

REVISTA DE REVISTAS

Historia del derecho 448

tivo, no interviene para evitarlo, pero sí la guardia armada sabedora del acecho para dar muerte a alguien, que se aleja del lugar. En esta hipótesis de hecho abierta, la omisión se equipara al curso causal activo.

La participación en materia de delitos omisivos comprende muchos problemas. Aparte del que surge de los ejemplos ya indicados, se da la hipótesis de la concurrencia, por acción u omisión, en el delito omisivo ajeno, como ocurriría con la instigación a la violación de un deber jurídico o la facilitación *a priori* de los medios para ocultarla. Otro problema es el concurso de omisiones.

He aquí, pues, que ambas especies de delitos de omisión presentan aspectos y particularidades de gran relieve doctrinal y práctico: resultado y dolo en los delitos omisivos propios, relaciones entre la violación del deber jurídico de impedir el resultado y el principio de legalidad en los delitos omisivos improprios, causalidad de la omisión. coparticipación delictiva en materia de omisión. Aunque ellos no representen graves derivaciones respecto de los conceptos generales de la responsabilidad penal, merecen especial estudio por la tendencia a una mayor incriminación de estas especies delictivas.

Alvaro BUNSTER

HISTORIA DEL DERECHO

ABELLAN VELASCO, Manuel, "Viviano y la *castratio puerorum*. (A propósito de D 9,2,27,28)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. LII, 1982, pp. 733-749.

El autor examina una doctrina de Viviano referida en texto de Ulpiano 18 *ad edictum* D 9,2,27,28. El texto dice que si alguien castra un niño esclavo y lo hace así más valioso, según la opinión de Viviano, no responde por la acción de la ley Aquilia, pero sí por la acción de injurias o por la acción del edicto de los ediles curules o por la acción del cuádruplo (*aut ex edicto aedilium aut in quadruplum*). A partir de este texto, el autor se propone tres cuestiones: ¿existió un edicto específico de *castratione puerorum* emitido por los ediles curules? ¿qué sabemos del jurista Viviano? y ¿cómo explicar los medios procesales que menciona el texto?

La primera cuestión la resuelve afirmando, como hipótesis, la existencia de un edicto especial sobre la castración de esclavos, distinto

del relativo a la venta de esclavos (*de mancipiis vendundis*, Lenel § 293). En favor de esta hipótesis argumenta que a los ediles curules se encomendó la vigilancia de las costumbres y que con la humanización del trato a los esclavos, su castración llegó a ser considerada inmoral; esta consideración hizo que los ediles curules se ocuparan de ella y emitieran un edicto especial. Esta hipótesis ya la había formulado, como reconoce el autor, Impallomeni en su *L'editto degli Edili Curuli* (1955).

Acerca de la vida y obra del jurista Viviano, el autor nos ofrece en síntesis lo que han concluido otros estudiosos, pero sin aportar algo nuevo.

La explicación de los medios procesales señalados por Viviano para exigir responsabilidad a quien hace la castración del esclavo es realmente lo que más interesa. Viviano dice que no procede la acción de la ley Aquilia; Manuel Abellán explica acertadamente esta afirmación diciendo que no procede tal acción porque ella presupone la comisión de un daño patrimonial, mientras que la castración del esclavo produce un aumento en su valor comercial. Viviano dice que procede la acción de injurias, lo cual se explica si consideramos que maltratando a un esclavo se hacía injuria a su dueño; el autor hace ver que para el ejercicio de esta acción se requiere que haya dolo en el autor de la injuria, pero piensa, a mi juicio sin fundamento, que el dolo podía ser cometido "indirectamente", por ejemplo en el caso de alguien que ha recibido en consignación un niño esclavo para venderlo y lo castra para obtener por él un mejor precio (p. 745). La indicación de Viviano de que puede proceder la acción del edicto edilicio o una acción por el cuádruplo la entiende, siguiendo la mayoría de la doctrina, en el sentido de que es una sola acción edilicia, dada por el cuádruplo, y conjetura que se daba contra quien hiciera la castración (incluso si fuera el dueño) y que era de carácter popular.

Me parece que el estudio no profundiza en el sentido del texto. Esta deficiencia quizá se debe a que el autor se propuso resolver tres cuestiones, la existencia del edicto de *castratione puerorum*, la vida y obra de Viviano y la respuesta de Viviano, cuando en realidad cualquiera de ellas daría lugar a un trabajo especial. La respuesta de Viviano todavía suscita algunas dudas: suponiendo que, como entiende, la mayoría de la doctrina, se refiera a una acción edilicia por el cuádruplo y a la acción de injurias, cabe preguntar: ¿cuál es el valor que sirve de base para determinar la condena al cuádruplo? ¿qué relación hay entre la acción de injurias y esta acción edilicia: son acciones concurrentes, se acumulan o son del ejercicio alternativo? ¿por qué Viviano no habla del proceso criminal establecido por Domiciano y Adriano (D 48,8,4,2),

siendo que era él un jurista que se caracterizaba por estar bien informado? ¿no cabría suponer que el texto ha sido manipulado con fines de simplificación y que lo que se nos conserva como respuesta de Viviano sea un mero resumen de un texto que daba distintas acciones para distintos supuestos de castración?

Jorge ADAME GODDARD

ARENAL, Jaime del, "Gregorio Castellanos y los orígenes de la enseñanza de la historia del derecho en México", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 6, núm. 6, 1982, pp. 237-262.

El artículo es un interesante análisis del libro de Gregorio Castellanos titulado *Compendio histórico sobre las fuentes del derecho*, San Juan Bautista de Tabasco, tipografía de M. Gabucio, 1896. El libro hacía tiempo que había dejado de usarse, pero el gobierno del estado de Tabasco hizo una segunda edición en 1978, y otra en 1979, con lo cual se despertó el interés de los historiadores del derecho por la obra.

Jaime del Arenal encuadra el estudio que hace de la obra de Gregorio Castellanos dentro de un tema más amplio: la historia de la enseñanza de la historia del derecho en México. Hace una rápida, pero completa, revisión de la historiografía jurídica mexicana anterior a la publicación de la obra de Castellanos, y concluye que esta obra es el primer "manual" de historia del derecho que se produce en México. Destaca que el objeto de Gregorio Castellanos al publicar su libro fue eminentemente didáctico: servir para la cátedra de historia del derecho que se cursaba en el Instituto Juárez, de San Juan Baustista, Tabasco, desde 1882.

Para mejor comprender el *Compendio histórico*, Jaime del Arenal ofrece datos biográficos de su autor, con los que logra dar, en pocas líneas, una idea de la personalidad y cultura de Gregorio Castellanos y hasta un vivo retrato hablado del mismo: "un hombre grueso, de lacio pelo y frente muy amplia, ojos hundidos y nariz recta; con un bigote largo y abundante que cae sobre ambos labios, pero sin aquellas barbas tan comunes a los hombres del siglo pasado".

El análisis del contenido del *Compendio*, ocupa el mayor número de páginas del artículo, y son éstas, a mi parecer, las de mayor interés. El *Compendio* se inicia con un estudio de los "cinco elementos" formativos del derecho mexicano, que son el derecho romano, el cristiano, el bárbaro, el francés y el español. Luego estudia la formación del

derecho propiamente mexicano, entendido como tal el derecho codificado, y especialmente la codificación en el estado de Tabasco. Termina el *Compendio* con un estudio del desarrollo histórico del derecho mercantil en occidente, que concluye con el estudio de los códigos de comercio modernos, y del código mexicano en particular.

Hace ver Jaime del Arenal, con mucha precisión, cuáles fueron las fuentes en que se nutrió el autor del *Compendio*, y cuál era el sentido que para él tenía la historia del derecho: la de ser una nueva explicación de los textos legales, especialmente de los códigos, sancionados por el poder público.

Jorge ADAME GODDARD

BERMEJO CABRERO, José Luis, "La Academia de Derecho Civil y Canónico en el siglo XVIII", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, tomo LII, 1982, pp. 649-671.

Es bien conocido el fenómeno de la aparición de academias para el estudio del derecho en la España de la segunda mitad del siglo XVIII. En términos generales se puede afirmar que sirvieron para ayudar a los estudiosos del derecho, a ponerse al corriente sobre el derecho aplicable en los tribunales, el cual, como es sabido, no se estudiaba en las universidades. Fueron, pues, un instrumento que sirvió de apoyo a los reyes en su política para imponer el estudio del derecho patrio.

En el trabajo que comentamos, el profesor Bermejo hace la presentación y reproduce documentación de una de estas academias, que no era de carácter práctico como las otras, sino, más bien, de orientación tradicional: la Academia de Derecho Civil y Canónico, denominada también de la Purísima e Inmaculada Concepción. Esta Academia surgió en Madrid, a partir de la reunión de algunos profesores de ambos derechos, que se juntaban en el verano para discutir y tratar de comprender mejor las lecciones que habían recibido durante el curso escolar. Conforme se fue haciendo más frecuentemente esta reunión pensaron construir un cuerpo académico o junta, que les permitiera realizar sus objetivos.

Poco a poco fueron llegando más profesores, y se pensó en darle carácter oficial a la Academia, a través de la correspondiente aprobación del Consejo de Castilla, lo cual sucedió el 18 de julio de 1780.

El proceso para su constitución y el análisis de sus estatutos es el contenido de la presentación que hace el profesor Bermejo. A conti-

nuación se reproducen las constituciones de la Real Academia de Derecho Civil, Canónico y Patrio, de 1795, que fueron las que sustituyeron a las elaboradas al tiempo de su creación.

El profesor Bermejo revisa cuidadosamente el proceso de formación de los estatutos, y pasa a continuación a ocuparse de algunos de los aspectos académicos de la institución. El hecho que condiciona en buena medida ciertos aspectos formales de la Academia, es su funcionamiento exclusivamente durante el verano. Así, mientras el resto de las instituciones de enseñanza jurídica iniciaba las vacaciones, la Academia de Derecho Civil y Canónico abría sus puertas. Por esto, según afirma el profesor Bermejo, "muchos aspectos de su funcionamiento difieren de otras instituciones similares".

Entre los aspectos académicos de la Academia que se estudian en la presentación del profesor Bermejo, se encuentran los relativos a los miembros; la forma de ingreso y régimen disciplinario; órganos colegiados, como la junta de elecciones y la general; los cargos académicos y finalmente los ejercicios que en ella se realizaban. Este apartado es de gran interés para el que estudia la enseñanza del derecho en aquella época.

A partir del análisis de sus constituciones, el profesor Bermejo explica la naturaleza de los ejercicios que se celebraban en la Academia, los cuales diferían de los realizados en las demás instituciones de este tipo. En lugar de buscar el complemento de la enseñanza universitaria, la Academia de Derecho Civil y Canónico, buscaba continuar las labores universitarias, siguiendo los mismos esquemas y métodos de la enseñanza impartida en las facultades de cánones y leyes. Sin embargo, desde 1795 se modificó su nombre y se ampliaron sus funciones, comenzándose a impartir, también, cátedras de derecho español. A partir de este hecho, la Academia de Derecho Civil y Canónico y Patrio comienza a parecerse a las demás academias.

El profesor Bermejo sólo reproduce las constituciones de 1795, y a pesar de que en el estudio de presentación explica las diferencias y semejanzas entre los textos de 1780 y 1795, el lector hubiera agradecido la reproducción de ambos documentos. Por lo demás, este trabajo contribuye a ampliar nuestro conocimiento sobre las academias de derecho, por lo que es de gran importancia para los estudiosos de la enseñanza de esa disciplina.

María del Refugio GONZÁLEZ

BODENHEIMER, Edgar, "Is codification an outmoded form of legislation?", en *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, vol. 30, suplemento, 1982.

En un dictamen de la Comisión Judicial del Senado del Estado de California, rendido el 27 de febrero de 1850, se ponderaban las características del derecho codificado, con relación al *Common Law* anglosajón. La materia era no sólo de interés doctrinal, sino de utilidad práctica. Apenas hacía dos años que, a través del Tratado Guadalupe Hidalgo, nuestro país había tenido que ceder prácticamente la mitad de su territorio como consecuencia de la invasión norteamericana. En el dictamen se condenaba al derecho codificado como producto de un pueblo feroz y rudo cuya pasión era la guerra y la conquista, mientras que el *Common Law* era considerado como el sistema al cual el mundo le debe el concepto de gobierno libre, así como las libertades políticas y religiosas.¹

El artículo de Edgar Bodenheimer es, sin embargo, una brillante exposición sobre la recepción del derecho codificado en Estados Unidos y, sin lugar a dudas, hubiera sido la mejor contestación al dictamen de 1850.

En 1835, una Comisión designada por el gobernador de Massachusetts había dictaminado sobre la viabilidad y prontitud para implantar un escueto y sistemático código. Al frente de la comisión estuvo uno de los juristas de mayor influencia en México, Joseph Story. Sus conclusiones vislumbraron tres ventajas a la codificación: a) Daría certeza, claridad y facilidad de referencia, b) Evitaría la diversidad de volúmenes que contienen las decisiones judiciales y c) Armonizaría las decisiones judiciales contradictorias.

La codificación comenzó en 1866 con el Código Civil para el entonces Territorio de Dakota. Dicho Código se basó en el proyecto de David Dudley Field de Nueva York. Este proyecto influyó en los Códigos Civiles de California (1872), Idaho (1887), Montana (1895), entre otros.

No obstante, el contenido de los códigos tuvo como modelo al *Common Law*, en lugar de los principios del derecho romano. De esta manera, los códigos americanos se apartaron del Código Napoleón fundamentalmente en lo que concierne a la omnicomprensión del concepto de código. La orientación de los americanos fue a dejar margen para la aplicación de las reglas del *Common Law*.

