacuno.³⁷⁰

Además existían producciones muy particulares, propias de algunos pueblos: la fundición de campanas y la platería en Apóstoles, los tejidos en Mártires, la obtención de hierro en San José, el azarcón y la imagerie en Loreto, la imprenta en Santa María la Mayor y Loreto.³⁷¹

f) El Abambaé y Tupambaé Guaraní.

Los cronistas primero y los antropólogos después, refieren que en la cultura guaraní, la propiedad se dividía en Abambaé y Tupambaé.

El *Abambaé* (*abà* indio, persona; *mbaè* cosa perteneciente, posesión propiedad), era lo perteneciente al hombre o cada indígena en particular.

³⁶⁹ Mörner, Magnus; “*Actividades políticas y económicas de los jesuitas en el Río de la Plata*”; Op. Cit., pág. 125

³⁷⁰ Mörner, Magnus; “*Actividades políticas y económicas de los jesuitas*”; Op. Cit, págs. 114, 115 y 146.

³⁷¹ Bruno, Cayetano; “*Las reducciones jesuíticas*”; pág. 44; y Hernández, Pablo; “*Organización social de las doctrinas guaraníes*”; Op. Cit, págs. 207 y 209.

Por otra parte, el *tupambaé* (*Tupá*: Dios persona; *mbaè mbaè* cosa perteneciente, posesión propiedad), era en idioma guaraní, la hacienda de Dios, hacienda de los pobres, el campo común con sus frutos y ganados.

Por lo que respecta al mismo, el Padre Charlevoix explicará que el sistema del *tupambaé* fue impuesto a los guaraníes por los Padres de la Compañía, a consecuencia de la pereza y poca previsión que tenían los mismos en su vida cotidiana. Al respecto nos refiere que:

*“A pesar de éste orden, y de cuantas providencias se toman a fin de que a nadie le falte lo necesario, los Misioneros tropiezan con grandes dificultades, que provienen de tres defectos que no han podido corregir a sus neófitos, y son la poca previsión, la pereza y la ninguna economía; de donde procede que, a veces, no tienen ni con qué sembrar. Es fuerza entonces prestarles lo que les falta; pero se les obliga en tal caso a que después de la cosecha devuelvan la misma cantidad de grano que se les prestó. En cuanto a las otras provisiones, si no se les vigilase pronto estarían sin qué comer... El medio más eficaz de corregir éste último defecto (la pereza), es condenar al perezoso a cultivar los campos comunes de que hemos hablado y que se llaman “La Posesión de Dios”. Mas como no se puede contar mucho con lo que harán semejantes trabajadores, se acompañan con otros de quienes haya mayor seguridad.”*³⁷²

La organización de la vida productiva de las reducciones, se realizará en función de esos dos conceptos.

El *abambaé* comprendía el lote agrícola, es decir la parcela de tierra que era cedida a cada familia, por el cacique, ya que en cada una de las reducciones había veinte o más de ellos en cada pueblo. Este señalaba para sí y sus súbditos una porción de todo el término en que pudiesen sembrar y cosechar. Cada vasallo tomaba la

³⁷² Charlevoix, Pierre Francois de; “*Historia del Paraguay*”; con las anotaciones y correcciones del P. Domingo Muriel, traducida al castellano por el P. Pablo Hernández, de la misma Compañía”; Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1912, VI Tomos, Tomo II, 494 pp. 68-69.

extensión de terreno que necesitaba, y en ella hacía su sementera para su sustento y el de su familia por un año.³⁷³

Dicha parcela de tierra era trabajada durante tres días a la semana, y los frutos obtenidos eran de propiedad exclusiva de la familia poseedora del lote. Podía disponer de lo producido con total libertad, dentro de las limitaciones impuestas por el régimen reduccional.³⁷⁴

El tupambaé comprendía las tierras que pertenecían a la comunidad, caracterizándose por ser más extensas que las del abambaé.

Las crónicas nos refieren que eran las sementeras, dedicadas a los cultivos en gran escala, y las estancias, destinadas a la crianza del ganado. También dentro del sistema del tupambaé estaban las canteras, las fábricas y hornos de tejas y la producción artesanal que se desarrollaba en los talleres de las reducciones.

Los productos y beneficios del régimen del tupambaé eran aprovechados en dos sentidos. Permitían la manutención de los sacerdotes y la cobertura de los gastos que demandaba el servicio del culto, por ejemplo comprar fuera de las misiones alhajas para los templos, adquirir los vidrios para las ventanas y algunas herramientas específicas para el trabajo.

En otro sentido el tupambaé adquiría la categoría de sistema solidario, cuando los bienes eran destinados a satisfacer las necesidades de la comunidad, especialmente cuando fracasaba la producción del abambaé, en épocas de carestía.

Los bienes del tupambaé que no se consumían, aquellos que se constituían en excedentes, eran almacenados en depósitos o percheles comunitarios. Parte era destinado por los pueblos al comercio en ciudades como Santa Fe, Buenos Aires, Asunción o Corrientes. Este comercio con el exterior era ineludible, ya que era necesario obtener plata en metálico para el pago del tributo anual al

³⁷³ Hernández, Pablo; “*Organización social de las doctrinas guaraníes*”; Op. Cit., pp. 208; y Wilde, Guillermo, “*Religión y poder en las misiones de guaraníes*”; Op. Cit., pp. 204 y 205.

³⁷⁴ Hernández, Pablo; “*Organización social de las doctrinas guaraníes*”; íbidem cita N.º 322.

Rey y para poder adquirir aquellos bienes necesarios que no se producían en las reducciones.

La otra parte era destinada a cubrir las necesidades de consumo de los sectores de población no productivos, especialmente los ancianos, las viudas, huérfanos, lisiados e inválidos.³⁷⁵

El tiempo destinado al trabajo en el tupambaé era de tres días a la semana, aunque en la práctica los tiempos de dedicación al tupambaé y al abambaé variaban acorde con las estaciones del año y el tipo de trabajo requerido.

En el momento de realizar cosechas, por ejemplo de algodón, tabaco o yerba, el tiempo de trabajo en el mismo se incrementaba necesariamente.

Todos estaban obligados a prestar trabajo en beneficio de la comunidad; debiendo; ejerciendo la agricultura, aun siendo caciques y miembros del cabildo.

El trabajo en el tupambaé constituía el modo más eficiente de asegurar el alimento necesario para la población.³⁷⁶

g) El análisis de Domingo Muriel acerca del abambaé y tupambaé guaraní.

Respecto a la propiedad de los indígenas, Muriel establecerá que los mismos la poseen con carácter comunitario, dando como ejemplos europeos el caso de los labradores de las tierras de Tamames en Salamanca, y el régimen de comunidad de bienes de los campesinos de Lorena en Francia, como ejemplos de propiedad comunitaria.³⁷⁷

No consigna para ello, ninguno de los postulados romanos acerca de los principios de apropiación o aprehensión de tierras.

Define específicamente los conceptos de Tupambaé y Abambaé propios de los guaraníes, consignando que el primer vocablo

³⁷⁵ Hernández, Pablo; “*Organización social de las doctrinas guaraníes*”, pág. 208.

³⁷⁶ Hernández, Pablo; “*Organización social de las doctrinas guaraníes*”; Op. Cit., pág. 209 y 210.

