

ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA DEL *MODUS OPERANDI* Y LA PRUDENCIA DEL JUEZ EN EL DERECHO CANÓNICO INDIANO

por THOMAS DUVE

*Para el Pbro. Dr. Nelson C. Dellaferrera**

RESUMEN:

Como es sabido, la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla implicó la vigencia en el Nuevo Mundo de la compleja estructura de fuentes que regía en Europa, con sus derechos históricos, formados por sucesivos estratos. Sin embargo, en estas vastas tierras, administrar justicia era un desafío aún mayor –por las distancias, por lo inédito de la situación, por el encuentro con las culturas indígenas. Si el ius commune admitía una gran flexibilidad, más lo requería el mundo indiano. En el artículo se estudia un aspecto del particular proceso del trasplante y de la reproducción de normas del ius commune en las Indias, tomando como punto de partida la normativa sobre la competencia jurisdiccional del juez eclesiástico para los asuntos de las personae miserabilis. La mirada de las autoridades medievales y a su interpretación por autores europeos e indianos de la Temprana Edad Moderna muestra cómo la pluralidad, la disparidad y la historicidad de las fuentes del derecho contribuían a crear un modus operandi muy particular. Se destaca pues, la íntima relación entre las condiciones pragmáticas de la administración de justicia, especialmente las fuentes del derecho, y la cultura jurídica que se erigió sobre estas bases institucionales.

PALABRAS CLAVE: Administración de justicia. Ius commune. Juez eclesiástico. Personae miserabilis. Cultura jurídica.

ABSTRACT:

The incorporation of the Indies to the Crown of Castille implied the enforcement in the New World of a complex structure of legal sources that was being applied in Europe, with its historic rights and successive layers. But providing justice in these vast lands was a greater challenge, due to the distances involved, unknown realities, and encounters with indigenous cultures. Ius commune allowed much flexibility, but the New World would require even more. This essay examines one aspect of that particular legal adaptation process, by studying norms that established jurisdictional competence for ecclesiastic judges in the affairs of personae miserabilis. Reviews of medieval authori-

* Este artículo está dedicado al Pbro. Dr. Nelson C. Dellaferrera con motivo de los 50 años de su ordenación sacerdotal; forma parte de un homenaje dedicado a él por la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

ties, and how they were interpreted by writers of the early Modern Age in Europe and the Indies, show that the plurality, disparity, and historicity of legal sources contributed to create a very special modus operandi. Thus is highlighted a close relation between the pragmatic conditions of a judicial administration, and specially that of legal sources, and the legal culture built upon these institutional foundations.

KEY WORDS: Judicial administration. Ius commune. Ecclesiastic judge. Personae miserabilis. Legal culture.

Sumario:

1. La jurisdicción eclesiástica sobre las *personae miserabiles* en el Derecho Canónico clásico y post-clásico hasta la Temprana Edad Moderna. 1.1. La *persona miserabilis* en el corpus iuris canonici. 1.2. La *persona miserabilis* en la decretística, decretalística y la canonística clásica. 1.3. La *persona miserabilis* en canonistas de la Temprana Edad Moderna. 2. La *persona miserabilis* en el Derecho Canónico Indiano. 3. La prudencia del juez en el Derecho Canónico Indiano.

*“Los que escriben, poco
aventuran en elegir opiniones;
pero es muy peligrosa la
elección en el Juez que
las ha de practicar...”*

Con fecha del 19 de octubre de 1545, Fray Bartolomé de Las Casas, Obispo de Chiapa[s] envió una carta al Presidente de la Real Audiencia de los Confines, Alonso de Maldonado, con un contenido por lo menos delicado: Todos los casos –escribieron Las Casas y otros dos miembros del clero– que involucraran a cualquier indio debían de inmediato ser trasladados a la jurisdicción eclesiástica, porque los indios eran *personae miserabiles* y por eso “uno de los casos que pertenece de derecho y según los sacros cánones a los obispos y jueces eclesiásticos y de que puedan juzgar y conocer y hacer justicia inmediatamente, aunque no haya negligencia ni malicia, ni sospecha del juez seglar”¹. De no acceder a este reclamo –sigue la carta– los Obispos se verían obligados a

¹ Representación a la Audiencia de los Confines, 19 de octubre de 1545, AGI, IG, 1381, editado en FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Obras Completas*, t. 13: Cartas y Memoriales. Edición de Paulino Castañeda, Carlos de Rueda et. al., Madrid, 1995, n. XXIII, pp. 199-205.

comunicar a los fieles de su diócesis que tanto el Presidente como los Oidores de la Audiencia habían caído *ipso facto* en excomunión.

Desde el punto de vista político, no sorprenderá que dicha solicitud no tuviera éxito: Pasar todos los asuntos de los indios a la jurisdicción eclesiástica, con un obispo como Las Casas siendo el juez competente², hubiese significado una rendición incondicional en la lucha que se llevaba a cabo alrededor de la implementación de las Leyes Nuevas en las Indias: Teniendo la *iurisdictio*, Las Casas, quien antes de la Pascua de 1545 había negado la absolución a todos los encomenderos de su diócesis por no restituir a los indios sus bienes y derechos, hubiese trastornado el régimen político y económico en Chiapas. Por eso era previsible que la Audiencia habría de responder negativamente, y que también otros intentos de Las Casas –cartas al Emperador Carlos y al Príncipe Felipe– iban a ser infructuosos³.