Según Bodenheimer, el resultado de esta orientación fue que los tri-

¹ Cfr. Committee on Judiciary, "Report on Civil and Common Law", 1 *California Reports*, 592.

bunales dejaron de observar el contenido de los códigos y aplicaban las tradicionales reglas del *Common Law*, haciéndolo aún a pesar de que la disposición codificada diera fundamento a la regla no codificada. Este resultado ha llegado al extremo cuando, por ejemplo, en el caso *Li v. Yellow Coab Co.* 119 *California Reports* 858 (1975), la Suprema Corte de California decidió en contra de un texto expreso del Código Civil (artículo 1714).

El autor explica igualmente que los códigos americanos han fracasado debido a que son demasiado formales y altamente complejos, siendo que en la naturaleza de los códigos está la sencillez y claridad. Lo anterior ha provocado que las decisiones judiciales interpretativas se hayan multiplicado dándose, nuevamente, contradicciones.

Pero la tradición histórica del derecho codificado no se agota con Story y Field, también debe mencionarse a Edward Livingston, quien promovió la codificación en Louisiana y planteó la necesidad de una permanente recodificación, que estuviera actualizando a los códigos ya promulgados según la cambiante realidad,² así como con el jurista contemporáneo Roscoe Pound quien promovió la promulgación del *Uniform Commercial Code*.

Bodenheimer logra explicar, así, las deformaciones del movimiento codificador en Estados Unidos debido al subordinamiento de sus ventajas a la tradición del *Common Law*. Interpretando su artículo, tal vez podríamos concluir que las razones del Senado de California de 1850 están todavía latentes en el espíritu del foro americano.

Hubiera sido interesante que Bodenheimer abordara el tema de la codificación y el federalismo, conceptos excluyentes según Jeremías Bentham,³ y que en México y Estados Unidos ha propiciado la discusión sobre la necesaria unificación de diversas legislaciones.

Manuel GONZÁLEZ OROPEZA

BURILLO, J., "La desprivatización del *furtum* en el derecho posclásico", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, tomo LII, 1982, pp. 697-703.

El autor ofrece aquí una sucinta relación de cómo fue substituido el

² Cfr. Morrow, Clarence, "The future of codification in Louisiana", *Tulane Law Review*, vol. XXIX, núm. 2, 1955, p. 249.

³ Cfr. Williford, Miriam, *Jeremy Bentham on Spanish America*, Louisiana State University Press, 1980, p. 31.

concepto privatístico del *furtum*, propio de la jurisprudencia clásica, con un concepto publicístico.

En la ley de las doce tablas, el *furtum* tiene una acepción restringida de sustracción de cosa ajena. Este concepto se amplía por obra de la jurisprudencia decenviral, que llega a concebir como *furtum*, cualquier caso de pérdida o daño patrimonial dolosamente provocado, que no se halle tipificado por la ley. Esta concepción amplia parece necesaria cuando hay pocas posibilidades judiciales para reclamar los daños o pérdidas causados por una conducta ajena. Al generalizarse el procedimiento formulario la situación cambia. Entonces pueden crearse nuevas acciones para reprimir conductas todavía no tipificadas, o para mejorar la protección otorgada por las acciones derivadas de la ley. Aparecen entonces nuevos tipos penales, con nuevas acciones, y nuevas especies de los tipos antiguos, a las que también corresponden nuevas acciones. Este desarrollo condujo necesariamente a la determinación del concepto de *furtum*. La jurisprudencia define que el *furtum* requiere del dolo (*animus furandi*) del autor y del desplazamiento de la cosa (*contraectatio*).

En este momento, el *furtum* es concebido como un delito privado (*delictum*), que da lugar a una obligación a cargo del ladrón de pagar una cantidad pecuniaria como pena al ofendido. La pena viene a ser una substitución de la venganza autorizada. Esta concepción privatística del *furtum*, va a desaparecer, demuestra Burillo, a medida que se va imponiendo el procedimiento cognitorio.

El tratamiento publicístico del *furtum* se inicia a mediados del siglo II a. C., por medio de tribunales especiales (*quaestiones perpetuae*) que conocen de algunas modalidades graves de delitos típicos del derecho privado. Los procesos tramitados ante estos tribunales son llamados crímenes (*crimina*). La evolución va a tomar fuerza con la introducción y desarrollo de procedimiento cognitorio. En esta jurisdicción se desahogan muchos tipos de *crimina extraordinaria* relativos a tipos de *furtum*, como el abigeato, el hurto de cosas hereditarias, la rapiña (subsumida en el *crimen vis*), y otros.

Esto hace que exista, desde el siglo I, la posibilidad de reclamar el hurto por vía ordinaria (que atiende a una consideración privatística), o por vía extraordinaria (atendiendo entonces a una consideración publicística). Poco a poco, el procedimiento cognitorio va desplazando al antiguo procedimiento formulario, hasta que en el siglo III, se impone aquél como procedimiento ordinario. Entonces priva la concepción publicística del *furtum* y, consecuentemente, desaparece la dicotomía *delictum* (privado)/*crimen* (público). La desprivatización del concep-

to de *furtum*, señala Burillo, responde a "la tendencia de la monarquía absoluta a vigilar con mayor rigor los actos contra derecho" (p. 702).

El artículo me parece ser una interesante introducción al tema. Hace falta estudiar esta evolución con más detalle para precisar las consecuencias que tiene la influencia del concepto publicístico del *furtum*, en cuanto a la determinación de los tipos delictuales, el establecimiento de las penas y el posible desarrollo de lo que hoy llamamos una política criminal. Burillo señala (p. 702), siguiendo a Levy, que en el derecho vulgar se pierden los tipos de *furtum*, se establece una pena única por el cuádruplo, y se convierte la pena en un resarcimiento agravado al perderse la distinción entre la repercusión y la pena propiamente dicha. Pero hace falta ver con más detalle cómo se comprende y cómo se trata el *furtum* por la legislación y la jurisprudencia, en relación con el proceso cognitorio de los siglos III y IV. El conocimiento de esto nos dará una mejor comprensión tanto del derecho vulgar, como del derecho de Justiniano sobre la materia.

Jorge ADAME GODDARD

CARPINTERO, FRANCISCO, "En torno al método de los juristas medievales", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, tomo LII, 1982, pp. 617-647.

Es este un artículo de sumo interés en el que el autor pretende señalar lo "más básico de la metodología jurídica medieval", para rebatir la idea, muy generalizada, de que "juristas y teólogos medievales abusaron del razonamiento silogístico de acuerdo con el instrumental lógico, dialéctico y retórico de que se disponía en aquel tiempo".

La intención del profesor Carpintero es mostrar cómo el juicio anterior, aunque está muy extendido y es ampliamente aceptado, es falso, ya que una simple revisión de las fuentes convence al estudioso contemporáneo de que no hubo *un* método en la Edad Media. Para poner en su justo término tanto su aserto como la posibilidad de estar equivocado, hace una revisión historiográfica de todos aquellos autores que se han ocupado del método en la Edad Media. Al lado de esta revisión, o mejor dicho, derivada de ella se va haciendo una explicación sobre lo que, de acuerdo a los juristas modernos y contemporáneos, fue el modo de proceder de los juristas medievales para la elaboración de su ciencia jurídica.

De alguna manera el supuesto de que parte el autor es que la jurisprudencia de la Edad Media "es un amontonamiento de casos prácticos hecho sobre la, a su vez, inmensa casuística romana". Esta situación denominada caótica por el autor no preocupó a los juristas medievales, los cuales se limitaron a glosar, interpretar, aprehender, etcétera, lo que les marcaba, fundamentalmente, el *Corpus Iuris Civilis*. Sin embargo, varios juristas de la época moderna sí señalaban el hecho antes referido.

A partir, pues, del *Corpus Iuris* se hacía el razonamiento jurídico, el cual, no en todos los casos es fácil de tipificar, según afirma el profesor Carpintero. Esto se explica en atención a que los juristas medievales no siempre tuvieron los mismos objetivos, ni los siglos XII, XIII y XIV pueden ser contemplados como un todo homogéneo, en el que siempre se persiguieron los mismos objetivos. En este estudio se analizan algunos de los objetivos de la época, hasta que, hacia el siglo XV, todo lo expuesto en el *Corpus Iuris* y glosado y comentado por los juristas de cada época, se convirtió en *argumento de autoridad*, independientemente del sentido o el valor de lo que contuviera dicho argumento.

A lo largo de la revisión historiográfica que el autor va haciendo sobre el tema, un hecho va quedando claro en la mente del lector, y este hecho es destacado por el profesor Carpintero: aun si se acepta una cierta continuidad entre los juristas de los siglos XII a XIV, "no es fácil seguir el itinerario intelectual que, por lo general, siguieron estos autores". En su opinión, los "juicios de conjunto simplificadores", están condenados a naufragar, "ante la complejidad de la cuestión".

En todo caso, si fuera necesario pronunciarse en torno al método seguido por los juristas medievales, el profesor Carpintero parece que lo haría en favor de uno en el que la inducción y la deducción estuvieran unidas, y sin que entre ellas pudiera detectarse fisura alguna. En palabras del profesor Carpintero, las doctrinas medievales ofrecieron *opiniones probables*.

En la parte final del artículo —apartado cuarto— se analiza el contexto argumentativo en el que se presentaron los razonamientos jurídicos que se describen en los tres apartados anteriores. A juicio del profesor Carpintero, la legitimidad de la argumentación descansaba en la *aequitas*. Pasa, pues, a analizar el significado de este vocablo entre los siglos XII y XIV. Otra vez, se vale de una revisión historiográfica para lograr su objetivo. En este apartado hay un hecho que llama, por lo menos, mi atención, el papel que se le atribuye al juez como exclusivo aplicador de la ley escrita. Esta ley, naturalmente, venía del *Di-*

gesto. El profesor Carpintero explica que también existía la posibilidad —conforme a otra escuela— de que el juez basado en la equidad, completara la ley.

Desde muchos puntos de vista, este artículo es de gran interés, pero quizá su aportación fundamental consiste en que proporciona al lector de habla hispana, los instrumentos para comprender mejor la metodología de la Edad Moderna.

María del Refugio GONZÁLEZ

DAN, Yaron, "The Legal Profession in Palestine during the Byzantine Period", en *Israel Law Review*, Jerusalén, Israel, vol. 17, núm. 3, julio de 1982, pp. 273-289.

El profesor Dan presenta en este artículo un muy atractivo y ameno panorama sobre la práctica jurídica profesional en Palestina. Aunque dedica su atención fundamentalmente al periodo bizantino, también proporciona información sobre los que le preceden cronológicamente, tanto en la historia de Roma como de Grecia.

A decir verdad —y el propio profesor Dan lo señala— este no es un trabajo jurídico, pero es precisamente el tipo de trabajo que enriquece al jurista, a veces, quizá, demasiado apegado a las cuestiones formales.

En términos generales el artículo presenta un panorama de la profesión jurídica desde los remotos tiempos de la Grecia antigua hasta la época del emperador Justiniano, aproximadamente. Los dos primeros apartados, como el propio autor señala, solamente fungen como marco de referencia para poder explicar desde sus orígenes la actividad de los abogados, pero haciendo hincapié en las materias que le sirven para desarrollar su tema en el periodo bizantino. Es esa la causa de que en esos dos primeros apartados recurra exclusivamente a la bibliografía comúnmente aceptada sobre el tema. Cabe señalar que fundamentalmente se apoya en fuentes de autores angloparlantes como Dobson para el periodo griego, y Jolowickz y Schulz para el romano.

Al lado de los hechos más relevantes sobre la actividad de los abogados en Grecia y en Roma, apunta algunas de las características fundamentales del proceso y de la administración de justicia en general. Asimismo atiende a la formación de los abogados, ya que, después, centra su atención en las "universidades" bizantinas en las que se adquirían los conocimientos jurídicos, a saber, Constantinopla y Beirut. Es muy importante destacar que el profesor Dan se va ocupando de señalar

cuáles sujetos eran los que tenían acceso a la formación jurídica. Este es quizá uno de los aspectos más interesantes del trabajo.

A partir del apartado tres pasa a revisar lo que es su tema propiamente dicho. Al igual que en los apartados precedentes no se limita a presentar un esquema rígido, sino que lo enriquece con datos de carácter social y económico. Expone las diversas actividades que podían realizar los abogados y el modo de acceder a ellas. Ya desde entonces, al lado de la práctica profesional privada, podían desempeñarse como asesores de la administración pública o como miembros de ella. El profesor Dan explica también los cambios que se fueron presentando en la formación del futuro abogado, a saber, ya no era suficiente el estudio de la retórica para ser considerado un buen abogado, se fue haciendo cada vez más imprescindible una formación escolar. Es esta la razón de que se hayan formado las escuelas de derecho. De las más importantes del periodo bizantino se ocupa en el apartado cuarto.

En la explicación de la enseñanza escolar a través de "universidades", va dando cuenta del modo en que comenzó a hacerse necesaria la presentación de un examen de tipo práctico para el desempeño profesional del abogado. Este hecho reviste gran importancia, ya que, después del siglo XIII, cuando el estudio universitario se hace general en casi toda Europa, comienzan a distinguirse, una vez más, los conocedores del derecho de los prácticos del derecho. Estos últimos siempre tuvieron que realizar un examen en el que demostraran sus conocimientos del derecho aplicable en los tribunales.

En este último apartado, que es el más largo, después de plantear las cuestiones relativas a la formación escolar de los abogados, se ocupa de revisar testimonios sobre casos concretos de sujetos palestinos que accedieron a la profesión. No se limita a señalarlo como un hecho más o menos generalizado, sino que, proporciona nombres, estrato social, situación económica y otros datos sobre los palestinos que fueron abogados en la época bizantina. Señala también a cuál de las escuelas de derecho asistieron. Por último, destaca la estrecha relación entre abogados y jueces, ambos procedentes de las clases altas de la sociedad, aunque estos últimos no necesariamente habían recibido una formación jurídica.