³⁷⁷ Muriel, Domingo; Op. Cit., págs., 129 y 128.

significa en lengua indígena “*la posesión de Dios*”, y se refiere a todos los bienes de uso común de determinada comunidad. Con dicha denominación se encuentra en la obra del Padre Charlevoix citada, del que Muriel fue su corrector.

Por otra parte, el Abambaé refiere a la “*posesión del hombre*”, es decir el fundo o parte de la tierra que cada uno cultiva y explota para sí, independientemente de la comunidad, quedando en cabeza de los padres de familia. Nos consigna que ésa era la costumbre propia de los pueblos guaraníes, que continuaron inclusive durante las misiones dirigidas por la Compañía de Jesús y todavía vigente bajo la órbita del Clero Secular al ser éstos expatriados en 1767.³⁷⁸

El abambaé, o “*posesión del hombre*”; estaba en cabeza de los caciques o “*señores naturales*” de los guaraníes. En efecto, ya en el siglo XVI se estableció una división nominal entre los guaraníes: “*vasallos*” y “*nobles*”, *estando exceptuado los últimos de los trabajos comunales, el mitazgo, los servicios personales y el trabajo como jornaleros.*”³⁷⁹

Los caciques en la práctica serán equiparados a los señores castellanos, estableciéndose en el Título VII, del Libro VI de la Recopilación de Leyes de Indias, el régimen aplicable a los mismos.³⁸⁰

³⁷⁸ Muriel, Domingo, Op. Cit., pág. 138; y Busaniche, José Luis, “Historia Argentina”; Solar/Hachette, Buenos Aires, 1969, Tomo único, 786 págs.; págs. 240-241.

³⁷⁹ Wilde, Guillermo, “*Religión y Poder en las misiones guaraníes*”; Op. Cit., pág. 67.

³⁸⁰ Recopilación de las Leyes de las Indias; Libro VI; Título VII, Ley 1. “*Algunos naturales de las Indias eran en tiempo de su infidelidad Caciques, y Señores de Pueblos, y porque después de su conversión a nuestra Santa Fe Católica, es justo que conserven sus derechos, y el haber venido a nuestra obediencia no los haga de peor condición, mandamos a nuestras Reales Audiencias que si estos caciques o principales descendientes de los primeros pretendieren suceder en aquél género de señorío, o cacicazgo, y sobre esto pidieren justicia, se la hagan, llamadas y oídas las partes a quien tocare, con toda brevedad*”. Don Felipe II en Valladolid en febrero de 1557.

Y en el mismo sentido Solórzano, en su Capítulo XXVII, del Libro II, de Política Indiana.

En virtud de ello nos refiere Wilde que: *“los jesuitas trataron de conservarles sus privilegios para mantenerlos dentro de las reducciones: se los nombraba corregidores y cabildantes, se los llamaba Don, se los eximia del tributo y se evitaba castigarlos públicamente, disponiéndose por Cédula del 12 de marzo de 1697 equiparados a los hidalgos de Castilla, disposición confirmada en 1725 y 1766.”*³⁸¹

Al mismo tiempo explica Muriel que: *“se acostumbra a los padres de familia – caciques – a elegir, dentro del terreno común pero no en perjuicio de la comunidad, o los campos que deben cultivar o bien se les habitúa a darles mayor extensión. Más aún, el magistrado y el curador incitan y ayudan a cada cual a que aumente su abambaé cultivando mayor superficie de terreno. ... Si el dueño quiere poner en seguridad los frutos de su abambaé los lleva al granero público donde se depositan en bolsas que llevan el nombre del propietario y los retira a medida de las necesidades de la familia. si estos no bastan hasta la nueva cosecha se saca entonces del suplemento común o sea de los frutos del tupambaé.”*³⁸²

Respecto del “tupambaé”, definida como “la posesión de Dios”, Muriel nos dirá que es el “producto predial del ganado vacuno y lanar y los frutos agrarios. Pero como la condición de los guaraníes en poder de quienes está, es casi la de los niños o niños grandes, se les considera como menores. Por lo tanto cada indio sin autorización previa del magistrado pedáneo y el magistrado indio sin previo consentimiento de los tutores y curadores no pueden administrar el fundo ni vender sus producciones. De donde el dominio de la propiedad lo tiene cada comunidad de tal manera que el magistrado es administrador, el doctrinero director y consejero.”³⁸³

No hay una posesión concreta del Tupambaé, sino que es la posesión misma de la comunidad, debiendo trabajar cada individuo

³⁸¹ Wilde, Op. Cit., pág. 68.

³⁸² Muriel, Domingo; Op. Cit., pág. 138.

³⁸³ Muriel, Domingo; Op. Cit., pág. 137.

para poder tener acceso a los frutos de la propiedad común refiere Muriel.

Los frutos obtenidos de las cosechas eran depositados en almacenes públicos, cuya vigilancia estaba a cargo de sujetos nombrados por los caciques de la comunidad, que llevaban registro de todo lo recibido.

Una vez por mes éstos encargados u oficiales, entregaban a los jefes de barrio o caciques la cantidad de granos necesaria, para todas las familias de su jurisdicción; según las necesidades de cada grupo familiar. El mismo sistema se hacía con el reparto de carne, sólo que todos los días en lugar de una vez por mes.³⁸⁴

Dicha organización fue aprobada por Felipe V, a consulta de D. Bartolomé de Aldunate, Gobernador del Paraguay iniciada en 1726; y que en su título IV respecto del derecho de propiedad expresó: *“No es mi real ánimo se haga novedad en el expresado manejo de bienes, sino antes bien, que se continúe lo practicado hasta ahora desde la primera reducción de estos indios, con cuyo consentimiento y con tanto beneficio de ellos se han manejado los bienes de la comunidad, sirviendo los curas doctrineros sólo de directores...”*³⁸⁵

Muriel hace hincapiè en que el “tupá-mbaé” es la “*posesión de Dios*”, o propiedad común, “*porque aunque sus frutos están destinados a las necesidades de los indigentes, es tan grande la piedad religiosa que lo más importante para ellos es el culto a Dios y el esplendor de sus templos.*” Brindando una detallada

³⁸⁴ Suárez, S. “*Organización social de las Misiones Jesuíticas*”; “Anales de la Facultad de Derecho”; Tomo XIX; Buenos Aires, 1918; 531 págs., pág. 210/211; y Charlevoix, Op. Cit., pág. 69.

³⁸⁵ Muriel, Domingo; Op. Cit., pág. 138; y Charlevoix, Pierre Francois, “Historia del Paraguay”; Op. Cit., Tomo VI, págs. 374 a 377.