Tal vez por ser tan poco realista el reclamo de Las Casas, su principal adversario, el Presidente de la Audiencia de los Confines, Maldonado, en una carta fechada el 31 de diciembre 1545, se pudo limitar a escribir lacónicamente al rey Carlos:

No sería malo que él [= Las Casas] diese cuenta personalmente en el Real Consejo de Indias de cómo los indios son de jurisdicción eclesiástica. Y por no haber proveído de esto como lo pidió, escomulga a esta audiencia⁴.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la calma del Presidente de la Audiencia puede extrañar: Las Casas y sus colegas se apoyaron en una serie de cánones del *Decretum Gratiani* (C. 24, q. 3, c. 21; Dist. 84, c. 1, c. 2; 87, c. 1, c. 2; 88 c. 1), del *Liber Extra* (X. 5.40.26;

² Acerca del obispo como juez en el Derecho Canónico Indiano véase NELSON C. DELLAFFERRERA, “El obispo, único juez en la diócesis”, en *Cuadernos de Historia* 9, 2000, pp. 137-148.

³ Acerca del contexto ÁLVARO HUERGA, *Fray Bartolomé de las Casas. Obras Completas*. I: Vida y obras, Madrid, 1998, pp. 191-260; CARLOS SEMPAT ASSADOURIAN, “Fray Bartolomé de Las Casas obispo: la condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la Iglesia (un escrito de 1545)”, en *Allpanchis*, Cusco, Perú, 1999, 22-I., 35-36, 29-104.

⁴ Representación del Presidente de la Audiencia de los Confines al Emperador, fechada el 31 de diciembre de 1545, en ANTONIO MARÍA FABIÉ, *Vida y escritos de fray Bartolomé de Las Casas, obispo de Chiapa*, II, Madrid, 1879, p. 145.

1.29.38; 1.37.1; 2.2.15; 2.2.11; 2.2.10) y se vieron en conformidad con la “común doctrina de todos los doctores sobre los testos alegados”⁵. Según su exposición, ellos tenían el derecho en favor suyo.

¿Cómo puede ser que se sostuviesen opiniones tan contrarias acerca de un problema jurídico de tal importancia? ¿Por qué los obispos podían apoyarse en la común opinión de los doctores, citando fuentes canónicas de la más alta autoridad y fracasar rotundamente con su reclamo? ¿No se “aplicaba” el derecho?

Estas preguntas nos llevan al objeto del estudio: La particular racionalidad jurídica del jurista-canonista indiano del XVI y XVII, y, especialmente, la conexión entre los presupuestos materiales de la actuación del jurista y su *modus operandi*, es decir entre las bases normativas y la pragmática jurídica. Se tratará de demostrar, en un ejemplo concreto tomado de la materia de jurisdicción eclesiástica, que la disparidad de las fuentes del derecho y la correspondiente inseguridad jurídica exigían una *poiesis* jurídica muy particular⁶, basada en probabilidades y no seguridades, guiada por la prudencia.

Para esto, en lo siguiente, queremos partir del problema de la competencia de la jurisdicción eclesiástica sobre los asuntos de las personas miserables –un término más conocido en el contexto del derecho civil, en lo referido a los privilegios, aplicados a los indios en materia judicial⁷– y analizar, en un primer paso, el reclamo de Las Casas y de sus colegas, reconstruyendo el marco normativo en el cual se apoyaban.

⁵ BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, ob. cit., n. XXIII, pp. 199-200.

⁶ Véase en este contexto el panorama en CARLOS GARRIGA, “Historia y derecho, historia del derecho”, en *Istor* IV – 16, 2004, pp. 3-8; CARLOS GARRIGA, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, *idem*, pp. 13-44, esp. pp. 30 y ss. y, como ejemplo de poner en la práctica esta sensibilidad metódica y muy afín al presente tema, el trabajo de ALEJANDRO AGÜERO, “Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal del Antiguo Régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII”, en *Revista de Historia del Derecho* 32, 2004, pp. 33-81.