Como corolario, nos gustaría insistir en que, a pesar de que el artículo del profesor Dan no es estrictamente jurídico, por su contenido resulta de gran interés para el estudioso del derecho.

María del Refugio GONZÁLEZ

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, "La Real Administración del Importante Cuerpo de Minería de Chile (1787-1802)", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Chile, núm. 8, 1981, pp. 109-130.

En este artículo el profesor Dougnac se ocupa de analizar el funcionamiento de una institución que en Chile precedió al Tribunal de Minería, una vez que se habían promulgado las Ordenanzas de Minas de la Nueva España en 1783. Esta institución se llamó Real Administración del Importante Cuerpo de Minería de Chile; a través de ella se pretendió organizar en cuerpo a los mineros y fomentar la minería.

El surgimiento de esta institución se deriva de la aplicación en Chile de las medidas que llevaron a la promulgación de las Ordenanzas de Minas para la Nueva España. Después de la visita de Gálvez (1765-1771), la corona española trató de insertar nuevos bríos a la minería de las colonias. Pero estas medidas no fueron uniformes, sino que trataron de adaptarse a la realidad concreta de cada uno de los lugares en que habían de operar. La minería chilena no era comparable cuantitativa ni cualitativamente a la peruana o a la mexicana, y en la instrumentación de las Ordenanzas de Minas de 1783 se buscó adaptar su texto a esa realidad.

En Chile también se había realizado desde 1762, una visita a los minerales, trapiches e ingenios mineros. Los resultados de esta visita fueron el punto de partida para la adaptación de las Ordenanzas de la Nueva España al reino de Chile.

El contexto en el que se creó la Real Administración del Importante Cuerpo de Minería, es analizado por el profesor Dougnac; asimismo, se dedica a designar el modo en que operó esta institución. Para fortuna de la minería chilena el primer administrador de la institución en estudio, fue un hombre muy esforzado y sensato, de ahí que tomara una gran cantidad de medidas prácticas que permitieron su mejora.

En las páginas del artículo se analizan tanto las funciones de la Real Administración como la naturaleza. Asimismo, se pasa revista a las medidas que tomó su administrador para hacer más eficaz la industria minera. La primera, fue ordenar una nueva visita a todos los reales mineros. De esta visita se conserva gran cantidad de documentación, de la que da cuenta el profesor Dougnac. Esta documentación consta de cuarenta volúmenes en los que se analizan muy diversos temas relacionados con la minería. Algunos son de carácter administrativo; otros son de naturaleza económica; alguno analiza la situación laboral de los trabajadores de las minas, la propiedad, la infraestructura y

hasta las condiciones climatológicas de los reales mineros. Es esta una valiosa documentación que utiliza el autor, aunque no es su intención desglosarla.

Después del análisis de esta documentación se revisa la actividad de la Real Administración desde su creación en 1787 hasta 1802, fecha en que fue substituida por el Real Tribunal que prescribía las Ordenanzas de Minas de 1783. Dentro de los apartados en que se analiza la Real Administración se pone el acento en averiguar su naturaleza, a saber, si a más de directivo, gubernativo y económico era, también, un órgano jurisdiccional. El profesor Dougnac estima que lo era, y que este hecho fue precisamente el que ocasionó que, finalmente en 1798, se mandara erigir el gremio en tribunal formal. Esto sólo fue posible hasta 1802, dado que los trámites administrativos eran muy lentos, a más que hubo cambio de gobernador por esos años.

El artículo del profesor Dougnac contribuye a enriquecer nuestro conocimiento sobre las instituciones de la industria minera en la América colonial. Poco a poco se va conformando un esquema cada vez más completo, para conocer las peculiaridades con que las instituciones funcionaron en cada uno de los territorios americanos. En esta línea se inscribe el trabajo del profesor Dougnac.

María del Refugio GONZÁLEZ

GARCÍA ABASOLO GONZÁLEZ, Antonio Francisco, "Resultados de una visita a Nueva Galicia en 1576", en *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, 1978, vol. XXXVI, pp. 3-39.

En los últimos años se ha venido trabajando, cada vez más, la institución de la visita. El pionero en esta labor fue Ismael Sánchez Bella, quien ya desde hace tiempo dejó bien delimitadas las importantes funciones de los visitadores de las Indias.

El trabajo que comentamos presenta los resultados de una visita a la Nueva Galicia, realizada en 1576 por órdenes del virrey Enríquez. El encargado de realizarla fue Santiago del Riego, oidor más joven de la Audiencia de México al tiempo en que se le encargó la visita. Los objetivos de esta visita fueron varios, de ellos el de mayor interés para el historiador del derecho es el relativo al análisis y evaluación de la administración de justicia en Zacatecas, el cual en este artículo sólo se analiza tangencialmente.

Desde su fundación en 1550, en Zacatecas se había presentado el

fenómeno de la incorrecta administración de justicia. Varios visitantes habían precedido a Santiago del Riego en la misión de evaluar las causas por las que esto ocurría. Los informes rendidos por estos visitantes señalaban como causas del fenómeno, la lejanía y los ataques de los chichimecas. De ahí que Del Riego recibiera instrucciones para lograr el buen gobierno en esa región. Sin embargo, dado que Zacatecas era el centro minero de mayor importancia en la Nueva España, también recibió instrucciones para buscar el fomento de la minería.

El visitador Del Riego comenzó su labor atendiendo a las cuestiones relacionadas con el orden público. Las quejas por la mala administración de la provincia eran muchas, y para desgracia de los habitantes, el régimen de gobierno y administración había venido sufriendo diversas modificaciones, después de la fundación de Zacatecas, que tenían por objeto lograr un control mayor del lugar, pero desde España, y no desde México. Este hecho había ocasionado una situación confusa que era aprovechada por todos, incluyendo a las justicias reales, en su propio beneficio. De ahí que el desorden administrativo y de gobierno fuera contemplado, hasta cierto punto, como normal.

Otro de los problemas que tuvo que atender Del Riego, fue el relativo a la despoblación de los centros mineros, derivada del constante ataque de los chichimecas. A este hecho, de por sí serio, se le agregaba el de la indebida explotación de las minas a causa de las numerosas infracciones que se cometían, respecto de la legislación vigente: la falta de registro de las minas; los robos en ellas, las trampas urdidas entre comerciantes y guardaminas; el robo de "pepena" por parte de los operarios, los cuales la vendían luego a los comerciantes, y muchas otras cuestiones. Sobre todos estos asuntos el visitador se vio imposibilitado de actuar, ya que, por un lado, las sugerencias fueron mal vistas por otras justicias reales, incluyendo a los oidores de la Audiencia, y por el otro, era tal el desgobierno, que Del Riego no se atrevió a dictar medidas drásticas.

Por lo que toca a la administración y gobierno de las minas, fueron muchos los defectos que encontró el visitador. En su informe decía que no había visto "ninguna república" en la que se tuviera menos cuidado que en esa que estaba visitando.

Otros aspectos de la visita que analiza el profesor García Abasolo González son los relativos a la jurisdicción de Llerena y minas de Sombrerete, y las relaciones de pobladores de ellas. A pesar de su gran interés, sólo importan en forma tangencial al estudioso de la historia del derecho. De todos modos constituyen un valioso auxiliar para la ubicación de los ordenamientos en su verdadero contexto social.

A menudo, el historiador del derecho colonial hace caso omiso de las condiciones sociales en que debían aplicarse las diversas disposiciones jurídicas. El artículo que comentamos a más de mostrar la no aplicación de leyes y ordenanzas, ayuda a que nos expliquemos por qué fue así. En el caso de que se ocupa el profesor García Abasolo González: la lejanía, los ataques de los chichimecas, los intereses creados entre los escasos pobladores españoles del área, los intereses de los miembros de la elite gobernante, la escasez de mano de obra y las diferencias entre los diversos órganos de gobierno son algunos de los hechos que determinaron que, por lo menos, hasta 1576, año en que se realizó la visita de Del Riego, el derecho y la administración de justicia fueran simples enunciados, vacíos, para los habitantes del área. Todo esto y más puede analizarse en el artículo que comentamos.

María del Refugio GONZÁLEZ

GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, "Un *responsum* de Escevola: D7,1,50", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, tomo LII, 1982, pp. 705-710.

La autora examina un *responsum* de Escevola que nos transmite Paulo 3 *ad Vit.* D7,1,50, que coincide fundamentalmente con Escevola 15 *dig.* D33,2,32,5. El texto presenta este caso: el legatario de un fundo recibe el encargo, por fideicomiso, de constituir un usufructo sobre la mitad de ese fundo en favor de una beneficencia (Ticia). El legatario, con su propio dinero, costea la reconstrucción de unos edificios sitios en el mismo fundo que son necesarios para guardar y conservar los frutos que produzca. La cuestión es si el legatario puede cobrar a la beneficiaria la mitad de la erogación que él hizo en beneficio del fundo. La respuesta del jurista es que el legatario, si hizo la erogación antes de que constituyera el usufructo, no quedaría obligado a constituirlo, a menos que la beneficiaria le abonase la mitad de la erogación.

Hace ver la autora que la solución propuesta por el jurista está condicionada al hecho de no haberse constituido el usufructo. Si éste ya hubiese sido constituido, y el propietario hace la erogación, no tiene ninguna acción contra el usufructuario: Como no hay copropiedad entre el nudo propietario y el usufructuario, no se da la acción divisoria para repartirse los gastos; tampoco cabe la acción de gestión de negocio ajeno, pues el propietario invierte en cosa de su propiedad,

y no en una cosa ajena. Si, como es el supuesto de la solución de Escevola, no se ha constituido el usufructo, el propietario tampoco tiene acción para exigir el reembolso proporcional de lo erogado, pero puede negarse a constituir el usufructo, mientras no reciba el reembolso correspondiente, cuando la beneficiaria del fideicomiso se lo exija.

Después de haber hecho su explicación del texto, a mi juicio correcta, Teresa Giménez-Candela analiza la interpretación que hizo Nardi al mismo texto. Él, apoyándose en una conjetura de Beseler, opina que el texto dice que el propietario tiene derecho a deducir la cantidad que erogó en la parte proporcional al usufructo, cuando la usufructuaria le demande la repartición de los frutos producidos. La autora hace ver que esta interpretación es falaz, ya que el texto se refiere a una situación previa a la constitución del usufructo, por lo que no es posible que se plantee una controversia por los frutos debidos al usufructuario.

El trabajo termina con una interesante observación metodológica: "hay que estudiar los textos directamente en las fuentes para poder criticarlos, y sólo después recurrir a las opiniones y censuras de otros autores que pueden haberse ocupado del mismo texto".

Jorge ADAME GODDARD

GONZÁLEZ, María del Refugio, "La Academia de Jurisprudencia Teórica-Práctica de México. Notas para el estudio de su labor docente (1811-1835)", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 6, 1982, pp. 301-317.

El estudio de la Academia de Jurisprudencia, destaca la autora, interesa como parte de la historia del Colegio de Abogados, del cual fue aquella su órgano docente. En España, los colegios de abogados y principalmente el de Madrid, sirvieron, entre otras cosas, para que la corona tuviera un cierto control sobre el gremio de juristas. En la Nueva España se erigió en 1760 el Ilustre y Real Colegio de Abogados, el cual sufriría una mutación importante cuando (1807) pierde su carácter de asociación corporativa de afiliación obligatoria, y se convierte en una asociación privada de afiliación voluntaria.

Uno de los fines del Colegio de Abogados era "propagar y difundir los conocimientos jurídicos"; para llevar esto a cabo, el colegio solicitó permiso para establecer una Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica, que fue concedido en abril de 1794, con la indicación de que

se hiciera "bajo el pie y condiciones con que se hallan las erigidas en Madrid". A la Academia debían de acudir todas las personas que quisieran ejercer como abogados ante los tribunales establecidos: se aceptaban doctores o licenciados en derecho, lo mismo que bachilleres que no querían optar por un grado universitario superior, pero querían ser abogados. Los interesados debían asistir a la Academia durante cuatro años, pasados los cuales obtenían un certificado de los estudios que habían hecho; la presentación de este certificado era requisito indispensable para acceder al examen de abogado, que se verificaba ante la Real Audiencia. Los estudios que se hacían en la Academia eran eminentemente prácticos: tendían a habilitar a los estudiantes para conducirse adecuadamente ante los tribunales. La Academia funcionó normalmente hasta la consumación de la Independencia; en diciembre de 1824 una ley quitó al Colegio de Abogados su carácter corporativo, y parece ser, según dice la autora, que se suspendió la función docente de la Academia.

En el año de 1829 se restableció el Colegio de Abogados y, consecuentemente, la Academia de Jurisprudencia volvió a funcionar. Su labor quedó interrumpida en 1833, pero luego se reanudó en 1835 para continuar hasta 1867. Su misión educativa fue entonces similar a la que tuvo en el virreinato: proporcionar una formación práctica a los aspirantes a la abogacía y expedir una constancia de asistencia, cuya presentación era indispensable para optar al examen de abogado.

Me parece que el estudio de María del Refugio González tiene, además de otras cualidades, el valor de llamar la atención de los historiadores del derecho sobre tal Academia de Jurisprudencia. Su estudio es interesante no sólo, como lo indica la autora, como parte de una historia del Colegio de Abogados, sino también porque demuestra un cambio en la concepción de los estudios universitarios. Gracias a la Academia es posible que se reciba como abogado una persona que no hizo estudios universitarios de grado. Esta sola posibilidad supone, por una parte, un intento de mejorar el nivel de conocimiento de las personas que, sin tener conocimientos universitarios, son quienes gestionan asuntos ante los tribunales; por otra parte, implica que hay un grave distanciamiento entre los estudios universitarios y la práctica judicial. El establecimiento de la Academia viene a ser, a mi juicio, el primer paso para obtener una reforma del plan de estudios universitarios, dominada por la idea de enseñar primordialmente el derecho aplicable (legislado). Bajo esta perspectiva es muy significativo que cuando se reabre la Academia en 1835, su sede se encuentre en el edificio de la Universidad, y que sus actividades cesen en 1867 cuando se

produce el plan de estudios de la carrera de jurisprudencia, de carácter moderno, que sigue siendo el punto de partida de los planes actuales.