Dicha Real Cédula fechada en el Buen Retiro el 8 de diciembre de 1743, será la normativa por la cual se regirán las reducciones bajo la órbita de la Compañía a de Jesús hasta su expulsión en 1767; la misma concuerda con la recordada ley 4, Tít. I, del Libro II de la Recopilación de Leyes de Indias que establece los principios generales de aplicación de la costumbre indígena.

descripción de varios de ellos y la importancia del culto religioso en las misiones guaraníes.³⁸⁶

Asimismo otros autores, antropólogos e historiadores; definen el “tupá-mbaé” como un régimen de trabajo colectivo, basado en la rotación de turnos en las tierras comunitarias, para la obtención de productos de subsistencia y excedentes para su comercialización (yerba mate, cueros, carnes etc.).³⁸⁷

Los misioneros controlaban y supervisaban todas las actividades de la propiedad comunitaria, justificando Muriel dicha circunstancia en la miserabilidad de los indios.³⁸⁸

Por otra parte, refiriéndose a las propiedades de la Compañía, critica los comentarios de sus contemporáneos, en cuanto a los abusos por parte de los Jesuitas respecto de su accionar en América, particularmente Bougainville, en cuanto presenta a los jesuitas como los únicos propietarios y usufructuarios de las posesiones de los guaraníes.³⁸⁹

Estos ataques, particularmente virulentos a mediados del siglo XVIII, serán el preludio a su expulsión posterior supresión de la Orden, en todo el ámbito europeo, con las consecuencias conocidas.³⁹⁰

³⁸⁶ Muriel, Domingo; Op. Cit., págs. 138 y 139.

³⁸⁷ Wilde; Op. Cit., págs. 94 y 95.

³⁸⁸ Muriel, Domingo; Op. Cit., pág. 139 y 140 y Duve; Thomas; “La condición jurídica del indio...”, Op. Cit., pág. 29.

³⁸⁹ Muriel, Domingo; Op. Cit., pág. 140.

³⁹⁰ Egido, Teófanos; “Los jesuitas en el Mundo Hispánico”; Op. Cit., pág. 251 y s.s.

7. Corolarios – Conclusiones

a) Definiciones acerca del alcance y vigencia del Tupambaé y Abambaé guaraní.

Conforme lo desarrollado, como se observó, hay dos conceptos respecto al Tupambaé y Abambaé: uno que refiere al sentido de propiedad, comunal o colectiva (el primero), y particular (el segundo); del cual participan Muriel y los cronistas de la época; y un segundo sentido si se quiere sociológico o antropológico, en cuanto define dichos conceptos como un modo de producción o trabajo, y de apropiación de los bienes. Esta última definición procede de los trabajos antropológicos, históricos y sociológicos que se han efectuado sobre la etnia guaraní, particularmente desde mediados del siglo XX hasta la fecha.

Por lo expuesto, podemos afirmar que existen dos criterios para definir dicho instituto, el iushistórico, y el antropológico, en base a las consideraciones expuestas.

Considero que, ambos no son antagónicos, sino que se complementan; ya que el desarrollo del primero permitió la organización y funcionamiento de los pueblos de misiones o doctrinas en relativa armonía entre los sujetos que la componían.

En cuanto al segundo criterio, permite conocer más las características sociales y culturales de la etnia guaraní; desde un punto de vista objetivo, enfocado en los sujetos colectivos más que en las instituciones.³⁹¹

Respecto al Tupambaé y Abambaé guaraní, consideramos que los mismos no eran una costumbre propia de los guaraníes, sino que fueron forzados a actuar de la manera descripta cuando comenzaban a pertenecer a las Doctrinas. En efecto, todas las crónicas y relaciones que se hacen del pueblo guaraní y de las regiones vecinas, hablan de la falta de previsión de los mismos, y su propensión al abandono y la dejadez. Conforme se citó anteriormente, en la Historia del Paraguay del Padre Charlevoix,

³⁹¹Véase al respecto la obra de Ernesto Maeder y la de Guillermo Wilde, que ilustran claramente dicha postura.

refiere que decidieron los misioneros optar por esa división de la propiedad y del trabajo, a fin de que pudieran mantener su sustento.

Dicha costumbre impuesta por los jesuitas, respecto del derecho de propiedad, fue confirmada por la Real Cédula de D. Felipe V de 1743.³⁹²

No se trata de una costumbre de los pueblos originarios, sino una nueva creada por los europeos y a fin de poder ser sustentable la vida de los indígenas en las Doctrinas.

No hemos querido profundizar acerca de las conflictivas relaciones entre los misioneros jesuitas y los europeos, ya que excedería el objeto de ésta investigación, que se centra en el aspecto histórico jurídico.

Siquieremos hacer referencia, a que la Compañía de Jesús en tierras americanas afrontó tres focos de conflictos: el primero respecto de la relación con las diversas parcialidades guaraníes, desde su llegada hacia 1569 y hasta su expulsión en 1767, que cambió gradualmente de la hostilidad hasta su aceptación, erigiendo a los jesuitas como adalides de los derechos de dicha etnia.

El segundo foco de conflicto será respecto de los españoles, en primer lugar los encomenderos y en segundo las autoridades. En cuanto a los encomenderos, la lucha por mantener sus privilegios fue constante desde el establecimiento de las encomiendas, y sosteniéndose en el tiempo hasta la época de la expulsión. Podría decirse que hubo una victoria pírrica de los mismos respecto de los jesuitas, ya que todo el esfuerzo por destruir su obra si bien fue compensada en 1767; el abandono de las misiones por parte de los mismos guaraníes, arrastró consigo a numerosos encomendados, por lo que a fines de la centuria en estudio la encomienda había dejado de tener el sentido y peso que tenía en el ámbito meridional.³⁹³

³⁹²Charlevoix, Pierre Francois; Op. Cit., Tomo II, pág. 69 y Tomo VI, pág. 374/377.

³⁹³En cuanto a los encomenderos y los guaraníes, es ilustrativa la obra de Laura Salinas, citada anteriormente.

A ello no contribuirán las autoridades españolas, que en una postura ambigua desde el establecimiento de las primeras reducciones, obligados por las Leyes de Indias por un lado y por sus propios intereses por otro, jugarán un papel decisivo en cuanto al destino no sólo de las misiones sino de los jesuitas en América del Sur.

Tanto los conflictos suscitados a raíz del levantamiento de Antequera y Castro en 1744, las posteriores guerras guaraníicas y el Tratado de Madrid de 1750, sellaron el destino de los jesuitas.

Por último, el tercer y último foco de conflicto lo tendrán respecto de los colonos portugueses, relaciones ríspidas desde el principio, dado los diferentes objetivos que guiaban a cada una de las partes en pugna, unos la evangelización, otros el sometimiento a la esclavitud de cuantos pueblos originarios encontrarán a su paso. Dichas circunstancias culminaron con la expulsión de territorio portugués de las reducciones que habían quedado en dicho sitio, a consecuencia del tratado de permuta citado.³⁹⁴

En cuanto a la aplicación o vigencia de ésta costumbre del pueblo guaraní, diremos que sólo fue en las regiones que pertenecieron o estuvieron bajo la órbita de la Compañía de Jesús. El mismo Muriel consigna que los mismos jesuitas no la consideraron válida para los “*indios de la Jurisdicción del Tucumán, por considerarse que iba en contra de la propiedad privada de los mismos indios.*”³⁹⁵

Es ampliamente conocido, que las reducciones decayeron con la administración de los Padres Franciscanos, y que la despoblación de las mismas hizo que los guaraníes volvieran al mismo estado previo a la llegada de los europeos.³⁹⁶

Si consignaremos, que en fecha posterior, y a instancias del Virrey Marqués de Avilés, les será otorgada no sólo la libertad a las pocas familias de aborígenes que todavía quedaban sujetas a los

³⁹⁴ El Padre Hernández efectúa una detallada relación de los conflictos con los portugueses.

³⁹⁵ Muriel, Domingo; Op. Cit., pág. 141.