⁷ Para un resumen de este uso del término véase ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, México, 1994, pp. 314-371. La literatura acerca de la condición jurídica del indio es abundante. Cabe destacar BERNARDINO BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pp. 17-33 y la extensa bibliografía del tema en NORBERTO DAGROSSA, “Bibliografía de la Historia del Derecho indiano”, en ANDRÉS-GALLEGO, JOSÉ (ed.), *Nuevas aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica*, Fundación Histórica Tavera/ Fundación Hernando de Larra-mendi, Madrid, 2000 (Colección Proyectos Históricos Tavera, I, CD-ROM, DIGIBIS),

Procederemos en tres pasos. En primer lugar, hay que tratar de volver a ponerse en el lugar del jurista del siglo XVI y XVII. Esto significa leer las fuentes del derecho que en esta época gozaron de autoridad: Las disposiciones recogidas en el *corpus iuris canonici*, especialmente en el Decreto de Graciano, publicado en esta época todavía con la glosa, y los autores del derecho canónico medieval, en la forma que se los conocía a fines del siglo XVI y inicios del siglo XVII⁸. Mirando a estas fuentes nos damos cuenta de que “el derecho” no preveía una respuesta inequívoca al planteo acerca de la jurisdicción de la Iglesia sobre las personas miserables. Lo que existía eran algunas autoridades que indicaban que Las Casas y sus colegas podrían tener razón con su planteo, mientras otras autoridades mostraron lo contrario, una situación nada inusual en el derecho medieval y de la Temprana Edad Moderna, como se mostrará en la primera parte del trabajo (1).

De esta forma, el problema de la jurisdicción eclesiástica sobre los asuntos de las personas miserables puede ser visto como un ejemplo de

pp. 379-390. Acerca de los privilegios de los indios por su consideración de ser personas miserables véase, especialmente, MARTHA NORMA OLIVEROS, “La construcción jurídica del régimen tutelar del indio”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 18, 1967, pp. 105-128; PAULINO CASTAÑEDA DELGADO, “La condición miserable del indio y sus privilegios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, XXVIII, 1971, pp. 245-335; ANTONIO MANUEL HESPANHA, “Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica”, en ÍDEM (ed.), *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 17-60; JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO, “El ius commune y los privilegios de los indígenas en la América Española”, en *Revista de Historia del Derecho* 29, Buenos Aires, 2001, pp. 268-306; THOMAS DUVE, “La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano”, en LOSANO, MARIO (ed.), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milano, Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico-Politico, Collana Teoria Generale e Informatica del Diritto, IV, 2004, pp. 3-33; EDUARDO CEBREIROS ÁLVAREZ, “La condición jurídica de los indios y el derecho común: un ejemplo del ‘favor protectionis’”, en *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo, a cura di Orazio Condorelli*, t. I, Roma, 2004, pp. 469-489. El uso del término “*persona miserabilis*” en la Temprana Edad Moderna se abordará extensamente en THOMAS DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt/Main (= Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, ed. por el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte) 2008 (en prensa).

⁸ Por eso he usado la Edición Romana: *Decretum Gratiani emendatum*, Venetiis 1583; *Decretales Gregorii Papae IX*, Venetiis 1600 y sólo en casos explícitamente mencionados la edición de Friedberg. La glosa al *Decretum* se citará según la edición *Decretum Divi Gratiani* [...]. Lugduni 1560.

una de las características más destacadas del derecho de la época: la de su flexibilidad, o, mirándolo desde otra perspectiva, de su intrínseca inseguridad. Esta “inseguridad estructural” del derecho en el siglo XVI y XVII tuvo sus consecuencias para el *modus operandi* del jurista: no se podía “aplicar” normas exactas, sino que frente a la disparidad normativa, y considerando la inseguridad de cuál es el derecho efectivamente aplicable, había que practicar un ejercicio intelectual muy complejo para llegar a una conclusión.

Si esto es cierto –como lo ha expuesto, entre otros, Paolo Grossi⁹– para la cultura jurídica medieval y también se aplica a lo que últimamente ha sido llamado “cultura jurisdiccional” del Antiguo Régimen¹⁰, tanto más se aplica al *modus operandi* del jurista indiano. Esto se hace patente en el tratamiento del mismo problema de la jurisdicción eclesiástica sobre las personas miserables en una de las obras más destacadas del derecho canónico indiano, cien años después de la lucha de Las Casas: en el *Gobierno eclesiástico y pacífico*, del agustino y entonces obispo de Santiago de Chile, Fr. Gaspar de Villarroel¹¹, cuando este advierte, en el mismo contexto de la jurisdicción sobre la *persona miserabilis*: “Los que escriben, poco aventuran en elegir opiniones; pero es muy peligrosa la elección en el Juez que las ha de practicar: y en materia de que se trata, qualquiera yerro sera de gran peligro en un Prelado, por los grandes inconvenientes que se suelen recrecer, quando parece que se hace extorsion a la jurisdiccion Real”¹². Analizar, pues, el uso del término “*persona miserabilis*” en el derecho canónico indiano desde esta óptica será objeto de la segunda parte de este trabajo (2).

Finalmente, en un tercer apartado, se intentará formular algunas observaciones acerca de la íntima conexión entre los presupuestos ma-

⁹ Cfr. PAOLO GROSSI, *El orden jurídico medieval*. Prólogo de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, 1996, pp. 221 y ss.

¹⁰ Cfr. en este contexto ALEJANDRO AGÜERO, “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en MARTA LORENTE (comp.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, pp. 19-58; CARLOS GARRIGA, “Justicia animada: Dispositivos de la justicia en la monarquía católica”, en LORENTE, *De justicia de jueces a justicia de leyes* cit., pp. 59-104; CARLOS GARRIGA, “Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglo XVI-XVII)”, *Revista de Historia del Derecho* 34, 2006, pp. 67-160.