Jorge ADAME GODDARD

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen, "Características de la jurisprudencia romana en la época clásica", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, Colombia, núm. 2, julio de 1982, pp. 51-67.

El estudio de las características de la jurisprudencia romana, nos debe permitir —según dicho de la autora— entender las instituciones jurídicas romanas, algunas de las cuales aún perviven, y percibir cuán noble es la tarea del jurista, y cuán indeclinable su responsabilidad en la incesante pugna porque la justicia y los valores supremos del ser humano sean una realidad entre nosotros.

El periodo a estudiar, comprende desde la *Lex Aebutia* (año 130 a.C.) hasta el asesinato de Ulpiano (año 230 a.C.); pues en ese lapso, la jurisprudencia romana alcanzó su máximo esplendor al adquirir rasgos peculiares y únicos.

La jurisprudencia clásica romana, devino laica, es decir, aséptica de la religión y de la política; sólo como "oficio de prudentes depositarios de un saber socialmente reconocido (*auctoritas prudentium*) sin cargo religioso o público expreso".

En seguida, la profesora González nos explica brevemente las características de la jurisprudencia.

Primera, la jurisprudencia se respalda en la *auctoritas* y no en la *potestas*.

Segunda, los jurisprudentes se vinculan con la sociedad y sus necesidades, pero no con el poder político.

Tercera, el caso concreto es el punto de partida a la tarea del jurista, pues tiene como verdaderos los hechos que se le relatan, luego aísla únicamente lo jurídico y finalmente resuelve, no sin tomar en cuenta los usos tradicionales, los tipos de acciones y los negocios jurídicos parcialmente aceptados. Todo lo cual, proporciona la seguridad jurídica.

Cuarta, el método utilizado por los jurisconsultos fue la *tópica aristotélica*, entendida ésta como el conjunto de argumentos (*regulae*), íntimamente conectados con el problema, que permiten obtener una solución históricamente aceptable, plenamente legitimada, cuando la mayoría de los jurisprudentes la aprueban.

Ello significa que, frente al caso concreto, los jurisdicentes formulan y perfeccionan las soluciones; aceptan ciertos pareceres en un determinado sentido, lo cual crea un fondo común de criterios técnicos que trazan el camino preciso, en busca de la opinión más convincente, para resolver la cuestión controvertida, en un caso determinado.

El consejo técnico que el jurisconsulto proporciona a las partes, está destinado a orientarlas para que elijan y desarrollen la *acción* que más se adecue al asunto planteado, y para que conozcan las *formas* que deben respetar al celebrar los negocios jurídicos.

Las características arriba analizadas fueron comunes —*mutatis mutandis*— a las tres generaciones de juristas que protagonizaron el periodo de la jurisprudencia clásica.

La primera generación dio nuevos enfoques a los fundamentos establecidos por los pontífices. Pertenecieron a ella, Mucio Scevola, Bruto y Manlio, entre otros.

El nacimiento de las escuelas proculeyana (Labeón) y sabiniana (Capitón) y el *ius publice respondendi*, distinción concedida por César Augusto a un grupo de jurisconsultos, caracterizan a la jurisprudencia de la segunda generación de juristas. Labeón, Capitón, Javaleno y Celso, son algunos representantes de esta generación. Los jurisperitos de la tercera generación, al unificar principios y fuentes del derecho, crearon un sistema jurídico y desempeñaron una labor didáctica, al formular pequeños manuales que facilitaron a los estudiantes el estudio del derecho. Piénsese en las instituciones de Gayo.

Poca atención se ha dedicado en nuestro país al estudio de la problemática que la jurisprudencia engendra; ojalá que la facultad de derecho establezca una cátedra que explique el qué y el cómo, el cuándo, el porqué y el para qué de la jurisprudencia; y los estudiosos del derecho analicen, comenten y discutan las resoluciones que nuestros altos tribunales dictan.

Esto es lo que nos sugiere el interesante trabajo de la profesora González de Cancino.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen, "Características de la jurisprudencia romana en la época clásica", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, Colombia, núm. 2, julio de 1982, pp. 51-67.

Se trata de un trabajo de divulgación en el que la autora intenta difun-

dir las conclusiones a que ha llegado la romanística contemporánea respecto del modo de proceder típico de los juristas romanos. Conociendo el modo de trabajar de éstos, dice la autora, es posible aclarar "el sentido de muchas de sus creaciones en derecho que todavía sirven de modelo" y comprender "la grandeza de la tarea del jurista".

Las características que se destacan como propias de la jurisprudencia romana son cinco. La primera es que ésta se basa "en la *auctoritas* y no en la *potestas*". La *auctoritas* es el saber socialmente reconocido que, en los juristas, se manifiesta principalmente en el hecho de que dan respuestas sobre cuestiones que se les proponen y de que tales respuestas suelen ser aceptadas como buenas. La segunda característica es la evolución gradual y progresiva de la jurisprudencia romana, que le permitió alcanzar un alto grado de perfección.

Como tercera característica propone Emilssen González un sabio equilibrio entre flexibilidad y seguridad. La flexibilidad "se asegura con la vinculación permanente de las soluciones jurisprudenciales al caso concreto". La seguridad se consigue gracias al "tradicionalismo proverbial" de los juristas romanos y a "la tipicidad de las acciones" y la "tipicidad de los negocios jurídicos".

El método de los juristas romanos es la cuarta característica. Su método, dice la autora siguiendo a Viehweg (*Tópica y Jurisprudencia*) es la tónica, entendida ésta como un modo de pensar que no tiende, como el pensamiento deductivo sistemático, a demostrar proposiciones, sino a resolver problemas. Para este tipo de pensamiento problemático, sus premisas, conforme a las cuales resuelve los problemas, no son verdades comprobadas (es decir, deducidas de otra verdad demostrada), sino opiniones tenidas como buenas por los hombres prudentes. Aclara que la labor de la jurisprudencia no fue sólo la elaboración de reglas o tópicos, conforme a los cuales resolver las controversias, sino además la fijación de los tipos negociables y la identificación de las situaciones de poder personal, hechas ambas cosas, a partir del examen de casos concretos.

El ser la jurisprudencia romana un sistema de acciones más que un sistema de derechos subjetivos, es la quinta característica que destaca la autora. Este rasgo hizo que los juristas resolvieran los casos indicando cuál era la acción aplicable o cuáles eran las excepciones oponibles.

El trabajo cumple con su finalidad divulgativa entre estudiantes. Hubiera sido preferible, conservando esa orientación divulgadora, exponer con más profundidad alguna de las características mencionadas que pudiera parecer más interesante para el jurista de hoy como, por ejem-

plo, la descripción del pensamiento jurídico como pensamiento problemático, cosa que sería interesante para estudiantes y para cualquier jurista práctico.

Jorge ADAME GODDARD

GREENBERG, Douglas, "Crime, Law Enforcement and Social Control in Colonial America," en *The American Journal of Legal History*, Philadelphia, Pa., vol. XXVI, núm. 4, October 1982, pp. 292-325.

Este artículo forma parte de un número monográfico sobre el delito y la justicia penal en la Unión Americana, preparado por *The American Journal of Legal History*, a partir de las contribuciones que tres profesores norteamericanos presentaron en la Conferencia sobre la Historia del Delito y la Justicia Penal, en la Universidad de Maryland (1980).

Cada vez son más frecuentes los trabajos sobre temas de derecho penal en la época colonial de los Estados Unidos. El que hoy comentamos, tiene el especial interés de que su autor presenta un panorama general en que distingue la diversa situación en que se hallaban las trece colonias, respecto del tema que desarrolla. Este es, precisamente, el punto de partida del autor: la inconveniencia de hacer generalizaciones respecto de realidades tan diversas.

Después de analizar las posibles causas por las que la investigación histórico-jurídica sobre temas penales se halla rezagada respecto de la que se realiza en torno a la mujer, los negros, el trabajo y otros temas, pasa el autor a considerar las cuestiones relativas a la naturaleza de los delitos que se cometían en las colonias norteamericanas en los siglos xvii y xviii. Para lograr su objetivo el autor procede a realizar una revisión historiográfica sobre los trabajos que se han escrito en los últimos tiempos en torno a cada una de las colonias.

Su intención es averiguar qué tipos de delito eran dominantes en cada una de las trece colonias y cuál fue la actividad de los pobladores en la persecución de los delitos. De manera que presenta un panorama general en el que distingue las características de la población en cada una de ellas, para tratar de explicar las causas de la proliferación de cierto tipo de delitos y su persecución. A más de la distinción por territorio, aparece la diferenciación en razón del tipo de pobladores que había en cada una de ellas, y el diverso *status*, económico de cada lugar. De su investigación se desprende que no era igual la cuestión entre las colonias del norte y las del sur, por ejemplo; ya que mientras

en las primeras predomina la persecución de los delitos sexuales, en las segundas la balanza se inclina hacia la persecución de los delitos patrimoniales.

En pocas palabras, puede afirmarse que el autor busca introducir métodos de las ciencias sociales para analizar los temas de que se ocupa.

Una vez que traza el panorama general respecto al delito y su persecución en cada una de las trece colonias durante el siglo XVII, pasa a considerar las modificaciones que sufrió a lo largo del siglo XVIII. Nuevamente se apoya en datos relativos a población, *status* económico, credo religioso, etcétera.

La información que presenta depende, en buena medida, de lo que ya se ha investigado. Por esta razón no es homogénea, dado que mientras algunos lugares —como Nueva York— han sido trabajados ampliamente, de otros, son pocos los datos disponibles —tal es el caso de Georgia— hasta ahora. A lo largo de su estudio el autor va señalando las lagunas que todavía existen sobre algunos de los temas. Por ejemplo, dado que trabaja fundamentalmente sobre investigaciones ya hechas, hay algunos temas, como el de la incidencia de mujeres delincuentes, sobre los que poco o nada puede aportar.

En varias partes de su estudio, el profesor Greenberg afirma que no se ha trabajado lo suficiente sobre el tema; que no se pueden hacer generalizaciones por la diversa situación en que se hallaban las trece colonias; y finalmente, que no hay consenso sobre cuáles son los datos relevantes para conocer la realidad que se pretende aprehender. Por todo lo anterior, el autor presenta una especie de muestrario temático sobre lo que —a su juicio— deben preguntarse los investigadores del delito y la aplicación de la ley penal. Los temas que propone tienen que ver con la actividad de los tribunales en la persecución de los delitos; la naturaleza de las sentencias; su contenido; el contexto social en que surgen los infractores y los que persiguen el delito; la actividad de los jueces; las tasas de criminalidad en relación a cada época; la vinculación entre la comisión del delito y la situación económica del lugar en que se comete, y algunas otras cuestiones.

En el apartado final de su estudio, el profesor Greenberg pretende analizar si funcionó, y en qué medida lo hizo, la persecución del delito como medio de control social. En el caso de respuesta afirmativa, su interés es averiguar *quiénes* tenían este instrumento de control social dentro de la localidad, para qué lo utilizaban, y cómo podían defenderse —los que debían hacerlo— los sujetos pasivos de la persecución del delito. A diferencia de lo que acontece en los apartados anteriores, que pueden considerarse bastante acabados, en este apartado ape-

nas se sugieren caminos, temas a analizar, etcétera. De cualquier modo el ensayo es de gran interés, y recomendamos su lectura muy ampliamente no sólo a los estudiosos del derecho penal, sino también a los interesados en la sociología jurídica y en la historia del derecho.

María del Refugio GONZÁLEZ

LAVIANA CUETOS, María Luisa, "Organización y funcionamiento de las cajas reales de Guayaquil en la segunda mitad del siglo XVIII", en *Anuario de Estudios Hispanoamericanos*, Sevilla, vol. XXXVII, 1980, 1982, pp. 313-349.

La autora presenta los resultados parciales de la investigación que sobre la Hacienda Pública en Guayaquil, en la segunda mitad del siglo XVIII, viene realizando desde hace varios años. Este estudio se divide en cinco apartados: organización de las cajas; contabilidad; rendición de cuentas; la visita de Juan Martín de Sarraeta y la visita de Pizarro y la resistencia a los gravámenes.

En el primer apartado describe la situación y adscripción de las cajas reales guayaquileñas desde su establecimiento hasta la segunda mitad del siglo XVIII. La autora va dando cuenta de los funcionarios que hubo, el tipo de su nombramiento, su salario, el tiempo que ocuparon los diversos cargos, la fecha en que dejaron de desempeñarlos y la causa de que esto ocurriera. También se ocupa de describir las funciones que le correspondía desempeñar a cada uno de los sujetos que ocupaban los diversos cargos.

En el segundo apartado presenta un esquema de cómo se desarrollaba la contabilidad antes y después de la creación del tribunal de cuentas de Quito (1776), una de cuyas funciones era ordenar el cobro de las deudas a favor de la Real Hacienda. Este hecho influye en la actividad de los oficiales reales de Guayaquil. El sistema de contabilidad, calificado en varias ocasiones de obsoleto, es substituido en 1784 por el llamado "método de partida doble", lo cual ocasionó graves problemas a los oficiales reales de Guayaquil, quienes a decir de la autora, no entendieron nunca el sistema. Para probar su afirmación va dando cuenta de todas las quejas y observaciones que les hacía el tribunal de cuentas de Quito.