³⁹⁶ Bruno, Cayetano; Op. Cit., pág. 159.

encomenderos, sino que la propiedad de sus predios. Este tardío auto del 18 de febrero de 1800, no sólo no menciona ni el Tupambaé ni el Abambaé; sino que apenas refiere a la “*comunidad de bienes*” que eran parte de los escasos pueblos de misiones que habían quedado.³⁹⁷

b) Dificultad de establecer una definición de propiedad en las culturas aborígenes.

Dicha circunstancia es observada en todo el continente, y a lo largo de nuestra historia. Sí observamos que en los casos en que se ha impuesto, con fuerza de costumbre, ha seguido las directrices generales en cuanto a frecuencia, perdurabilidad y consentimiento por parte de las autoridades.

Siguiendo a Solórzano, en cuanto a su carácter local expresará: “*Porque siempre el buen legislador, a con quien razón dan los políticos nómbrese Artífice del vivir*”, según AdanContzen, ha de acomodar sus preceptos conforme las regiones y gentes a quienes los endereza, y su disposición y capacidad como lo enseña San Isidoro”.³⁹⁸

En el caso en análisis, se conjugan aspectos diversos que han tratado de ser ordenados de alguna forma por el jurista indiano, de allí la referencia que hará Muriel, el análisis jurídico del mismo.

Analizado desde la óptica actual, no es posible determinar un solo concepto de propiedad respecto de los pueblos originarios, ya que cada uno habrá estado sujeto a las circunstancias del medio propio que le tocó habitar; o históricas según el caso.

Esto en función, por ejemplo, de los habitantes del Noroeste Argentino, con un importante desarrollo agrario, que se vio acrecentado cuando la mayoría de las tribus de dicha región fueron incorporadas al Tahuantisuyu.

³⁹⁷ MariluzUrquijo, José María; “*El virreinato del Río de la Plata en la época del Marqués de Avilés 1799-1801*”, 2ª Edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, 670 págs. págs. 303 a 318.

³⁹⁸ Solórzano, “*Política Indiana*”; Op. Cit., Libro II; Capítulo XXV, pág. 210, y s.s.

Circunstancia distinta de la mayoría de nuestras etnias, que no sólo eran cazadoras y recolectoras, sino que todas estaban atravesando un estadio de evolución asimilable al neolítico, como lo corroboran todos los estudios antropológicos e históricos que se han efectuado sobre los mismos.

Ello conlleva a que dichos grupos étnicos (no sólo los argentinos sino las culturas originarias en general), tengan una relación animista con los objetos o cosas, no sólo la propiedad; dicha circunstancia los hará encuadrar en el período teocéntrico del conocimiento humano.

Si bien ésa era la característica principal del fenómeno jurídico vigente de los pueblos europeos que iniciaron el descubrimiento y la conquista del Nuevo Mundo (españoles, portugueses, etc.); no menos cierto es que para la misma fecha se estaba desarrollando una revolución cultural (El Humanismo), que derivó en el actual sistema de conocimiento, centrado en el hombre. -

Por ello consideramos que es difícil efectuar una definición concreta de la propiedad respecto de los pueblos indígenas, ya que deberá tenerse en cuenta ésta característica de sus procesos de conocimiento, distinta de los de nuestro mundo occidental.

Parafraseando a Hume, el mismo fenómeno (la apropiación de los bienes); es percibido de manera diferente por cada ser humano, y por cada cultura en particular.

Para comprender el fenómeno de la propiedad de los pueblos aborígenes, se ha establecido la premisa general, de que los mismos eran de uso de todos los miembros de la tribu, sin distinción; y que por ello, los mismos eran de carácter "*comunal*".

Nada más alejado de la realidad, ya que como se ha probado en el caso guaraní, había una clara definición entre los bienes que eran de la comunidad y de lo que era de cada familia en particular, encabezada por el padre.

Y en las crónicas y cartas de relación, encontramos que se diferencia entre los mismos indígenas lo que era del común y lo del cacique o jefe tribal, figura escasamente estudiada.

Por lo que consideramos, se hace un análisis erróneo y general de la propiedad de los pueblos originarios, que parte de un criterio

no sólo racionalista del tema, sino que conlleva a generalizaciones que inducen a confusión.

Consideramos que cada etnia deberá ser estudiada en particular, y que su mundo de conocimiento es distinto que el nuestro.

c) Los Clérigos como operadores jurídicos.

El fenómeno de los clérigos o religiosos como agentes del proceso jurídico, ha sido escasamente estudiado en los últimos tiempos. Consideramos que ése desentendimiento del tema, viene a consecuencia del mismo proceso de secularización del conocimiento iniciado en el Renacimiento como se consignó; y que culminó a mediados y fines del siglo XIX.

En efecto, los agentes del saber por antonomasia, desde el inicio de los tiempos fueron los religiosos. Primero de las cuestiones religiosas, y posteriormente de todo el ámbito de la vida humana: político, jurídico etc.

La culminación de la hegemonía del saber en la institución religiosa será durante la Edad Media. No sólo la Iglesia será la guardiana del saber entre la antigüedad y el mundo medieval, sino que de su seno surgirán los “*studium generalis*”, las universidades.

Andando en el tiempo, el proceso de reforma iniciado por Lutero, hará que lentamente sean suplantados como sujetos transmisores de conocimiento por los legos; proceso que culminará como se indicó en el siglo XIX.

El momento en que Muriel vive corresponde al de declinación de los clérigos como sujetos transmisores de conocimientos. Los mismos no sólo son cuestionados sino que tenidos como arbitrarios y reaccionarios por la Ilustración.

Este proceso que se acelerará en la centuria siguiente, hará que así como fue dejado de lado el argumento de autoridad de los autores en el momento que surgía el racionalismo, así serán dejados de lado como operadores jurídicos válidos.

En este marco es que se trata de rescatar al Padre Domingo Muriel, como un operador del derecho activo y necesario si se quiere para la difusión de las nuevas ideas jurídicas.

e) Alcance y relevancia de la obra del Padre Domingo Muriel.

Como se consignó anteriormente, el sistema utilizado por el Padre Muriel será el de la Escolástica. El mismo será utilizado durante toda la obra para refutar y cuestionar el pensamiento de los autores racionalistas como Heinecio, Grocio o Pufendorf; sin observarse una preocupación por parte del autor de ordenar sistemáticamente los temas a tratar.

No surge todavía de la misma un concepto de sistema en la acepción del racionalismo o la Ilustración.

Según Víctor Tau Anzoátegui, el hecho que define el cambio del casuismo al sistema racionalista es la adopción de éste último concepto, con el sentido actual. La definición de sistema alude al: “conjunto de elementos que se reclaman recíprocamente y se sostienen o sustentan unos a otros mediante un conjunto de tensiones operantes”.⁴⁰⁰

La época en que el Padre Muriel escribió sus “*Rudimenta Iuris*”, corresponde a la etapa previa a la adopción del concepto en el sentido actual, habiéndose consolidado recién durante el siglo XIX la idea de sistema como característico del racionalismo y propio del derecho de la modernidad.⁴⁰¹

Respecto de los “*Rudimenta Iuris*” en sí, observamos, que los temas desarrollados por Muriel, tienen similitud con los tópicos y el orden que se encuentran en la obra de Johann Gottlieb Heineccius: “*Institutionum Imperialium Libri IV. Arnoldi Vinnii*”.⁴⁰²

El autor tomó como referencia dicho texto, efectuando las correcciones y salvedades que creyó eran necesarias.