¹¹ GASPAR DE VILLARROEL, *Gobierno Eclesiástico Pacífico y Unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*, Madrid, I, II, 1656/57 (Reimpresión Madrid 1738), Pars II, Question XIV, Art. III, fol. 190-205.

¹² VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, n. 67.

teriales de la aplicación del derecho y la correspondiente cultura jurídica, destacando que la emblemática exigencia de la “prudencia del juez”, virtud cardenal del emblemático *judex perfectus*¹³, no fue solamente fruto de una postura filosófica, sino un complemento indispensable de la cultura jurídica pre-moderna (3).

1. La jurisdicción eclesiástica sobre las *personae miserabiles* en el Derecho Canónico clásico y post-clásico hasta la Temprana Edad Moderna

¿Cómo fue, entonces, el marco normativo en el cual se apoyaban Las Casas y sus colegas al tratar el tema de la jurisdicción eclesiástica sobre los asuntos de las personas miserables?

La realidad de la jurisdicción eclesiástica sobre las personas miserables se inserta en la problemática más amplia de la delimitación de los fueros civiles y seculares parte, a su vez, de la compleja relación entre la Iglesia y el poder político a través de la historia. En lo que atañe a la jurisdicción de la Iglesia, suelen distinguirse la competencia judicial *ratione personarum*, *ratione rerum* y la competencia especial en algunos casos específicos¹⁴. La competencia sobre los asuntos de las personas miserables comúnmente se incluye en el tercer grupo¹⁵.

¹³ Cfr. para esta idea y la cultura jurisdiccional también EDUARDO MARTIRÉ, *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*, Madrid 2005.

¹⁴ Véase acerca de este problema especialmente WINFRIED TRUSEN, “Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche”, en AA.VV., *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, (dir. H. Coing) München, 1973, pp. 467-504; JEAN GAUDEMET, *Église et cité: histoire du droit canonique*, Paris, 1994, pp. 514-524; RICHARD H. HELMHOLZ, “Civil Jurisdiction and the Clergy”, en HELMHOLZ, *The ius commune in England. Four Studies*, Oxford, 2001, pp. 187-239; WITESLAW LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii*, Krakau, 1999, I, pp. 88-103, 114-123. Para la Temprana Edad Moderna y, especialmente en referencia a Castilla y las Indias, véase JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, “El tribunal eclesiástico (Sobre el aforamiento y la estructura de la Curia diocesana de justicia)”, en: AA. VV., *Instituciones de la España Moderna* cit., pp. 143-169; CARLOS MAQUEDA ABREU, “Conflictos jurisdiccionales y competencias en la Castilla del siglo XVII. Un caso ilustrativo”, en *AHDE* LXVII/II, 1997, pp. 1567-1586.

¹⁵ Acerca de la figura de la *persona miserabilis* en el derecho canónico clásico no hay mucha literatura. El más extenso tratamiento lo da RICHARD H. HELMHOLZ, *The Spirit of Classical Canon Law*, Athens, USA, 1996, pp. 116-144; BRIAN TIERNEY, *Medieval Poor Law. A Sketch of Canonical Theory and its Applications in England*,

Sin embargo, no existía una sistematización nítida y bien desarrollada, sino que la doctrina se derivaba de las fuentes del derecho canónico, con su carácter casuista y concreto, formando parte de una cultura jurídica caracterizada como un “conglomerado de normas de origen diverso, eventualmente incompatibles, desprovisto, por otro lado, de un conjunto estable de reglas de competencia, es decir, de reglas que decidan qué norma se debe aplicar en un caso concreto”¹⁶. En el núcleo de este conglomerado se hallaban las partes que a partir del siglo XVI iban a ser recopiladas en un conjunto bajo el común denominador *corpus iuris canonici*¹⁷.

1.1. La “persona miserabilis” en el *corpus iuris canonici*

¿Qué se derivaba de esta normativa para la cuestión de la competencia del juez eclesiástico sobre los asuntos de las personas miserables? Según Las Casas y sus colegas, la respuesta era sencilla: La Iglesia tenía una competencia jurisdiccional privativa, y los obispos como jueces eclesiásticos “puedan juzgar y conocer y hacer justicia inmediatamente, aunque no haya negligencia ni malicia, ni sospecha del juez seglar”¹⁸.

Sin embargo, en la primera parte del *corpus iuris canonici*, el *Decretum Gratiani*, el término “*persona miserabilis*” ni siquiera aparece¹⁹.

Berkeley-Los Angeles, 1959, pp. 14-19. Algunas referencias útiles al tema de las personas miserables contienen trabajos sobre la condición jurídica de la viuda, especialmente JAMES A. BRUNDAGE, “Widows as Disadvantaged Persons in Medieval Canon Law”, en LOUISE MIRRER (ed.), *Upon My Husband's Death. Widows in the Literature and Histories of Medieval Europe*, Ann Arbor-Michigan, 1992, pp. 193-206. Cfr. también DUVE, *Sonderrecht* cit.