En el apartado tercero se ocupa del tema de la rendición de cuentas, primero ante Santa Fe, y luego ante Quito. Esta fase del sistema fiscal parece haber sido más caótica y desorganizada; ninguna de las

medidas administrativas que se van tomando resulta eficaz, de ahí que la corona recurriera al único procedimiento efectivo para fiscalizar a los oficiales reales: la visita. A dos de ellas se dedican los apartados cuarto y quinto de este estudio. La primera se realiza en 1756 cuando, a raíz del descubrimiento de un gran faltante, el virrey del Perú se decide finalmente a ordenar la visita. Las irregularidades no eran nuevas, pero el virrey no se decidía a actuar. La visita tuvo dos resultados: poner orden en las cajas reales y lograr que se estableciera una aduana.

La segunda visita no tuvo el mismo carácter, ya que formó parte del plan general de visitar las cajas reales establecido por Carlos III. Esta visita (1778) tuvo como resultado una profunda modificación de la Hacienda Pública de la provincia de Guayaquil: la creación del estanco del tabaco y una fábrica de naipes, y la creación del estanco y real fábrica de aguardiente, todo esto en 1778. Al año siguiente se crean las administraciones principales de pólvora y naipes. A todas estas instituciones las dota el visitador Pizarro de ordenanzas. Una de las medidas tomadas por el visitador suscita violentas reacciones locales que son analizadas por la autora, se trata del cobro de la alcabala.

La valoración final de la autora se refiere sólo al resultado de la visita de 1778, a la cual califica de exitosa desde el punto de vista hacendístico.

Este tipo de artículos, aunque no sean estrictamente jurídicos, son de gran utilidad al estudioso de la historia del derecho porque proporcionan elementos que ayudan a comprender muchos fenómenos del presente que sólo se explican si se conoce el pasado. En el caso del que hoy comentamos, su lectura es útil para el acercamiento a un problema que siempre es interesante: el caótico sistema fiscal que heredaron las naciones hispanoamericanas de la época en que fueron colonias españolas, de ahí que recomendamos su lectura.

María del Refugio GONZÁLEZ

MARILUZ URQUIJO, José María, "Un cedulaario peruano en Buenos Aires". *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 26, 1980-1981, pp. 201-210.

Este trabajo tiene como objeto dar noticia de una selección de Reales Cédulas y de Reales Órdenes (contenidas en catorce y siete tomos, respectivamente), realizada en 1780 en el Perú, con la finalidad de que se enviasen copias de ellas al recién creado virreinato del Río de la

Plata, para su mejor gobierno. Esta serie peruana, integrada por veintitrés volúmenes, se encuentra actualmente dispersa en tres lugares de la sala IX (Periodo Colonial-Gobierno) del Archivo General de Buenos Aires y constituye —según nos dice el autor— junto al catálogo de Matraya y Ricci (también editado y trabajado por Mariluz Urquijo) una fuente casi insustituible para conocer lo que fue el cedulaario limeño del siglo XVIII. También para obtener el texto completo de muchas disposiciones, sobre todo si se tiene en cuenta que los tomos originales de la antigua Secretaría del Virreinato de Lima han desaparecido. Va acompañado de un apéndice donde el autor indica sumariamente los años que abarca cada tomo, su foliación, las piezas que contiene distribuidas por año, el orden de cada tomo dentro de la colección original y su signatura actual dentro del Archivo General de la Nación argentina, lo que facilita la investigación para los especialistas del derecho indiano en el vecino país hispanoamericano.

La noticia y el apéndice van precedidos por un breve pero excelente prólogo del autor, uno de los mejores conocedores de la legislación indiana, metropolitana y criolla, del periodo borbónico. En dicho prólogo, Mariluz Urquijo plantea los problemas de la polaridad de fuentes del derecho y del desconocimiento de la legislación durante el periodo hispánico. Como consecuencia de ello, se produce en el siglo XVIII otro caos legislativo con la aparición de las ideas provenientes del despotismo ilustrado que se traducen en el campo del derecho, en el imperio de la ley sobre las demás fuentes. Esto se hace evidente en la segunda mitad del siglo XVIII, pues en la primera aún perduraba la concepción paternalista de que más valga el buen entendimiento del gobernante en turno, que el conocimiento de las leyes y ordenanzas expedidas. En Argentina, la situación es paradigmática; Buenos Aires es elevada a sede virreinal y en brevísimo lapso lo simple se torna complejo y el derecho legislado pasa a ser el elemento ordenador de funciones y competencias de la nueva estructura político-administrativa. Por consiguiente, el rudimentario repertorio de cédulas que existía anteriormente resulta ahora ineficaz como instrumento de gobierno del nuevo virreinato. Para salvar esta laguna, en lo referente a las disposiciones posteriores a la *Recopilación de Leyes de Indias* (1680), se hace necesario el conocimiento de la amplia gama de disposiciones legislativas indianas contenidas en los libros registros del Consejo de Indias y en los nutridos cedulaarios del virreinato del Perú. La Corona decidió en su momento que fuese en Lima donde se seleccionasen las disposiciones que debían enviarse a Buenos Aires y resultado de ello fue la colección peruana que Mariluz Urquijo comenta y valora.

Como siempre, por su utilidad, su rigor académico y su original tratamiento, recibimos con gusto todos los trabajos de don José María Mariluz Urquijo.

Beatriz BERNAL GÓMEZ

MARTIRÉ, Eduardo, "Los derechos personales en Indias", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 26, 1980-1981, pp. 79-92.

El artículo que ahora reseño fue presentado por Eduardo Martiré como ponencia al congreso convocado por la "Société Jean Bodin pour L'Histoire comparative des Institutions", celebrado en Atenas-Delfos, del 4 al 9 de mayo de 1981. El tema general del congreso era "el individuo frente al poder" y al destacado indianista argentino tocó analizarlo en el ámbito del derecho indiano.

En el primer apartado de su trabajo, *Los límites al poder real*, Martiré analiza la teoría pactista que, nacida en el medievo español, con fundamento al derecho natural y consolidada en la interpretación doctrinal de teólogos y juristas, limitó el poder del rey, por su propio origen. Según ella, entre el gobernante y los gobernados se celebraba un pacto (contrato callado) que quedaba roto cuando el primero dejaba de cumplir las obligaciones que había asumido. Éstas eran: el derecho y el bien común. El incumplimiento por parte del gobernante podía traer como consecuencia la desobediencia por parte de los gobernados de los mandamientos reales que fuesen contrarios a sus fueros, privilegios y libertades. El deber primordial del gobernante era, pues, atender al bien de la comunidad, no pudiendo usar a capricho de la autoridad conferida. En casos graves, cuando se convertía en tirano, o desaparecía sin legítimo sucesor, el pueblo podía reasumir esa potestad. Esta doctrina tradicional pactista, se abrió camino exitosamente —dice Martiré— durante la Baja Edad Media y resistió los embates de la recepción del derecho romano justiniano. Éste se basaba en la plenitud absoluta del poder del príncipe, según las enseñanzas de Ulpiano contenidas en varios pasos del *Digesto*. Sostiene también el autor que el pactismo pervivió a la demoledora acción de la teoría política del despotismo ilustrado, introducida en España y América por la dinastía borbónica en el siglo xviii. Yo opino que en esto habría que matizar, sobre todo en cuanto a la comunidad americana. Creo que las ideas absolutistas del derecho justiniano llegaron a penetrar

en España —aunque no sin luchas— a través de la recepción universitaria. Creo que las Cortes castellanas de la Edad Moderna ya no respondían en toda su plenitud a los principios de la teoría pactista, a pesar de la brillante interpretación de juristas y teólogos de la talla de Vitoria, Domingo de Soto, Suárez, Vázquez de Menchaca y Covarrubias, entre otros. Ahora bien, si se trata de aceptar que el pactismo se mantuvo latente en España y en el Nuevo Mundo, en las aulas y en la doctrina, sí estoy de acuerdo; pero no tanto en la organización gubernamental y mucho menos en la vida práctica. Habría también que cuestionarse si los alegatos independentistas de las nacientes repúblicas americanas, que sin duda resucitaron la doctrina del pactismo, no estaban ya influidos por los principios de la soberanía popular derivados del pensamiento francés dieciochesco. Esto lo apunta también Martiré en su tercer apartado referente a las reformas del siglo xviii. En todo caso, no hay duda de que se crearon y aplicaron importantes mecanismos de limitación del poder real para España y América, y que éstos quedaron plasmados en la legislación castellana e indiana aplicables en las Indias. El recurso de suplicación, el principio de “obedézcase pero no se cumpla”, las visitas, los juicios de residencias y las pesquisas, son prueba indubitable de ello.

Un aspecto que Martiré destaca es el de la libre comunicación entre monarca y gobernados que quedó plasmado en la legislación indiana, y que constituyó un sistema de control que garantizó la libertad de los últimos. Éstos tuvieron siempre un canal de acceso directo con el rey con el fin de hacerle conocer las injusticias y violaciones cometidas por las autoridades criollas. De esta manera se protegieron las libertades de los súbditos americanos, españoles e indígenas, en las Indias. Los abarrotados anaqueles del Archivo de Indias de Sevilla —dice Martiré, y estoy totalmente de acuerdo con él— dan buena cuenta de cuánto se usó de esta comunicación con el centro de poder.

Las reformas del siglo xviii fueron trascendentales, y junto a la exaltación del poder real y a la introducción en el mundo hispano-indiano de la concepción del origen divino de los reyes, generadora del despotismo, sin límites ni responsabilidad para éstos, se desarrolló, conciliando una aparente contradicción, un individualismo que exigía un mayor respeto y consideración por los derechos fundamentales del hombre. La “opinión pública” comenzó a ser tenida en cuenta y ello acrecentó el interés del Estado por la salvaguarda de las libertades del individuo. Así —dice Martiré— el despotismo echó las bases del liberalismo de un siglo después, al exaltar los valores de la razón y formular un replanteo profundo y despiadado del sistema tradicional. Hubo

un cambio en la legislación, que en la materia que nos ocupa, se acentuó en el ámbito del derecho penal y de la administración de la justicia.

En resumen, el autor sustenta que, con respecto a lo que hoy denominamos garantías individuales, el estatuto jurídico indiano —aunque regulador de una sociedad estamental— respetó al individuo en su persona, en sus bienes y en sus derechos, que fueron ejercitados en juicio y ante los magistrados correspondientes, sin cortapisas ni limitaciones. Si se atiende sólo a la legislación, no hay duda de ello; pero sí se atiende al mundo fáctico, a la propia realidad americana, sobre todo en cuanto a los derechos y garantías individuales de los indios, negros, mestizos y castas, la duda permea, y mucho parece que quedó en el capítulo de las buenas intenciones.

Beatriz BERNAL GÓMEZ

MURGA, José Luis, "Una nueva versión del contubernio claudiano en el *Codex Teodosiano*", en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Bruselas, Bélgica, 3a. serie, tomo XXVIII, 1981, pp. 163-187.

El senadoconsulto claudiano, del año 52 d.C., dispuso que la mujer libre que hubiera tenido relaciones carnales con un esclavo ajeno, a pesar de la prohibición de su dueño, quedara como esclava de éste. En el año 380, los emperadores Graciano, Valentiniano II y Teodosio promulgan una Constitución (CT 10,20,11 = CJ 11,8,7), que dispone que la mujer de linaje noble que se casa con un obrero acuñador de moneda (*monetarius*) pierde su rango social y adquiere la condición social de su marido. La disposición imperial invoca en su apoyo la autoridad del senadoconsulto claudiano (*secundum auctoritatem senatus consulti claudiani*). ¿Qué es lo que pudo significar esta invocación del senadoconsulto claudiano, 330 años después de su publicación?

El autor recuerda que el senadoconsulto claudiano estaba inspirado en la idea de castigar a la ciudadana que ultrajara el nombre romano teniendo relaciones contuberniosas con un esclavo ajeno. El valor protegido era el prestigio del nombre romano. Por influencia de la moral cristiana en la legislación de Constantino se va a mudar el motivo de esa prohibición. Lo que interesa al emperador cristiano es castigar una conducta sexual considerada inmoral. Era significativo del punto de vista original que no se castigaba el contubernio con un esclavo propio. La visión constantiniana se detiene durante el gobierno de Juliano el Após-

tata, quien, movido por el afán de rescatar los valores paganos, publica una Constitución sobre la materia (CT 4,12,5), en la que retoma el punto de vista original. Este retorno al enfoque primitivo del senadoconsulto claudiano, iniciado por Juliano y continuado inconscientemente por sus sucesores, es lo que explica que en la Constitución imperial se invoque la autoridad del senadoconsulto.

La disposición de Graciano, Valentiniano II y Teodosio formaba parte, según Murga Gener, de una política general. Él supone que el legislador tenía interés de impedir las uniones matrimoniales entre personas pertenecientes a distintos gremios o corporaciones. Con esta política se buscaba que los gremios, mediante matrimonios de sus propios miembros entre sí, produjeran los reemplazos humanos necesarios para su propia continuidad. Así se aseguraba la existencia de un oficio socialmente útil y se facilitaba el control de los gremios a las autoridades imperiales.

A los ojos de los emperadores existía cierta analogía entre el senadoconsulto claudiano y la prohibición de matrimonio con un *monetarius*. Por el senadoconsulto se castiga a la mujer que tiene relaciones con un esclavo haciéndola esclava. Por la Constitución imperial se castiga a la mujer de linaje noble que se casa con un *monetarius* haciéndole seguir la condición social de su marido. La analogía es débil porque el senadoconsulto habla de relaciones carnales y la Constitución imperial de matrimonio; el primero se refiere a un esclavo y la segunda a un hombre libre de baja condición social. Sin embargo, a los emperadores debió parecerles suficiente como para invocar la autoridad del senadoconsulto.