Hay un entrecruzamiento del concepto del deber moral y del derecho, en cada uno de los tópicos que trata; por supuesto desde la óptica del catolicismo y señalando los errores que creer avizorar en las fuentes racionalistas utilizadas.

⁴⁰⁰ Tau Anzoátegui, Víctor; “*Casuismo y sistema*”; Op. Cit., pág. 160 y 161.

⁴⁰¹ Ibidem cita anterior.

⁴⁰² Aquí utilizada en su versión castellana de 1848.

La presente obra nos permite un acercamiento al pensamiento del mundo universitario de mediados del siglo XVIII, etapa de transición de la Escolástica a la Modernidad.

Lo realmente novedoso en la obra de Muriel, es que si bien mantiene el método escolástico aristotélico, y el sistema de citas propios de su formación; es llamativo ver cómo utiliza conceptos que corresponden a los nuevos filósofos racionalistas como y Heinecio y Grocio.

Si bien mantiene una postura crítica de los mismos, por ser de confesiones distintas, no menos cierto es que toda la estructura de la obra en lo que respecta al derecho de propiedad lo realiza siguiendo éstas directivas.

El miedo de Muriel es al establecimiento de una regla o reglas, que pudieran producir una conducta injusta entre las personas.

Podría haber utilizado las enseñanzas de Luis de Molina o del mismo Santo Tomás al momento de dar las explicaciones y fundamentos respecto a la posesión y la adquisición del dominio, pero se basará concretamente en autores contemporáneos y exponentes de las nuevas ideas del racionalismo.

Lejos está de la escolástica medieval, salvo lo metodológico, y se acerca progresivamente a las ideas de la Ilustración predominantes en su siglo.

Aunque como fuera observado anteriormente, no se cumplen las premisas o pautas que oportunamente refiriera Víctor Tau Anzoátegui a fin de consolidar un cambio del sistema de casos al sistemático del racionalismo.

Por otra parte, nos demuestra que las ideas y las corrientes Ilustradas eran conocidas profundamente por toda la sociedad y muy en especial por los operadores jurídicos del derecho como lo eran los clérigos en dicha centuria.

Bibliografía

Fuentes Inéditas

- **Blaquier, Rodolfo**; *“Historia del derecho de propiedad: precedentes hispánicos desde el siglo XIII y su desarrollo en la Argentina hasta el presente”*, 1975.
- **Canet, Viviana**; *“Sobre el marco constitucional de los pueblos indígenas”*, 2007.
- **Carrasco, Nélica Ángela**; *“Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio indígena. estudio del caso LhakaHonhat c/Estado Argentino”*; 2009.
- **Díaz Guerra, Carlos J.**; *“Etnografía de los pueblos salvajes del Río de la Plata”*; en 1911.
- **González, Ricardo O.**, *“Proyección social de los pueblos originarios con posterioridad a la reforma constitucional de 1994”*; 2007.
- **Hernández, Manuel**; *“Etnografía de los pueblos salvajes del Río de la Plata”*; 1909.
- **Juliáñez, Héctor**; *“Condición jurídica de los indios”*, 1896.
- **Piedrabuena, Manuel Eduardo**; *“Las instituciones políticas y la familia en los pueblos indígenas que habitaron el territorio argentino”*, de 1967.
- **Muriel, Domingo**; *“Breve noticia de las Misiones Vivas de la Compañía de Jesús en la Provincia del Paraguay”*; 1762, Tomo único, 131 folios, manuscrito.
- **RabinovichBerkman, Ricardo**; *“El derecho matrimonial del Tawantisuyu tardío”*; 1990.
- **Sauze; Luis A.**; *“Las tribus salvajes ante el derecho internacional”*; 1873.
- **Tabossi, Juan Carlos**; *“Los pueblos salvajes del Plata en 1912”*.
- **Vázquez, Ramón F.**; *“El Tahuantisuyu”*, de 1920.
- **Zavalía, Eduardo M.**; *“Los indios ante la constitución y las leyes”*; 1892.

Fuentes Históricas

- **Aquino, Tomás de**, “*SummaTheológica*”; www.documentacatholicaomnia.eu%2F03d%2F1225-
- **Charlevoix; Pierre Francois de**, “*Historia del Paraguay*”; VI Tomos; del P. Charlevoix.
- **Cuerpo del Derecho Civil Romano**; Edic. facsímil de la de 1889, Krieger, Hermann y Osenbrügger, con comentarios de Ildefonso García del Corral; Valladolid, 1988; VI Tomos.
- **Guzmán, Ruy Díaz de**; “*La Argentina*”; Emecé Editores S.A., Buenos Aires, 1998; ISBN 950-04-1888-6; 276 págs.
- **Escrive, Joaquín**; “*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*”; Imprenta Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, 4 Tomos, Tomo 2º, 1167 págs.
- **Feijoo, Benito**; “*Theatro crítico y universal, o discursos varios en todo género de materias, para desengaños de errores comunes*”; Imprenta Antonio Pérez de Soto, Madrid, 1765, 8 Tomos, Tomo II; 482 págs.
- **Heineccius; Johann Gottlieb**; “*Comentario académico y forense a la obra de Arnol dovinnio a los cuatro Libros de las Institutas Imperiales de Justiniano*”; Librería de B.J. Oliveres; Editor e impresor, Barcelona, 1887, II Tomos.
- **La Biblia, Libro del Pueblo de Dios, Edit.**
- **Los Códigos Españoles, concordados y anotados**; 2ª. Edición, Antonio de San Martín Editor; Madrid, 1878. XII Tomos.
- **Morelli, Ciriaco**; “*RudimentaJurisNaturae et Gentium*”; Apud Josephum Rosa, Venetiis MDCCXCI; Tomo único, 453 págs.
- **Muriel, Domingo**, (Dit. Ciriaco Morelli); “*Elementos de Derecho Natural y de Gentes.*”; Universidad de La Plata, Biblioteca Centenaria; Imprenta de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1911; Tomo único, 440 págs.
- **Pufendorf, Samuel v**; “*Le droit de la Nature et des gens, ousysteme general des principes plus important de la morale, de la jurisprudence et de la politique*”; Traduit du

latin par Jean de Barbeyrac; Chez EmanuelThourneisen; Basle,1750. II Tomos.

- **Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias;** Imprenta Julián de Paredes; Madrid 1680, 4 Tomos.
- **Sepúlveda, Juan Ginés de,** “*Demócrates Alter*”; *GenesiiSepulvedaeCordubensisDemocrates alter, sive de justis belli causisapud Indos = Demócrates segundo o De las justas causas de la guerra contra los indios* (prólogo, traducción y edición de Marcelino Menéndez y Pelayo)
- **Solórzano Pereira, Juan de;** “*Política Indiana, Gobierno Municipal de las Indias Occidentales*”; Impr. Diego de la Carrera; Madrid, 1648; II Tomos; Tomo I, 496 págs. Tomo II págs. 249 y s.s.
- **Vitoria, Francisco de;** “*Relecciones Teológicas*”; Editorial Enero; Buenos Aires, 1946; 729 págs.