¹⁶ ANTONIO MANUEL HESPANHA, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, 2002, p. 104.

¹⁷ Acerca de la historia del *corpus iuris canonici* véase la introducción THOMAS DUVE, “La historia del *corpus iuris canonici* a la luz de la reciente bibliografía”, en *Prudentia iuris* 61, 2006, pp. 71-100.

¹⁸ Representación a la Audiencia de los Confines, 19 de octubre de 1545, AGI, IG, 1381, editado en FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Obras Completas*, t. 13: Cartas y Memoriales. Edición de Paulino Castañeda, Carlos de Rueda et. al., Madrid, 1995, n. XXIII, pp. 199-205.

¹⁹ Véase TIMOTHY REUTER y GABRIEL SILAGI, *Wortkonkordanz zum Decretum Gratiani*, München, 1990.

Lo que sí queda patente es una responsabilidad especial de los obispos en la defensa de las personas relacionadas con la *persona miserabilis* desde los días que Constantino dictó una constitución, en defensa de éstas, en el año 334, recogida en Cod. 3.14. En ésta, se menciona en conjunto con la *persona miserabilis* a los *pupillos*, *viduas*, los *morbo fatigatos* y *debiles*²⁰, haciendo eco hasta en la terminología de la tradición cristiana de que estos y otros desafortunados son especial objeto de la *caritas*²¹.

Así se consagra, en el Decreto de Graciano, la obligación de los Obispos de defender a las viudas y huérfanos (Dist. 87 c. 1, citado por Las Casas), y se dispone que el Obispo que no defendiera a las viudas, huérfanos y oprimidos debía ser duramente castigado (Dist. 84 c. 1, 2, citados por Las Casas). Otro canon prevé que los clérigos podían, apartándose de la regla general, participar activamente en asuntos seculares si éstos involucraban a pupilos, viudas y huérfanos (Dist. 88 c. 1, citado por Las Casas). Y, según se deduce de una decisión conciliar recogida en C. 24. q. 3. c. 21, citada por Las Casas, un Obispo podía y debía excomulgar a aquellos que robaran a clérigos y pobres y no comparecieran a la citación. En otros cánones se ordena la protección de

²⁰ Quando imperator inter pupillos vel viduas vel miserabiles personas cognoscat et ne exhibeantur. Imperator Constantinus: Si contra pupillos viduas vel diutino morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicium compellantur comitatu nostro sui copiam facere quin immo intra provinciam, in qua litigator et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam atque omni cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. * const. a. ad andronicum. * <a 334 d. xv k. iul. constantinopoli optato et paulino cons.> .

²¹ Véase por ejemplo Ex 22, 21-23: advenam non contristabis neque adfliges eum [...] viduae et pupillo non nocebitis; Dt 10, 18 - 19: [Deus] facit iudicium pupillo et viduae amat peregrinum et dat ei victum atque vestitum et vos ergo amate peregrinos [...]; Dt 26, 12: [...] dabis Levitae et advenae et pupillo et viduae ut comedant intra portas tuas [...]; Jer 7, 6 - 7: advenae et pupillo et viduae non feceritis calumniam; Ps 33, 7: iste pauper clamavit et Dominus exaudivit; Ps 67, 6: [...] patris orfanorum et iudicis viduarum [...]; Ps 81, 3 - 4: iudicate egenum et pupillum /humilem et pauperem iustificare /eripite pauperem et egenum /de manu peccatoris liberante; Ps 145, 8 - 9: [Lauda anima mea Dominum] qui custodit veritatem in saeculum /facit iudicium iniuriam patientibus /dat escam esurientibus /Dominus solvit compeditos/Dominus inluminat caecos /Dominus erigit adlisis /Dominus diligit iustos /Dominus custodit advenas /pupillum et viduam suscipiet /et viam peccatorum disperdet [citados por la edición Biblia Sacra iuxta vulgatam versionem, Stuttgart 1983].

otros grupos de personas posteriormente relacionados con la *persona miserabilis*, como C. 24. q. 3. c. 23 y C. 24. q. 3. c. 25, donde fueron establecidas penas canónicas para la protección de peregrinos y comerciantes (c. 23), y de peregrinos, clérigos, mujeres y pobres (c. 25).

De esta forma, si bien en el mismo *Decretum Gratiani* no encontramos el término *persona miserabilis*, lo que si encontramos son elementos formativos de una doctrina sobre la competencia de la Iglesia para proteger a los débiles y desafortunados, resumidos bajo el común denominador “*persona miserabilis*”: especialmente las viudas, los huérfanos, los pobres, pero también los peregrinos, los comerciantes, los enfermos y viejos, en fin, sobre todos aquellos que constituyen una unidad definida por su necesidad de ser protegidos y ser objetos de las obras de caridad y cuya protección formaba parte de la misma definición de justicia: *iustitia est in suveniendis miseris*²².