Observa Murga Gener que los emperadores, movidos por la analogía que descubren entre las dos disposiciones, aplicaron extensivamente al supuesto que ellos definieron el régimen que había sido elaborado para el senadoconsulto claudiano. Así, para hacer efectiva la sanción contra la prohibición matrimonial, se exigió, igual que para aplicar la sanción del senadoconsulto, que se hiciera una triple advertencia a la mujer y que la pena fuera impuesta por una sentencia.

El artículo resulta interesante. Las conjeturas que hace el autor respecto a la utilización posclásica del senadoconsulto claudiano y a la aplicación analógica de su régimen a un supuesto nuevo, aunque quedan como conjeturas, parecen bien fundadas.

Jorge ADAME GODDARD

PARICIO, Javier, "La pretendida fórmula '*in ius*' del comodato en el edicto pretorio", en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Bruselas, Bélgica, 3a. serie, tomo XXIX, 1982, pp. 235-251.

El autor hace aquí una revisión de las distintas hipótesis que se manejan en la romanística contemporánea acerca de la existencia de una *actio commodati in ius*. Expone que tales hipótesis se reducen a tres: 1) que el comodato tuvo una acción *in ius*, pero no de buena fe; 2) que la acción que tuvo fue *in ius* y de buena fe, y 3) que sólo tuvo una acción *in factum* y nunca una acción *in ius*. Considera que la hipótesis de una acción *in ius*, pero no de buena fe, sostenida hoy principalmente por Kaser, no está fundada, pues si bien existen acciones *in ius* que no son de buena fe, no se explicaría que estando el comodante protegido originalmente, como lo admite sin discusión la romanística, por una acción *in factum*, se creara luego una acción *in ius* con el mismo objeto que la primera.

El problema lo deja, entonces, reducido a la existencia de una acción *in ius* de buena fe. Analiza seis textos del *Digesto* y uno de las *Instituciones de Gayo*, en los cuales se basan algunos autores para demostrar la existencia de la fórmula *in ius*. De éstos, dos considera que son la principal prueba en favor de tal hipótesis: Gayo 9 ad ed. prov. D 13,6,18,4 y Gayo 4,47. El primero habla de compensación en un caso de ejercicio de la *actio commodati*; es sabido que la compensación, en derecho clásico, sólo opera en las acciones de buena fe, por lo que si se habla de compensación en el ejercicio de la acción del comodato, se implica que ésta es de buena fe. Considera el autor que sería posible pensar en una manipulación del texto hecha por los compiladores para introducir en caso del comodato la compensación, ya que para ellos ésta operaba en todo tipo de acciones; pero no demuestra que exista tal manipulación.

En Gayo 4,47 se dice que en ciertos casos el pretor daba tanto una acción *in ius* como una acción *in factum*, lo cual ocurre en el comodato y en el depósito; luego se indican las fórmulas *in ius* e *in factum* del depósito, y se concluye afirmando que las acciones del comodato son similares a las del depósito. El autor refiere las críticas que d'Ors y Cruz han hecho a este texto en el sentido de ser glosemáticas las referencias al comodato. Él no acepta completamente tales críticas, pero piensa que pueden considerarse no genuinas las referencias al comodato porque en Gayo 4,62 donde se habla de las fórmulas de buena fe, no se menciona la del comodato.

Concluye afirmando que "el comodato no tuvo una fórmula *in ius*

de buena fe en la redacción definitiva del Edicto", aun cuando existían todas las condiciones para que la hubiera llegado a tener, como el depósito. El trabajo no es original, repite lo que ya han dicho otros autores (principalmente Alvaro d'Ors), pero contribuye a difundir una teoría que todavía no se acepta plenamente. Cabe mencionar la claridad con que se expresa el autor y el buen uso que hace de la bibliografía pertinente.

Jorge ADAME GODDARD

PICHARDO, Hortensia, "Las ordenanzas antiguas para los indios (las Leyes de Burgos, 1512)", *Revista de la Biblioteca Nacional José Martí*, La Habana, Cuba, año 71, 3a. época, vol. XXII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1980, pp. 21-31.

El artículo que hoy reseño versa sobre las famosas *Leyes de Burgos* de 1512, hito legislativo de la primera mitad del siglo XVI en torno a la libertad, evangelización, condición jurídica y buen tratamiento de la población indígena americana, en los albores de la conquista.

La autora analiza las ordenanzas con base en un ejemplar del Archivo de Indias, publicado y complementado con notas por Rafael Altamira en 1938, y en los fragmentos contenidos en la *Historia de las Indias* de Bartolomé de las Casas, aunque también registra las modernas ediciones de R. D. Hussey, L. B. Simpon, R. Konetzke y A. Muro Orejón. Hay otras ediciones más recientes entre las cuales destacan las publicadas por A. García-Gallo y F. Morales Padrón.

Su interés es demostrar, por un lado, la injusticia de la conquista y la inaplicabilidad de la legislación indiana (ella le llama inutilidad, p. 28), y por otra, la veracidad de De las Casas en su interpretación del problema indiano. Es por ello que pasa revista a las treinta y cinco leyes que integran las ordenanzas, a través de los ojos, o de la pluma, del combativo dominico.

Las aseveraciones que hace son tajantes, quizás porque sólo maneja la documentación que sirve a sus fines. Por ello, lo que dice es en parte cierto y en parte no. Aclaremos un poco al respecto:

Cierto que toda conquista es injusta, por lo menos con los esquemas del momento actual, independientemente de todas las razones que se aduzcan para justificarla; pero cierto también, que en la España de la primera mitad del siglo XVI y con referencia al problema indiano, se plantearon, discutieron y cuestionaron, por juristas, teólogos y cano-

nistas, las más controvertidas teorías sobre la "guerra justa", la libertad, la condición jurídica y el tratamiento de los indios; teorías todas que llegaron a los más altos niveles de las autoridades metropolitanas. Sobre ello remito al lector hacia el clásico trabajo de Lewis Hanke sobre la lucha por la justicia en la España del siglo xvi.

Cierto que las Leyes de Burgos, como posteriormente las Leyes Nuevas de 1542 y la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, padecieron de un alto grado de inaplicabilidad. Pero cierto también que el divorcio entre ley y realidad no es sólo un problema de la legislación indiana, aunque éste haya sido uno de los casos más usados para ejemplificarlo históricamente. Este divorcio es y ha sido una constante de todos los tiempos y de todos los lugares. Con más razón, cuando se pretendía gobernar un mundo nuevo, lejano y desconocido, con base en informaciones generalmente contradictorias.

La autora señala —y hace bien— las vacilaciones de la Corona española en la promulgación de una legislación beneficiosa para los indios, y asevera que es bajo el punto de vista de las ideas progresistas de la burguesía española del siglo xv que deben examinarse. Estoy de acuerdo en parte, pero creo que hay que destacar también —y eso lo olvida—, por un lado, el fuerte interés evangelizador que caracterizó la conquista de una España que se consideraba portadora de la verdad absoluta en materia religiosa, y por otro, los intereses centralistas y tributarios de un Estado que salía del feudalismo y, en consecuencia, necesitaba controlar y limitar los intereses señoriales de colonos y encomenderos. En ese contexto, y bajo estos presupuestos, deben analizarse también las Leyes de Burgos.

Por último, hay que matizar sobre Bartolomé de las Casas; sobre el personaje y sobre su obra. Hay que verlo como un abogado defensor de una causa, de una clase, de un grupo étnico: la población indígena. Para ella y por ella, el insigne dominico sacrifica a veces objetividad y veracidad en aras de conseguir un fin previamente señalado; su defensa constante, sistemática e incondicional.

La autora, en resumen, ve sólo un lado de la moneda y en su relación, que abarca desde las primeras cédulas reales que proclaman la libertad de los indios (omite el famoso Codicilo de Isabel la Católica) hasta la promulgación de las Leyes Nuevas de 1542, pasando por el sermón de Montesinos (1511) y las Juntas de Burgos y Valladolid, olvida las diferentes etapas de la polémica lascasiana y los argumentos esgrimidos por juristas de la talla de Palacios Rubio y Ginés de Sepúlveda, representantes del otro bando. Y lo que es más grave, la solución mediadora de Francisco de Vitoria.

Sólo me resta destacar que el trabajo de la doctora Pichardo está bien escrito y sistematizado, que interesa e inquieta, a pesar de tratar uno de los períodos y de los problemas más y mejor trabajados por los especialistas del derecho indiano aquende y allende los mares.

Beatriz BERNAL GÓMEZ

QUEVEDO PAIVA DE GONZALO, DORA y SILVINO A. PAUTASSO, "Textos escogidos de las fuentes del derecho romano", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, Argentina, año XLV, núms. 1-5, enero-diciembre de 1981, pp. 165-200.

El profesor Silvino A. Pautasso, catedrático de derecho romano de la Universidad Católica de Córdoba, con la ayuda de la profesora asistente Dora Quevedo Paiva de Gonzalo, ofrecen aquí un avance de una antología de textos jurídicos romanos, hecha con el propósito de que los alumnos tengan contacto con las fuentes. La idea es compilar textos entresacados de las Instituciones de Gayo, Reglas de Ulpiano, Sentencias de Paulo, Cuerpo del Derecho Civil "y otras". En esta primera entrega sólo se presentan textos sacados del *Digesto*.

Los textos se presentan dentro de su orden original; es decir, que ha respetado la división propia del *Digesto* en libros, títulos, párrafos y parágrafos, y se anuncia que el mismo criterio se seguirá en el resto de la compilación. Dicen los autores que "sólo se ha incorporado lo imprescindible: reglas, principios y definiciones fundamentales; ha sido omitida la casuística", y que han traducido los textos al castellano, ayudados por las traducciones corrientes.

El efecto que causa la lectura de los textos compilados es desconcertante. El lector se encuentra con textos que en su mayoría contienen afirmaciones generales, sacados de su contexto, presentados en un orden extraño, que ni es un orden lógico-sistemático, ni es el orden del *Digesto*. En efecto, como el autor sólo entresaca del *Digesto* los textos de contenido general, resulta que a veces se producen saltos muy amplios entre uno y otro texto seleccionado. Por ejemplo, de un texto del libro 1, título 8, párrafo 9, se pasa a otro tomado del libro 2, título 4, párrafo 5 (o sea que se saltaron íntegros 14 títulos del libro 1 y 3 del libro 2), y de éste a un texto tomado del título 7 del mismo libro. Además, los autores han cuidado conservar las rúbricas de cada uno de los títulos de donde extraen textos, y esto también desconcierta: así, del libro 2, título 4, rubricado "De la citación a juicio", se con-

serva un solo texto que dice "(la madre) siempre es cierta, aunque haya concebido del vulgo; en cambio, el padre es aquel que las nupcias delatan".

Si la intención de los autores, como parece, es hacer una compilación de principios, reglas y definiciones generales, como las que frecuentemente se hicieron a lo largo de los siglos XVIII y XIX, sería conveniente que adoptaran un orden lógico-sistemático de presentación de los textos, lo cual no impediría que se citara el origen de cada texto. Ahora bien, una compilación de esta naturaleza no tiene hoy razón de ser, porque la tendencia de la romanística actual es de revalorar la jurisprudencia romana como una forma de pensamiento no sistemático, sino "tópico" (según la expresión de Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*), "casuístico" o "prudencial"; es decir, un pensamiento que más se interesa por la resolución de problemas específicos, que por la demostración de afirmaciones o la organización sistemática de conceptos. Muy interesante sería, en cambio, una compilación de textos que contuviera los que ésta excluye: la casuística.

Jorge ADAME GODDARD

ROCA ROCA, Eduardo, "Los orígenes constitucionales de la provincia", en *Documentación Administrativa*, Madrid, España, núm. 194, abril-junio de 1982, pp. 103-122.

Comienza este trabajo poniendo de relieve los diferentes criterios con que se ha hablado de las provincias, desde la afirmación de Donoso Cortés en 1837 de que eran funestísimas, hasta las diferencias entre los administrativistas que las estudian para tratar de precisar su naturaleza, sin olvidar las opiniones literarias, como la de Ortega y Gasset, quien llega a afirmar que es un torpe tatuaje con el que se ha maculado la piel de la península.

Luego, dejando a un lado criterios tan divergentes, Roca trata de buscarle sus antecedentes históricos en el derecho romano, en donde la provincia equivale casi a una circunscripción que se obtiene como producto de una acción vencedora; o a un país de conquista, como parecen indicar los textos ciceronianos. Más en concreto, la provincia va a ser para la República una circunscripción territorial ideal para su administración, criterio que más o menos perdurará en España, bajo diversas denominaciones de condados, marcas, e inclusive bajo las formas de los reinos posteriores.

Con todo, cuando por primera vez se usará el término con una intención clara de circunscripción política territorial será en 1812, con la Constitución que expiden dicho año las llamadas Cortes de Cádiz, en cuyos artículos 324 y 325 se configura a esta institución de la provincia, presidida por un jefe superior político y una diputación provincial. Estos artículos encuentran luego su desarrollo en sendos decretos de las mismas Cortes de Cádiz, uno de 23 de mayo de 1812 y el otro de 23 de junio de 1813, sobre el establecimiento de las diputaciones provinciales y para el buen gobierno político económico de las mismas.

Tales previsiones tuvieron los vaivenes que tuvo la política de Fernando VII, quien primeramente desconoce y anula la obra realizada por dicha Cortes (Decreto de Valencia de 1814); volviéndose a restablecer el orden constitucional en 1820 por escasos tres años (el llamado Trienio Liberal); viene luego una reacción absolutista hasta que en 1833, con Javier de Burgos, se insiste en la división territorial de la Península por provincias, criterio que se mantendrá inalterable en las Constituciones de 1869 y en la de 1876. En cambio, en la Constitución de 1931 se afirma que el territorio nacional estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por regiones que se constituyen en régimen de autonomía. Por su parte, en la Constitución vigente de 1978, junto a la idea tradicional de la provincia como elemento de división territorial, se recoge la idea, ya presente en el Estatuto de 1925, de que la provincia era, además, una entidad local. Así, el artículo 141 establece que la provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado.