Editas

- **Aldama, Antonio M;***Iniciación al estudio de las Constituciones de la Compañía de Jesús*, Roma, C. I. S, 1979 196-199, <http://www.documentacatholicaomnia.eu>
- **Anguita Olmedo; Concepción;** “*La cuestión de Gibraltar: orígenes del conflicto y propuestas de restitución (1704-1900)*”; Madrid, 2016; Memoria para optar al grado de Doctor; Universidad Complutense de Madrid; 1997; 766 págs.
- **Aspell de Yanzi Ferreira, Marcela;** “*UniversitasCordubensisTucumanae. La enseñanza del derecho y sus textos de estudio. Siglo XVIII;* Revista Mexicana de Historia del Derecho; N.º XXV; UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año 2012; págs. 21- 66.
- **Ávila Martel, Alamiro de;** “*Régimen de los Indios en las Guerras de Arauco*”, en *Actas y Estudios del III Congreso de Derecho Indiano*, Madrid, 1972; págs. 325-338.

-
- **Bellomo, Manlio**; “*The common legal past of Europe*”; The Catholic University of America Press”; Washington, 1995, 252 págs.
 - **Birocco, Carlos María**; “*Los indígenas de Buenos Aires a comienzos del siglo XVIII: los Reales Pueblos de Indios y la declinación de la encomienda*”; Revista de Indias, 2009; Vol. LXIX, núm. 247, págs.
 - **Bravo Lira, Bernardino**; “*Poder y respeto a las personas en Iberoamérica – S.S. XVI a XX*”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1989. pág. 45.
 - **Bruno, Cayetano**, “*Las Reducciones Jesuíticas de Indios Guaraníes 1619-1818*”; Edics. Didascalía, 1ª Edición, Santa Fe, 1981; 170 págs.
 - **Bruno, Cayetano**, “*Historia de la Iglesia en Argentina*”; Editorial Don Bosco, Buenos Aires; XII Volúmenes, 1966 a 1971.
 - **Cabrera, Vicente**; “*Noticias bio bibliográficas acerca del Padre Domingo Muriel*”; Universidad de Córdoba, Año 2 N.º 3 Mayo de 1915; <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/download/3337/6156>
 - **Cahill, David**; “*Nobleza, identidad y rebelión: los incas nobles del Cuzco frente a Túpac Amaru (1778-1782)*”; en *Histórica*, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); Vol. 27, Núm. 1; Lima, 2003. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/historica/issue/view/825>
 - **Canals Frau, Salvador**; “*Poblaciones indígenas en la Argentina*”; Editorial Sudamericana; Buenos Aires, 2ª. Edición 1973; 575 págs.
 - **Cannata, Carlo Augusto**; “*Historia de la ciencia jurídica europea*”, Edit. Tecnos, Madrid 1996; ISBN 84-309-2926-6; 242 págs.
 - **Carpintero Francisco**; “*MosItalicusMosGallicus y el Humanismo racionalista*”; Veroeffentlichungen des Max

- Plank-Institut für Europäische Rechtsgechichte, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1977; 109-171.
- **Carpintero, Francisco**; “*Historia del Derecho Natural*”, Univ. Nac. México; México, 1999, 352 págs.
 - **Cassirer, Ernst**; “*Filosofía de la Ilustración*”; Fondo de Cultura económica; 4ª Reimpresión, Madrid, 1993, 403 págs. I.S.B.N.: 84-375-0350-7
 - **Castellán, Ángel y otros**; “*Historia de la cultura occidental y de la Nación Argentina*”; Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales; Buenos Aires, 1980, 605 págs.
 - **Chiaramonte, José Carlos**; “*La Ilustración en el Río de la Plata, Cultura eclesiástica y cultura laica durante el Virreinato*”; Puntosur Editores; Buenos Aires, 1989; 366 págs. [ISBN 950-9889-09-1](#)
 - **Córdoba, Fray Antonio S.C. (O.F.M.)**; “*La Orden Franciscana en las Repúblicas del Plata*”; Imprenta López, Buenos Aires, 1934, 375 págs.
 - **Dani, Alessandro**; “*Il Cinquecento e il Seicento*, in Alessandro Dani, Maria Rosa Di Simone, Giovanni Diurni, Marco Fioravanti, Martino Semeraro, *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, pp. 39-40, Giappichelli, Torino, 2012, [ISBN 9788834829974](#).
 - **De Blassi, Fernando Martín**; “*El Análisis de la Justicia como virtud en Tomás de Aquino*”; *Revista Chilena de Estudios Medievales*; Número 2, julio-diciembre 2012, 55-80. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/412194>.
 - **Delgado Barrado, José Miguel**; “*América y el proyecto de compañías privilegiadas de José de Carvajal (1745-1754)*”; [Brocar: Cuadernos de investigación histórica](#), ISSN 1885-8309, N.º 22, 1998.
 - **Díaz Couselo, José María**; “*El ius Comune y los privilegios de los indígenas en la América Española*”; *Revista de Historia del Derecho*; N.º 29, 2001; I.N.H.I.D., pp- 267-306.

-
- **Díaz Couselo, José María;** “*La historia jurídica y las fuentes del derecho*”; Revista de Historia del Derecho, N.º 14; Buenos Aires, 1986, págs. 95 a 122.
 - **Duve, Thomas;** “*La condición jurídica del indio y su consideración como miserabilis en el Derecho Indiano*”. Extracto del volumen *Un giudice e dueleggi*; GiuffrèEditore, 2004, 33 págs.
 - **Egido, Teófanés, Burrieza Sánchez, Javier y Revuelta González, Manuel;** “*Los Jesuitas en España y en el Mundo Hispánico*”; Fundación Carolina; Marcial Pons Edits. Madrid, 2004; 310 págs.
 - **Ferrater Mora, José;** “*Diccionario de Filosofía abreviado*”; Edit. Sudamericana, Buenos Aires 1970; Tomo único, 478 págs.
 - **Ferré Alejandro, y Garavelli, Hugo J.;** “*La educación en el Río de la Plata durante el período colonial*”; Revista Cruz del Sur, Año 1, N.º 1; págs. 113-202; http://www.revistacruzdelosur.com.ar/RHCZDS_001.htm
 - **Furlong, Guillermo;** “*Vida del Padre Domingo Muriel, SJ*”, Buenos Aires, Edit. Peuser, 1947; 257 págs.
 - **García, Juan Agustín;** “*La ciudad indiana*”; L. J. Rosso Editores, Buenos Aires, 1933, 352 págs.
 - **García Gallo, Alfonso;** “*La Ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*”; Anuario de Historia del Derecho Español; N.º 21/22 (1951-1952); Tomo U. págs. 607 a 730.
 - **García Gallo, Alfonso,** “*Manual de Historia del Derecho español*, Artes Gráficas y ediciones, Madrid, 7ª Edición, 1977; II Tomos, Tomo II, 996 págs.
 - **García Gallo, Alfonso;** “*Metodología de la Historia del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 18.
 - **García de Valdeavellano, Luis;** “*Curso de Historia de las Instituciones Españolas*”; Edit. Revista de Occidente; Madrid, 1973, 762 págs.
 - **Gierke, Otto V.;** “*Teorías Políticas de la Edad Media*”; Edit. Huemul, Buenos Aires, 1963, 340 págs.