Lo que no aparece en estos textos medievales es un claro deslinde entre el poder secular y el poder eclesiástico en los casos mencionados. Algunos cánones parecían indicar la supremacía de la jurisdicción eclesiástica: C. 24 q. 3 c. 21 y, extendiéndonos al *Liber Extra*, X. 2. 2. 15, una decretal de Honorio III, del año 1220, indicaban una competencia privativa de la Iglesia para los asuntos de los pobres y clérigos (C. 24 q. 3 c. 21) y las viudas (X. 2.2.15). Especialmente la *superscriptio* –que gozaba de autoridad en la práctica jurídica²³– de X. 2.2.15 manifestaba la competencia del fuero eclesiástico para los asuntos de las personas miserables, aun cuando se tratara de materia feudal: *Miserabilis persona potest laicum interdicto unde vi coram iudice ecclesiastico convenire, etiamsi res subtracta dicatur feudalis*²⁴.

²² Véase acerca de esta definición de justicia STEPHAN KUTTNER, “A forgotten definition of justice”, en *Studia Gratiana* XX, 1976, pp. 73-109.

²³ Véase acerca de este problema, con más referencias, JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, Stuttgart, 1877, II, 19, nota 14.

²⁴ Sin embargo, en la versión medieval española de la misma decretal, que se refiere a un caso específico de una viuda, no se encuentra la referencia a las personas miserables, sino solamente a la viuda: “Nota daquesta decretal: Que si alguna bibda es despojada bien puede demandar reuestimiento delante el juez de Sancta Eglefia”, JAIME M. MANS PUIGRANAU, *Decretales de Gregorio IX, Versión medieval Española*, t. 2, Barcelona, 1942, p. 25, línea 5 (X. 2.2.15).

Por otro lado, en el *Decretum Gratiani*, se encuentra un fragmento de San Jerónimo, citado en C. 23 q. 5 c. 23, que dice explícitamente que entre las tareas especiales de los gobernantes está el abogar por los débiles, entre los que se nombra a los *oppressos, et peregrino, pupillo-que, et viduae*, es decir los grupos típicamente asociados con la *persona miserabilis*. De tal forma, podía deducirse que el especial cuidado de estas personas estaba asignado a los gobernantes, dejando solamente una competencia subsidiaria a los Obispos. Además, en el *Liber Extra* están recogidas algunas disposiciones que aún más claramente sugerían una supremacía del poder secular: En X. 2.2.10, que se remonta a una decretal de Inocencio III del año 1208, se restringe claramente la competencia eclesiástica sobre los asuntos de las viudas a los casos en que se tratara de un *defectus iustitiae* o cuando rige una costumbre especial: *Laicus laicum super re civili coram iudice ecclesiastico convenire non potest, nisi in defectu iustitiae saecularis, vel nisi consuetudo id exposcat*. De manera similar, en la *superscriptio* a X. 2.2.11 se decía que una viuda sólo podía recurrir a la jurisdicción eclesiástica en el caso que la jurisdicción secular hubiera fallado: *Vidua laicum coram iudice ecclesiastico convenire non potest, nisi super causa ecclesiastica, vel in defectum iudicis saecularis*.

En resumen puede concluirse que los mismos cánones del *corpus iuris canonici*, con su carácter casuista, representando distintas capas históricas, no permitieron sacar una conclusión inequívoca: existía una normativa ambigua acerca de la competencia del fuero eclesiástico en el caso de las viudas, huérfanos y de otros grupos de personas consideradas bajo el común denominador de *persona miserabilis*, y tampoco esta denominación tuvo clara definición.

1.2. La “persona miserabilis” en la decretística, decretalística y la canonística clásica

Desde temprano, el jurista también debía recurrir a la opinión de las autoridades, es decir a la decretística y la decretalística, a su vez fuentes del derecho. Sin embargo, tampoco la doctrina de los autores brindaba más seguridad jurídica. Al contrario: Más bien habría que hablar de la creación y ampliación de la oferta normativa contenida en

los cánones, sin que se lograra erigir en una doctrina coherente. Aun una breve mirada a la glosa demuestra esto.

En la *Glossa ordinaria* al *Decretum Gratiani* –hecha en el mismo lapso en el cual se redactaron las *decretales epistolas* luego recogidas en el *Liber Extra*– se refleja la ambivalencia establecida en los cánones: En la *glossa* a la Dist. 87 c. 1, relativa a la obligación de responder por los asuntos que involucraran a las viudas y huérfanos, se agrega que también los casos de los pobres, de los reprimidos y de los peregrinos caen bajo la competencia del fuero eclesiástico: *nota quod etiam causae pauperum & oppressorum & peregrinorum spectent [sic] ad ecclesiam*²⁵. Esto podría significar una ampliación de la jurisdicción eclesiástica. Sin embargo, fue añadido inmediatamente que estos casos estaban también subordinados a la jurisdicción real: *spectant etiam ad iudicium regis*²⁶.