A través de este repaso histórico, Eduardo Roca subraya, en la parte de conclusión de su trabajo, cómo se llega a la constitucionalización de la institución de la provincia, haciéndose abstracción de las críticas que se le han venido formulando sobre extremos tales como si se tratara de una entidad natural o es más bien una creación del derecho; sobre si la personalidad jurídica que se le reconoce interfiere con la personalidad plena de que gozan los municipios. Como quiera que sea, concluye el autor, el texto vigente de la Constitución permite sostener que la provincia es un ente esencial, constitutivo e integrante del ordenamiento jurídico, en el sentido de que la provincia es una institución constitucional.

Son de gran interés las reflexiones que apunta Eduardo Roca; glosa en su trabajo sobre los orígenes constitucionales de la provincia. Ciertamente, entre la doctrina no abundan mucho los estudios acerca de

esta institución, ni siquiera entre la doctrina mexicana, en donde la diputación provincial durante el periodo de 1823-1824 jugara un papel importantísimo en la génesis y formación del Estado mexicano bajo la forma de una federación. Es decir, estas diputaciones provinciales se irán transformando en los estados libres, independientes y soberanos, que son miembros de la gran unión mexicana, dando una gran firmeza en su división territorial y obviando algunos problemas de orden doctrinal en torno a la naturaleza misma de la provincia y sin ponerla en pugna con la institución municipal.

José BARRAGÁN

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Luis, "Algunas notas en torno a la *lex de vicesima hereditatium*" en *Revue Internationale des Droits de l'Antiqueté*, Bruselas, Bélgica, 3a. serie, tomo XXVIII, pp. 213-246.

El autor nos ofrece un análisis más bien histórico que jurídico de la *lex de vicesima hereditatium*, promulgada por Augusto. Después de una breve introducción (epígrafe I), el autor analiza cuáles fueron las causas socioeconómicas que obraron para la promulgación de una ley que establecía un impuesto muy gravoso a los ciudadanos. Hace ver que en la concepción romana de la ciudad (proveniente de modelos griegos) se entiende que los gastos públicos se sufragan con los ingresos propios de la ciudad, derivados de la explotación de los bienes públicos. El *tributum* es, por lo tanto, entendido como una contribución extraordinaria del ciudadano para ayudar a las finanzas públicas en una situación de emergencia. La *lex de vicesima hereditatium*, tiene la característica de romper con esa concepción al establecer un *tributum* permanente. Para dictar una ley que venía a establecer una carga pesada a los ciudadanos fue necesario que confluyeran ciertas causas socioeconómicas, nos dice el autor. La principal es la necesidad de mantener un ejército creciente y cada vez más exigente de remuneración y beneficios económicos; a ella se agrega una situación inflacionaria que obliga a aumentar los ingresos públicos (pp. 220-221).

La ley, según explica el autor en el epígrafe III (pp. 222 y ss.) establecía un impuesto de la vigésima parte sobre las herencias, aplicable a todos los ciudadanos que heredaban. Admitía dos excepciones: no eran sujetos del impuesto las personas "pobres", ni tampoco los ciudadanos romanos antiguos que heredaran de sus parientes agnaticios

(p. 234). Para asegurar el cobro de este impuesto, la ley añadió ciertas formalidades a la apertura de los testamentos (p. 235), pero éstas fueron modificadas varias veces por la legislación posterior. Los sucesores de Augusto modificaron el contenido de la ley, principalmente en lo relativo a los sujetos a quienes era aplicable, hasta que Caracalla extendió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, haciéndolos así a todos también causantes del impuesto.

En el último epígrafe (IV, pp. 240 y ss.) el autor analiza la ley desde el punto de vista de la política legislativa de Augusto. Ahí advierte que la ley tiene como principal objetivo mantener el ejército, y otros objetivos secundarios. Piensa que por el hecho de exentar a los pobres, la ley procuraba una finalidad social: "redistribuir la riqueza". Y que la excepción referente a los ciudadanos romanos antiguos que heredaban de sus parientes agnaticios, tenía como objeto, al igual que otras leyes de Augusto, cuidar la subsistencia de las familias linajudas, evitando que sus patrimonios fueran a dar a manos de parientes no agnaticios, es decir, de extraños.

El estudio de Luis Rodríguez Álvarez, tiene interés histórico. El tema de la mutación de un sistema de tributación extraordinaria a uno de tributación permanente, me parece que puede dar lugar a un estudio más amplio y profundo que el presente.

Hay una observación formal que me parece imprescindible hacer. Es un gran acierto de los rectores de la *Revue Internationale des Droits de l'Antiqueté* que publiquen artículos en español, dado el creciente número de hispano-parlantes interesados en los temas que ella trata. Pero es conveniente que se cuide mejor —quizá deba hacerlo el autor— la corrección de originales. El presente artículo está plagado de faltas de ortografía, debidas a una defectuosa corrección, cosa que no ocurre en el artículo —también en español— de José Luis Murga en el mismo número de esta prestigiada revista.

Jorge ADAME GODDARD

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Semblanza personal y profesional de un juez del antiguo régimen", en *Gobierno e instituciones en la España del antiguo régimen*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 179-251.

En este libro se recogen seis estudios realizados por el profesor Tomás y Valiente entre 1965 y 1980. Han sido agrupados porque comparten

varios denominadores comunes; el más importante, y por ello sirve de título al libro, es el hecho de que todos se refieren al gobierno y las instituciones del antiguo régimen, fundamentalmente en Castilla. De ellos hemos elegido para esta reseña el que escribiera en 1975 sobre Castillo de Bovadilla, su vida, formación y actividad profesional. En este trabajo se analiza, asimismo, la obra fundamental de dicho autor, la *Política para corregidores*. Como es bien sabido, esta obra, publicada en 1597, tuvo una amplísima difusión tanto en España como en América, y fue factor importante en la divulgación del pensamiento y la legislación sobre el gobierno de las ciudades castellanas del antiguo régimen. Castillo de Bovadilla se desempeñó muchos años como juez penal, así, al lado de su conocimiento sobre el marco formal, vierte en la obra las opiniones en torno a la práctica de su profesión.

Tomás y Valiente se ha distinguido por ser uno de los primeros historiadores del derecho español de la España franquista que trató, y logró, analizar los fenómenos jurídicos dentro del contexto histórico en el que se produjeron. Durante varias décadas los historiadores del derecho español se caracterizaron por un excesivo formalismo en el análisis de los temas que abordaban. Tomás y Valiente empezó a introducir en la investigación histórica-jurídica instrumentos y métodos que ya eran utilizados en otras áreas de la investigación histórica para el esclarecimiento de los hechos estudiados. En esta línea de investigación se halla el trabajo sobre Castillo de Bovadilla, a saber, para comprender mejor la *Política*, la actividad de los jueces, y el proceso mismo, estudia la vida del autor, su extracción social y sus vínculos con los círculos de gobierno. Analiza también la mentalidad de Castillo de Bovadilla a través de una cuidadosa lectura de la *Política*, la cual es rica en impresiones personales. Todo esto enclavado en el contexto político y social de la época.

Para valorar en su justa medida este trabajo ha de recordarse que Castillo escribió sobre todo para jueces legos, y que su obra se encuentra entre las primeras de tipo doctrinario escritas en castellano, que era la lengua que se utilizaba en la legislación. Asimismo debe tenerse en cuenta que es precisamente esa época la de más amplio poder de los jueces, a grado tal que, Tomás y Valiente la consideraba como de "absolutismo judicial".

A más del estudio cuidadoso sobre el personaje, en el trabajo se aborda el análisis del proceso antes de que se generalizara la costumbre de designar como jueces a concedores del derecho y antes, también, de que debieran motivarse las sentencias. Rastrea los orígenes del juicio plenario, el cual también ha sido estudiado por Fairén Guillén; pero

Tomás y Valiente lo analiza en el marco de una sociedad política en proceso de centralización.

Quizá lo más interesante de este trabajo es que se basa, sobre todo, en el texto mismo de la *Política para corregidores*, y de todos modos recrea al personaje y a la época. En realidad es pues una lectura de este texto con fines aclaratorios y no solamente descriptivos. Sólo en los dos apartados finales, el relativo al arbitrio judicial y el que se refiere al absolutismo judicial, se aparta, aunque no del todo, del texto que analiza, y esto con el objeto de enriquecer con diversas obras doctrinarias las observaciones derivadas del concienzudo análisis de la *Política*.

El estudio se complementa con tres apéndices documentales: el primero extraído del libro Registro de Licenciamientos y Doctorados de la Universidad de Salamanca, en el que se contienen los datos sobre los exámenes de bachiller y licenciado de Castillo de Bovadilla. El segundo da cuenta del juramento que este sujeto hizo, después de su examen de bachiller. Por último, en el tercero se reproduce el texto del acta del Consejo de la Cámara de 19 de enero de 1559, por la cual se hicieron los nombramientos de corregidores para la provincia de Guipuzcoa y el Señorío de Vizcaya. Castillo fue designado para ocupar el primer corregimiento, pero se excusó de servirlo.

El trabajo del profesor Tomás y Valiente muestra cuán enriquecedora puede ser la lectura cuidadosa y, por qué no decirlo, maliciosa de un texto que visto superficialmente es una simple fuente de consulta —eso sí muy importante— para conocer la regulación sobre la actividad de los corregidores a finales de siglo xvi.

María del Refugio GONZÁLEZ

TORRENT, A., "Suppositio partus crimen falsi", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, tomo LII, 1982, pp. 223-243.

Armando Torrent, profesor de derecho romano de la Universidad de Valladolid, continúa en este artículo las investigaciones que ha ido realizando acerca del *crimen falsi* (ver el mismo *Anuario*, t. L, pp. 111 y ss.). Torrent opina que la extensión del *crimen falsi*, definido originalmente para reprimir la falsificación de moneda y de documentos testamentarios, a otros supuestos de falsificación, se hace con base en la idea de reprimir todo tipo de atentado contra la *fides veritatis*, o sea contra lo que hoy llamamos fe pública (p. 223). Una de estas

extensiones fue la de imponer la pena de falsarios a la madre que hace una *suppositio partus*, es decir, a la que presenta como hijo legítimo suyo a alguien que no lo es.

Esta *suppositio partus* puede tener consecuencias económicas en relación con la sucesión en un patrimonio hereditario. Un hijo falso, puede, por ejemplo, evitar que otros parientes adquieran la herencia, o mermar la parte que les correspondiera a los hijos legítimos.

El problema del parto supuesto o fingido fue conocido, demuestra Torrent, por los juristas desde el siglo segundo antes de Cristo (pp. 226-228). Ellos lo ven desde una perspectiva civil: les interesa en tanto que puede tener consecuencias para la sucesión hereditaria, especialmente en relación con la sucesión de un impúber cuyo *status* familiar se cuestiona, o sea en relación con el edicto carbeniano, y con la protección, por *missio in possessionem ventris nomine*, de los derechos hereditarios del hijo concebido pero no nacido (*nasciturus*). Para prevenir de parto se dio un senado consulto llamado Planciano, cuyas disposiciones sobre el particular posteriormente fueron sustituidas por el edicto adrianeo *de inspiciendo ventre* (D 25, 4, 1, 10).

¿Cómo pasó la cuestión a ser materia criminal? Torrent rechaza la tesis de d'Ors, según la cual la extensión se hizo porque el fingimiento de parto ordinariamente implicaba la falsificación de un documento: la declaración de nacimiento que debe hacer la madre, obligatoriamente a partir de Marco Aurelio, dentro de los treinta días posteriores al nacimiento. Torrent argumenta que esas declaraciones no tenían un valor jurídico importante, no eran pruebas definitivas de la filiación, por lo que su falsificación no debió importar gran cosa (pp. 229-230).

El autor analiza varios textos de juristas del siglo III (Hermogeniano D 49, 14, 46; Papiniano D 34, 9, 16; Ulpiano D 37, 10, 3, 6; Modestino D 48, 10, 31; Macer D 48, 2, 11), en los cuales se trata claramente la suposición de parte como un tipo de *falsum*, al que corresponde la pena "capital" (pena *legis Corneliae*). Sin embargo, Torrent piensa que la extensión se hizo a fines o quizá mediados del siglo II. En apoyo de esta hipótesis cita una rescripto de Antonino Caracalla del año 212 en que a propósito de un proceso por parto fingido, se dice que la causa (calificada de *capitalis*) que el hijo alcance la pubertad (cosa que sí ocurría en las controversias sobre el *status* familiar), pues así ya se había decidido antes por el mismo Caracalla y aun por su padre, Septimio Severo.

A partir de este texto, Torrent conjetura (pp. 235-236, 242) que la *suppositio partus* ya era conocida como crimen capital por Septimio

Severo (fines del siglo II), e incluso se aventura a pensar, sin apoyo documental alguno, que ya se tenía esa concepción en la mitad del siglo II. A mi juicio, sólo el citado rescripto sólo prueba que Septimio Severo dio algún rescripto para evitar que una causa criminal se pospusiera hasta que alcanzara la pubertad alguno de los herederos instituidos; pero el texto no precisa que tal causa era un *suppositio partus*; podría tratarse, por ejemplo, de una causa criminal sobre la falsedad del mismo testamento.