- **Grossi, Paolo**, “*El orden jurídico medieval*”; Marcial Pons, Madrid, 1996, 256 págs. 164.
- **Grossi, Paolo**, “*Mitología jurídica de la modernidad*”, Edit. Trotta, Madrid, 2003, 96 págs.
- **Guerrero Villar, Joaquín**; “*El tratado de paz con Inglaterra de 1713. Orígenes y culminación del desmembramiento de la Monarquía Española*”; Madrid, marzo 2008; 576 págs.
- **GutierrezAzopardo, Ildefonso**; “*Los Papas en los inicios de la Trata Negrera*”; octubre 2008, <http://www.africafundacion.org/spip.php?article1847>.
- **Guzmán Brito, Alejandro**; “*MosItallicus y mosgallicus*”; Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; N.º 2, 1978; 29 págs.
- **Hera, Alberto de la**; “*La Monarchiacatholica española*”, Anuario de Historia del Derecho Español; N.º 67, Madrid, 1997; ISSN 0304-4319, págs. 661-676
- **Hernández, Pablo, S.I.**, “*Organización Social de las doctrinas guaraníes de la Compañía de Jesús*”; Gustavo Gili Editor, Barcelona, 1913, Tomo I, 719 págs.; Tomo II, Barcelona, 1915; 608 págs.
- **Hessen, Johannes**; “*Teoría del conocimiento*”; Instituto Latinoamericano de Ciencias y Artes, 1981; 82 págs.
- **Jiménez Abollado, Francisco Luis**; “*Mercedes y privilegios para consolidar un mayorazgo indiano: de Don Pedro Moctezuma Tlacahepantzin a Don Pedro Tesifón Moctezuma; Primer Conde de Moctezuma 1569-1639*”; “[en Boletín Americanista](#), ISSN 0520-4100, [N.º. 63, 2011](#)”, págs. 189-210; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5104195>
- **Le Goff, Jacques**; “*La Baja Edad Media*,”; Edit. Andrómeda; 17ª Edición; México, 1986; 336 págs.
- **Leiva, Alberto David**; “*Supervivencia del Régimen señorial y transición al Derecho Moderno en los inicios de la Colonización del Río de la Plata*”; en Revista de Historia

- de América, Número 93, enero-junio 1982; Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México 1982.
- **Levaggi, Abelardo**; “*República de Indios y república de españoles en los Reinos de Indias*”; Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N.º XXIII; Valparaíso, 2001; págs. 419-420.
 - **Levene Ricardo**; “*Introducción a la historia del Derecho Indiano*”; Edit. Abeledo; Buenos Aires, 1924, 351 págs.
 - **Lima Glez. Bonorino, Jorge, y Lux-Wurm, Carlos**; “*Colección de documentos sobre los conquistadores y pobladores del Río de la Plata*”; Revista del Instituto Histórico Municipal de San Isidro, San Isidro, 2001, Tomo único, 282 págs., págs. 166 a 173.
 - **Lira Montt, Luis**, “*Los beneméritos de Indias y la gestación de la nobleza en América; Revista de Historia del Derecho N°26, Inst. Invs. del Derecho, Buenos Aires 1998; pág. 239.*
 - **Llamosas, Esteban**; “*La literatura jurídica de Córdoba del Tucumán en el siglo XVIII*”; Lerner Editora SRL; ISBN 978-987-1153-77-0, Córdoba del Tucumán; 2008, 478 págs.
 - **Llamosas, Esteban**; “*Jansenismo, regalismo y otras corrientes en la Universidad de Córdoba*”; Cuadernos de Historia, Nª XVI, Año 2006; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Rep. argentina); pp. 64 a 74; pág. 66 y s.s. [Http://www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)
 - **López Lamerain, Constanza**, “*El III Concilio de Lima y la conformación de una normativa evangelizadora para la Provincia Eclesiástica del Perú*”; IntusLegere, Universidad Adolfo Ibáñez; Santiago de Chile; ISSN 0718-5456;2011, Año 5, Número 2; págs. 51 a 68.
 - **Lynch, John**, “*Historia de España - El siglo XVIII*”; Editorial Crítica; Barcelona, 1991; 408 págs.
 - **Maeder, Ernesto**, “*Nómina de gobernantes, civiles y eclesiásticos de la Argentina, durante la época española - 1500 – 1810*”; Instituto de Historia Facultad de Humanidades, UNNE; Resistencia, Chaco,1970; 173 págs.

-
- **Marías, Julián**; “*Historia de la Filosofía*”; 22ª Edición ampliada; Edit. Revista de Occidente S.A.; Madrid, 1970; 515 Págs.
 - **MaríluzUrquijo, José María**; “*El régimen de la tierra en el derecho Indiano*”; Edición ampliada; Edit. Perrot; Buenos Aires, 1978; 230 Págs.
 - **MaríluzUrquijo, José María**; “*El Virreinato del Río de la Plata en la época del Marqués de Avilés 1799-1801*”; Editorial Plus Ultra; 2ª. Edición; Buenos Aires, 1987; 670 Págs.
 - **Martiré, Eduardo**, “*El Derecho Indiano, un derecho propio particular*”, en RHD N.º 29 (2001), p. 361.
 - **Martínez Martínez, Faustino**; “*Ecós cronísticos del rey- Juez medieval*”; 303 a 356, pág. 307. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3431286>
 - **Martínez Rojas; Francisco Juan**; “*Trento: encrucijada de reformas*”; StudiaPhilologica Valentina; Vol. 10, n.s. 7 (2007) 201-239 ISSN: 1135-9560
 - **Miguelés, Agustín, O.S.A.**; “*Jansenismo y Regalismo en España*”, Imprenta de Luis de Gavira; Valladolid, 1895; 486 págs.
 - **Morner; Magnus**; “*Actividades políticasy económicas de los jesuitas en el Río de la Plata*”; Edit. Hyspamérica; 1ª Edición, Buenos Aires, 1986; ISBN 950-614-371-4; 261 págs.
 - **Muro Orejón, Antonio**; “*Legislación general de Felipe V para las Indias*”; R.H.D. “Ricardo Levene; Número 18, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1967, 269 págs.
 - **Numhauser, Paulina**; “*El Real Patronato en Indias y la Compañía de Jesús durante el períodoFilipino (1580-1640), un análisis inicial*”; *Boletín Americanista*, año LXIII. 2, N.º 67, ISSN: 0520-4100; Barcelona, 2013, págs. 85-103.
 - **Núñez y Ruiz Díaz, Sergio R.**, “*El pago del derecho de Lanzas en el Virreinato del Río de la Plata, siglos XVIII-*