En una glosa a C. 12 q. 1. c. 1, se afirma la jurisdicción eclesiástica sobre los pupilos, huérfanos, viudas, manumisos y *personae miserabiles*, pero nuevamente sin establecer una posición clara con respecto a la relación con la jurisdicción secular²⁷. Bartholomaeus Brixiensis –último redactor de la *glossa ordinaria*– agrega a esta glosa que estos casos pertenecen a ambas jurisdicciones: *Credo quot sint de foro utriusque*²⁸, estableciendo un paralelismo con la glosa ambigua a la Dist. 87. c. 1.

De la misma manera, se deduce del C. 23 q. 5 c. 23, donde se establece la obligación de los gobernantes de abogar por los débiles (*peregrino, pupilloque, et viduae, qui facilius opprimuntur a potentibus*), que los casos de las *personae miserabiles* corresponden a ambas jurisdicciones. Pero en seguida se hace la salvedad expresa de que lo mejor sería que tal obligación fuera asumida por la Iglesia: *Hinc videtur quod ad iudicium saeculare spectet defendere oppressos & viudas & pupillos [...] Dico quod ad utrumque pertinet, potius tamen ad ecclesiam*²⁹. Finalmente, la glosa al C. 24 q. 3 c. 21 sostiene que los casos de

²⁵ Glosa ad Dist. 87 c. 1, ad verbum plus tamen.

²⁶ Glosa ad Dist. 87 c. 1., ad verbum plus tamen.

²⁷ Glosa ad C. 12 q. 1. c. 1. ad verbum pupilli: pupilli, orphani, viduae, liberti, miserabiles personae spectant ad iudicium ecclesiasticum.

²⁸ Glosa ad C. 12 q. 1. c. 1. s.v. pupilli.

²⁹ Glosa ad C. 23 q. 5 c. 23, ad verbum oppressos.

represión a los pobres pertenecen a la jurisdicción eclesiástica: *Videtur ergo quod causae oppressionis pauperum spectent ad ecclesiam*³⁰.

Tampoco es mucho más clara la *Glossa ordinaria* al *Liber Extra*. En ella se destaca, por un lado, con respecto a X. 2.2.11 –la decretal en la que la competencia de la Iglesia parece estar limitada a los casos de un *defectus iustitiae*– que de haber negligencia del juez secular, la competencia debe ser transferida al juez eclesiástico. Asimismo dice que los asuntos de las viudas corresponden principalmente al fuero secular³¹ –*Nota quod propter negligentiam iudicis saecularis transfertur iurisdictio ad ecclesiasticum iudicem. Item causa viduarum principaliter ad forum saeculare pertinet*– punto sobre el que se vuelve más adelante con el importante complemento que lo concierne a las viudas, pupilos, huérfanos y *personae miserabiles* debe ser tratado por la jurisdicción eclesiástica en aquellos casos en que hubiera una injusticia o un acto de violencia contra dichas personas³², o cuando fuese necesario para su protección³³. Luego, en la conclusión de la misma glosa, se dice que indirectamente todo caso en que una persona fuera víctima de pecado, corresponde a la jurisdicción eclesiástica: *et indirecte ratione peccati omnes causae pertinent ad ecclesiam*³⁴, con lo que se establece una relación con la doctrina de la competencia de la Iglesia *ratione peccati*, postulada por el mismo autor de las decretales mencionadas, el Papa Inocencio III. En otro lugar, en relación con X. 5.40.26, volverá a ser comentado que los casos de las viudas se adjudican a la jurisdicción eclesiástica, sin establecer si esta competencia era privativa o no³⁵. Como vemos, la normativa nacida de la pluralidad de

³⁰ Glosa ad C. 24 q. 3 c. 21 ad verbum pauperem.

³¹ Glosa ad X. 2.2.11. Se citará la glosa al *Liber Extra* según la edición *Decretales D. Gregorii Papae IX suae integritati una cum glossis restituate*, Venetiis 1600.

³² Glosa ad X. 2.2.11, ad verba in iustitia: [...] et causa viduarum & aliarum miserabilium personarum spectat ad ecclesiam ubi agit de iniuria sive de violentia eis illata.

³³ Glosa ad X. 2.2.11, ad verba in iustitia: [...] quod causa viduarum non pertinet principaliter ad ecclesiasticum iudicem, licet pertineat ad ecclesiam quantum ad protectionem.

³⁴ Glosa ad X. 2.2.11, ad verba in iustitia.

³⁵ Glosa ad X. 5.40.26, ad verbum viduis: Ex hoc videtur, quod causa viduarum ad ecclesiam spectet.

fuentes del derecho seguía abriendo espacios de interpretación, pero lo que no daba era orientación inequívoca.