Del hecho de que los juristas del siglo III, se ocupan de la *suppositio partus* como un tipo de *crimen falsi*, desprende el autor que la extensión fue obra principalmente de la jurisprudencia. A los juristas, dice, les fue "evidente" la conexión entre el *falsum* y el *partus suppositus* (p. 239), en tanto que con tal conducta "se veía especialmente lesionada la credibilidad en actor que deben presumirse ciertos, credibilidad necesaria para la conciencia social" (p. 240), atacada lo que nosotros llamamos fe pública. Esta afirmación de Torrent depende de su idea de que bajo el concepto de *falsum* se llegaron a agrupar todas las conductas en que se atacara la *fides veritatis*. Pero la existencia de esta idea en los juristas romanos no está demostrada documentalmente por Torrent.

Por eso, no cabe desechar la hipótesis d'Ors de que la extensión del *falsum* al supuesto del *partus suppositus* se hace en atención a que este supuesto ordinariamente implicaba una alteración documental. Los argumentos de Torrent contra esta hipótesis tampoco son convincentes: el que las declaraciones de filiación se hicieran obligatorias a partir de Adriano no como pretende Torrent, la hipótesis de d'Ors, pues éste considera que la extensión se hizo en el siglo III. El que tales declaraciones no tuvieran el carácter de prueba plena de filiación, tampoco es un argumento fuerte, ya que es cierto que esas declaraciones eran usadas como medios de prueba, y por tanto podía haber interés en falsificarlas.

Jorge ADAME GODDARD

WOODWARD, Ralph Lee, "Liberalismo, conservadurismo, y la actitud de los campesinos de la montaña hacia el gobierno de Guatemala, 1821-1850", *Anales de la Academia de Geografía e Historia de Guatemala*, año LVIII, tomo LVI, enero-diciembre de 1982, pp. 195-210.

Esta es la traducción, hecha por el historiador Ítalo Morales, del tra-

bajo de Woodward —de Tulane University—, que inicialmente apareció en la revista *Plantation Society in Americas*, vol. I, núm. 1. Llama la atención el cuidado con que historiadores norteamericanos estudian la historia latinoamericana con base en fuentes primarias conservadas en nuestros importantes archivos, y también, el desconocimiento por nuestros estudiosos de estos trabajos. Por eso, es encomiable la realización de estas traducciones.

Nuevos aportes sobre el estudio del experimento de reforma liberal de Francisco Morazán y Mariano Gálvez que enriquecen el conocimiento del periodo y que permiten una interpretación más científica de las conflictivas décadas posteriores a la independencia. Un análisis de las rebeliones campesinas que derribaron al gobierno de Gálvez y elevaron al poder al caudillo campesino Rafael Carrera. Y desde el punto de vista de la historia constitucional, la importancia especial que tienen los congresos constituyentes, en los que se refleja la contienda política e ideológica, y en cuya producción legislativa —a nivel ordinario y constitucional— se recogen los programas políticos triunfantes, como aquí se documenta, especialmente con referencia a la asamblea constituyente de 1839.

El programa reformista innovador de los tempranos liberales, orientaba a promover el desarrollo de la economía, mejorar el sistema judicial y las instituciones de gobierno, el sistema educativo y las comunicaciones. Pero, dice Woodward, “los liberales demostraron gran ineptitud en atraer a la gente común hacia sus programas”. Y se produce el levantamiento de La Montaña, región del oriente del país, tradicionalmente conservadora. El autor considera que más que una pugna entre liberales y conservadores, el levantamiento guerrillero dirigido por Carrera, “era una genuina revolución popular generada por injusticias que los campesinos achacaban al gobierno de Gálvez y atizada por una epidemia catastrófica de cólera”. Hace un análisis de las medidas que molestaron a la población campesina: política agraria que expropiaba tierras comunales para sujetarla a apropiación individual; política de concesiones a extranjeros dentro de la política de inmigración y colonización propia de los liberales; práctica de imponer tributos para costear los gastos militares; adopción del sistema judicial de los Códigos de Livingston formulados para la Luisiana, que incluían el sistema de jurados y la modernización del sistema penitenciario; trabajo forzado y gratuito de los peones; anticlericalismo exacerbado que vinculó a los curas de los pueblos con los resentimientos de los pobladores. Y el mecanismo de impulsar las reformas: “los métodos empleados por los liberales parecían desmentir sus actitudes

retóricas sobre el uso del proceso legal, la libertad y la justicia. Toda reforma era introducida con uso de fuerza y de una manera totalitaria”.

Por poner más fe, dice Woodward, en el progreso que en los sentimientos del pueblo, Gálvez pagó el precio con su propio derrocamiento, en el que se confabularon sus propios correligionarios más radicales encabezados por Barrundia y Molina, los grandes propietarios conservadores y los campesinos alzados. En la constituyente de 1839 se legalizó el desmantelamiento del régimen liberal y se implantó la regresión política a las instituciones coloniales, que devinieron en la “república monárquica” de la presidencia vitalicia. Apresuradamente la asamblea detuvo el proceso modernizador y puso en vigencia las viejas instituciones: reinstitución de las órdenes religiosas e invitación al arzobispo expulsado para que retornara; consolidación del servicio de aduanas y orden en la tesorería; restitución de la Casa de Moneda y el Gremio de Comerciantes que controlaría el programa sobre caminos y puertos; centralización administrativa restaurando el cargo de corregidor; educación bajo control de la iglesia; exámenes de residencia para los funcionarios públicos; reducción de impuestos accediendo a la demanda popular; control tradicional sobre bebidas alcohólicas; abolición del impuesto personal y restablecimiento del diezmo; oficialización de la religión católica y restauración del fuero y cabildo eclesiástico.

Con esta sesión de la asamblea —apunta Woodward— “había terminado definitivamente la revolución liberal”.

Sin embargo, en la historia del país se produjo un cambio de calidad: “la élite blanca nunca pudo recobrar el completo control del país, ya que una de las contribuciones más importantes de Carrera —si no hubiese sido otra— fue la de permitir la participación de la clase ladina en los asuntos del Estado... aunque la asamblea permanecía en su mayoría controlada por los blancos, el monopolio del gobierno por la élite, fue para siempre desbaratado”. Como había utilizado el apoyo popular contra el programa liberal de Gálvez “tenía que compartir la victoria política con las clases bajas. Es únicamente en este sentido que la rebelión de Carrera puede identificarse como una revolución social”. Y concluye con la tesis de que al desconocer Gálvez los sentimientos populares, chocó contra los campesinos conservadores de La Montaña, que “recobraron gran parte de la seguridad y estabilidad de la época colonial, conservando sus tierras, la Iglesia y sus instituciones sociales. Durante este proceso, sin embargo, llevaron a cabo una verdadera revolución social al terminar con la dominación

de las clases privilegiadas sobre la política, la tierra y la sociedad en Guatemala". Guatemala, dijo Gálvez, antes de abandonarla para siempre camino al exilio en México, es un país que destruye a quienes quieren redimirla. Y no volvió.

Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA

ZAVALA, Silvio, "Hernán Cortés ante la justificación de su conquista", *Revista de Historia de América*, México, núm. 92, julio-diciembre, 1981, pp. 49-69.

Uno de los problemas más debatidos en el siglo xvi español —siglo que salía de las guerras de reconquista y entraba en la conquista y la colonización de un nuevo mundo— fue el relativo a la justificación de la guerra contra los indígenas americanos. Problema, a su vez, íntimamente ligado al de la justificación de los títulos que tenía Castilla sobre los territorios conquistados, al de la libertad y condición jurídica de los naturales y al de las formas de tributación de éstos a la Corona castellana. Problemas que entrelazados, dieron lugar a una amplia doctrina, orientada no sólo a la interpretación de la legislación ya expedida, sino —y esto es lo más importante— a la creación, modificación y adecuación de la legislación misma. Problemas que causaron tanto impacto y revuelo en la época, que presionaron a las autoridades españolas a variar criterios y a modificar conductas con respecto a su propia conquista. En fin, problemas que inquietaron, no sólo a teólogos y juristas, a emperadores y reyes, sino también a los propios conquistadores españoles que se empeñaron en justificar, conforme a derecho, sus pequeñas o grandes empresas.

No es pues de extrañar, que mucho y muy bien se haya escrito —antes y ahora— sobre estos temas. Teólogos y juristas en su momento; filósofos, americanistas, indianistas, canonistas e internacionalistas en la época actual, han abordado estos temas en importantes trabajos. Entre ellos destacan, sin que sea necesario explicar el porqué, las múltiples y ya clásicas obras de Silvio Zavala, que directa o indirectamente tocan estas cuestiones (*Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, *La encomienda indiana* y sus varios trabajos en torno a Vasco de Quiroga, entre otros muchos).

Hoy reseño una monografía de don Silvio relativa a la justificación de la conquista de México por Hernán Cortés. O, dicho en forma más precisa, sobre cómo y con qué base el famoso extremeño pretendió

justificar su gesta. En ella, el autor demuestra —a través del análisis de las fuentes— cómo Cortés fundamentó su quehacer en la doctrina escolástica de la guerra justa, elaborada en la Edad Media con base en las relaciones entre la cristiandad y los pueblos infieles, y contenida en los tratados de teólogos, canonistas y juristas de los siglos XIII al XVI. Doctrina que oscila entre el Ostiense y Tomás de Aquino, pasando por los más destacados intérpretes, y llegando a su aplicación en torno al problema americano. Explica así la fundamentación del *requerimiento* de Palacios Rubio (basada en el Ostiense) y su difícil y compleja aplicación en Indias.

Con estos conceptos y hechos, anteriores a la conquista de México, inicia Cortés su jornada desde la isla de Cuba. Éstos quedaron contenidos en las Instrucciones que el conquistador recibió de Diego Velázquez en 1518 y de Carlos V en 1523. En ellas se plantea, con base en la doctrina escolástica, el uso de la vía pacífica como preferencial. Esto es, que no se haga guerra a los indios, no siendo ellos los agresores, y que si hay necesidad de hacerla, se realice después de repetir el *requerimiento*, cuantas veces sea necesario.

¿Cómo interpretó y aplicó Cortés estas instrucciones? ¿En qué medida se ajustó a la legislación vigente y a la doctrina escolástica? Contestar estas preguntas constituye el grueso del trabajo de Zavala. La experiencia de la sumisión de Tlaxcala, de Cholula, de Cempoala y por último de la gran Tenochtitlan no fue uniforme. Unos se entregaron sin resistencia, otros opusieron guerra formal y después se aliaron. El caso de Tenochtitlan fue más complejo; hubo que someterla en segunda guerra. Tuvo pues que interpretarse en el sentido de que los mexicanos, ya vasallos del rey castellano, lo desobedecieron, y tratarlos como súbditos rebeldes merecedores de ser castigados y sometidos por la fuerza.

De los testimonios que presenta el autor se demuestra que Cortés conoció y tuvo siempre en cuenta los requisitos exigidos por la doctrina escolástica para legitimar el derecho de guerra. Así como el derecho vigente, contenido principalmente en las *Partidas*. Estos requisitos eran: la justa causa, la legítima autoridad y la recta intención. Con respecto al primero, el conquistador invocó en sus *Cartas de Relación*: la rebelión de los nativos, la expansión cristiana, la fidelidad al rey, el honor y la defensa de sus vidas, la traición que implicaría el abandono de la empresa y las alianzas conseguidas. Estas fueron las causas que Cortés alegó en apoyo de su empresa. Con respecto a la segunda, y a pesar de la desobediencia a Diego Velázquez, Cortés se apoyó en la decisión del ayuntamiento de la Vera Cruz, apareciendo con la doble investidura del poder que le confería el cuerpo conquistador y la de-

legación implícita del monarca, que se hizo explícita cuando Carlos V admitió y premió los servicios del capitán. Con respecto a la tercera, el extremeño utilizó el argumento de la evangelización (desarraigar a los naturales de la idolatría e introducirlos al conocimiento de la fe y creencia de la religión católica). Así —dice Zavala— la lanza del cruzado contribuiría a sustituir la religión pagana por la de Cristo. Este planteamiento, que une la conquista a la cristianización, alcanzó gran difusión en la época, pero también fue objeto de elevada crítica que se fundamentó en la doctrina tomista y en la obra del Cardenal Cayetano. La segunda parte del trabajo de Zavala se dedica pues al análisis de las fuentes en que se basa el apostolado pacífico (de Aquino a Cayetano) y su proyección en Indias a través del clamor de las voces, con sus matices, de Bartolomé de las Casas y Vasco de Quiroga.

Termina el autor destacando la influencia que tuvieron estas voces de censura a la propia conquista en la evolución de la legislación indiana. Debido a ellas, no sólo se abandonó el antiguo planteamiento conminatorio y guerrero, sino también se dio preferencia en la ley al método pacífico de penetración. Las *Ordenanzas de Nuevos descubrimientos y poblaciones* de Felipe II (1573) y la ley 9, tít. 4 del Lib. III de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680 son prueba de ello. La guerra quedó, por lo tanto, como una última *ratio* y no con carácter ofensivo, sino como un limitado medio para defender la penetración y los poblados españoles ya constituidos. De esta manera, los pensadores de una de las naciones de Europa que con mayor éxito extendió sus dominios por otros continentes, a *posteriori*; esto es, después de que sus soldados habían consolidado la conquista, llegaban a la conclusión de que sus guerras no habían sido justas.

Quiero concluir esta reseña con dos acertadas apreciaciones del autor, que sirven de colofón a su trabajo:

Mas la guerra en el siglo XVI había precedido a la paz, y el triunfo del criterio pacifista llegó tardíamente para poner término a hechos irreversibles...

La lucha entre las dos corrientes, la guerrera y la pacífica, existió y fue ardua, y no deja de ser significativo cuál de ellas prevaleció finalmente, como hemos visto, en el ámbito de las ideas y de los preceptos legales, aunque con las limitaciones que los hechos y la razón de Estado imponían.

Beatriz BERNAL GÓMEZ