- XIX; en Revista Cruz de Sur, 2011, año I, núm. 1 Págs. 203-244, ISSN: 2250-4478.
- **Núñez y Ruiz Díaz, Sergio R.**, “*El concepto de propiedad en la obra del padre Domingo Muriel, S. J.*”; [Actas del XIX congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano](#): Berlín 2016 / coord. por [Thomas Duve](#), Vol. 1, 2017, ISBN 978-84-9148-421-9, págs. 621-638
 - **Oliveros, Martha Norma**; “*La Construcción jurídica del régimen tutelar del indio*”; en Revista del Instituto de Historia del Derecho, “Ricardo Levene”; Buenos Aires, 1967; pp. 105-128.
 - **OtsCapdequí, José María**; “*El Estado español en las Indias*”; Fondo de Cultura Económica; 4ª Edición; México, 1965. 184 págs.
 - **Peña, Javier**; “*Universalismo moral y derecho de gentes en Francisco de Vitoria*”; [Revista de estudios histórico-jurídicos](#), ISSN 0716-5455, [N.º 28, 2006](#), págs. 289-310.
 - **Perusset, Macarena**; “*Guaraníes y españoles, Primeros momentos del encuentro en las tierras del antiguo Paraguay*”; Anuario del Centro de Estudios Históricos “Prof. Carlos A.S. Segreti”, ISSN 1666-6836; Córdoba (Argentina); Año 8, N.º 8, 2008; págs. 245 a 264.
 - **Perusset, Macarena**; “*La ocupación indígena del territorio Rioplatense: intercambios culturales durante el período colonial (Siglos XVI-XVII)*”; Revista Complutense de Historia de América; ISSN: 1133-8312; Vol. 38; 2012, págs. 9-32.
 - **Perusset, Macarena**; “*Reglamentación jurídica vs. usos y costumbres en el Paraguay colonial temprano (1542-1612)*”; Antíteses, ISSN-e: 1984-3356; Vol. 2, N.º 4, julio dic. 2009, págs. 991-1010.
 - **Ponssa de la Vega de Miguens, Nina y Trincavelli, Nélica**; “*Los derechos reales en Roma*”; Ediciones Lerner, 1ª Edición; Buenos Aires; 1971; 181 págs.

-
- **Porcel, Roberto Edelmiro**, “*Pueblos originarios argentinos*”, Edit. Edivern, Buenos Aires, 2012, ISBN 978-987-33-3000-1; 182 págs.
 - **Rodríguez, Rubén**; “La encomienda en el Río de la Plata Siglos XVI y XVII (1580-1650)”. *Revista Cruz del Sur* N° 13, San Isidro, 12 de octubre de 2007.
 - **Rodríguez Vicente, M^a Encarnación**; “*El derecho de Media anata*”, en VI Congreso del Inst. Int. de Historia del Derecho Indiano; Inst. Coop. Iberoamericana Edit., Valladolid, 1986, T. U.pág. 465.
 - **Ruiz Rodríguez, Virgilio**, “*Sto. Tomás de Aquino y la filosofía del derecho*”; Revista: En-claves del pensamiento; Año 2016, Vol. 10, Número 19; págs. 13 a 40; ISSN 1870-879X, <https://dialnet.unirioja.es/servlet>
 - **Rus Rufino, Salvador**; “*Evolución de la noción de Derecho Natural en la Ilustración española*”; [Cuadernos Dieciochistas](#), ISSN 1576-7914, N° 2, 2001, págs. 229-259, pág. 230. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=8017>
 - **Salinas, María Laura**; “*Encomienda, trabajo y servidumbre indígena en Corrientes, Siglos XVII-XVIII*”; Universidad Internacional de Andalucía, 2008; 152 págs. ISBN 978-84-7993-140-7-
 - **Sonda, Mariana**; “*Principio de la inviolabilidad de la propiedad. Antecedentes romanos y su recepción en la legislación argentina*”; Revista de Derecho Privado, N.º 24, enero-julio 2013, p.p. 43 a 77.
 - **Spangenberg, Ernesto**; “*Apuntes de un censo de encomenderos del Paraguay de 1754*”; Revista N.º 25, Instituto Argentino de Ciencias Genealógicas, Buenos Aires, 1992 pág. 327 y s.s.
 - **Stoetzer, O.Carlos**; “*El pensamiento político en la América Española durante el período de la emancipación (1789-1825)*”; Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966; Volumen I; 247 págs.

- **Suárez, S.;** “*Organización social de las Misiones Jesuíticas*”; “Anales de la Facultad de Derecho; Tomo XIX; Buenos Aires, 1918; 531 págs., pág. 210/211.
- **Tau Anzoátegui, Víctor;** “*Casuismo y sistema*”; Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; Buenos Aires; 1992, 617 págs.
- **Tau Anzoátegui, Víctor;** *El poder de la costumbre*; “Estudios sobre el derecho consuetudinario en la América hispana hasta la emancipación, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; Buenos Aires, 2000, 206 págs.
- **Tau Anzoátegui, Víctor;** “*El tejido histórico del derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García-Gallo*”, en RHD N.º 21 (1993), pp. 9-72
- **Tau Anzoátegui, Víctor;** “*El jurista en el Nuevo Mundo*”; Global Perspectives on legal history; Max Planck-Institut für Europäische Rechtsgechichte; Volumen 7, Frankfurt am Main, 2016; 267 págs.
- **Terráneo, Sebastián;** “*Derecho Canónico Indiano: una hipótesis sobre su naturaleza y contenido*”; R.H.D., N.º 46, INHIDE, Buenos Aires, julio-diciembre 2013 pp. 99-110.
- **Vas Mingo, María del Milagro;** “*Las Ordenanzas de 1573, sus antecedentes y consecuencias.*”; Revista Quinto Centenario, N.º 8, Universidad Complutense, Depto. de Historia de América; 83 – 102, pág. 93.
- **Velázquez de Figueroa, Vicente O.P.;** “*Historia de la Universidad de Valladolid, Extraída de su Libro Becerro*”; Valladolid, Imprenta Castellana, 1905; 500 Págs.
- **Vera de Flachs; María Cristina;** “*Enseñar y catequizar. El mandato de los profesores jesuitas de la Córdoba del Tucumán en el siglo XVII*”; Rhela. Vol. 13. Año 2009, pp. 189 – 212, págs.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3196973.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ar&client=firefox-b>

- **Villey, Michel,** “*Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*”, Ghersi Editor; Buenos Aires, 1978; 82 págs.

- **Vogel, Carlos Alfredo**, “*Historia del Derecho Romano*”; Editorial Perrot; 5ª. Edición; Buenos Aires 1977; 378 págs.
- **Weber, Max**; “*La ética protestante y el espíritu del capitalismo*”; Terramar Ediciones, La Plata, 2006, ISBN - 10 978-987-1187-73-7; 233 págs.
- **Wiaeker, Franz**; “*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*”; Edit. Aguilar, Madrid, 1957; 563 págs.
- **Wilde, Guillermo**; “*Religión y Poder en las misiones guaraníes*”; SB Editorial, 2ª Edición; Buenos Aires, 2016, ISBN 978-987-1984-62-6; 510 págs.
- **Ylanga Pendi, Augusto**; “*Historia de la Universidad en Europa*”, Universitat de Valencia, 2000, 251 págs.
- **Zorraquín Becú, Ricardo**; “*La Condición Política de las Indias*”; en Revista del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; N.º 2; Buenos Aires, 1972.
- **Zorraquín Becú, Ricardo**; “*Nuevas consideraciones sobre el Derecho Indiano*”, en RHD N.º 25 (1997), p. 505.
- **Zorraquín Becú, Ricardo**; “*Las Capitulaciones Rioplatenses*”; en Revista Chilena de Historia del Derecho; N.º 11, 1985; Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Santiago de Chile, 1985; pág. 86 y s.s.
- **Zorraquín Becú, Ricardo**; “*La organización política argentina en el período hispánico*”, Edit. Emecé; Buenos Aires 1959, págs. 381 397.
-