Esta situación tampoco cambió en las grandes obras de la canonística clásica. Inocencio IV, en su Comentario a las *Decretales*, demuestra tanto la amplitud que el concepto de la *persona miserabilis* había ganado, como también los distintos intentos de una limitación de la jurisdicción eclesiástica. Por un lado, Inocencio defiende la jurisdicción eclesiástica y su preeminencia sobre la secular para los casos especiales como los de las viudas. Al mismo tiempo introduce algunos límites importantes: Según su comentario a X. 2.2.11, el Papa ha transferido su competencia especial sobre las viudas *de gratia* a la jurisdicción secular, y solamente en caso de negligencia del juez secular reviviría la competencia³⁶. Mientras esto parece una reivindicación de la competencia en un plano teórico, combinado con una renuncia en la práctica, en su comentario a X. 1.29.38, el “Papa-jurista” introduce una limitación a la competencia misma: Aquí sostiene que, en principio, la jurisdicción sobre las viudas no sería establecida en función de su mero *status*, sino sólo en aquellos casos en que únicamente un juez eclesiástico pudiera hacerle justicia: *Nota viduas non esse de foro ecclesiae [...] nisi quantum ad hoc, quod propriis iudicibus non facientibus eius iustitiae complementum ecclesiasticum iudex faciet*³⁷. De todos modos, para él había que distinguir entre las viudas ricas y pobres, gozando sólo las últimas del privilegio. Y dado que toda persona tenía derecho de remitirse a la competencia eclesiástica por un *defectus iustitiae*, la única ventaja de las *personae miserabiles* sobre las demás sería la de poder acudir a la jurisdicción eclesiástica ya tras el primer fracaso en la jurisdicción secular, sin antes tener que agotar todas las instancias ordinarias³⁸. Sin embargo, también aquí impone

³⁶ INOCENCIO IV = SINIBALDUS FLISCUS, *Commentaria. Apparatus in V Libros Decretalium.*, Francofurti 1570 (reimp. Frankfurt 1968) ad X. 2.2.11: [...] Papa iurisdictionem habet super viduas, sed de gratia defert iudicibus secularibus, ut non procedat iudex ecclesiasticus, nisi propter negligentiam laici iudicis.

³⁷ INOCENCIO IV, ob. cit., ad X. 1.29.38, n. 1: *Nota viduas non esse de foro ecclesiae [...] nisi quantum ad hoc, quod propriis iudicibus non facientibus eius iustitiae complementum ecclesiasticum iudex faciet.*

³⁸ INOCENCIO IV, ob. cit., ad X. 1.29.38, n. 3: *Sed objicies, quid est speciale in miserabilibus personis, cum etiam omnibus ecclesia debeat reddere iustitiam si iudices*

Inocencio IV alguna restricción: lo anterior no valdría si, a pesar de ser los litigantes en verdad pobres, estuvieran procurando obtener una gran herencia o palacios³⁹.

Esto demuestra que los principales intentos de limitación del privilegio jurisdiccional –y de la jurisdicción eclesiástica misma– empiezan a desarrollarse por una distinción acerca de quién puede ser considerado *persona miserabilis*: se excluye algunos y se incluye otros. De esta forma, la limitación se lleva a cabo a través de distinciones dentro del término mismo. Esto puede ser leído como una reacción a la paulatina ampliación del término y sus consecuencias jurídicas a través del tiempo: Inocencio mismo nombra los pupilos, huérfanos, ancianos y manumisos, y luego se refiere a los excluidos, ciegos y lisiados, a los enfermos de lepra, prisioneros, débiles y finalmente a los enfermos crónicos resumiendo los *praedictae personae* como *miserabiles personae*⁴⁰. En otros contextos Inocencio IV utiliza el término *personae miserabiles* como un concepto general para referirse a los miembros de los distintos grupos mencionados. Lo mismo sucede en otros autores: también Hostiense destaca en su comentario a X. 2.2.11, que si bien la Iglesia no tenía jurisdicción en todos los casos concernientes a las viudas, la Iglesia siempre apoyará y protegerá a los reprimidos y dignos

seculares sunt negligentes [...] Respondeo, horum simplicem querimoniam aliquando ecclesia audit etiam non requisitis dominis, et semper audit quando priores domini renuunt eis facere iustitiam, nec dicitur eis. Item ad alium proximum superiorem, sed in aliis non intromitteret ecclesia quousque aliquem superiorem habet ad quem recurrere possit [...] sed miserabilibus personis statim iudice ordinario negligente facere iustitia procedet [...] & hoc ideo ne diu pro iustitia laborent.

³⁹ INOCENCIO IV, ob. cit., ad X. 1.29.38, n. 4: Item dicimus quod etiam praedictae personae si habito respectu ad ea quae possident sint pauperes, sed magnas haereditates vel castra petant, non venient ad ecclesiasticum iudicem, nisi prius deficitat secularis, quia causa cessat pro qua toleratum est quod iudex ecclesiasticus cognoscat etiam non negligente seculari.

⁴⁰ INOCENCIO IV, op. cit., ad X. 1.29.38, n. 1: Pupillorum autem et orphanorum causas audiet ecclesia, negligente iudice seculari ei facere iustitiam, etiam si sint divites, sicut de viduis diximus [...] idem in senibus [...] idem de quibuslibet libertis & non ecclesiae commendatis [...] nam omnes hi miserabiles personae dicuntur, quorum omnium curam ecclesia habere debet [...] Idem in expositis [...] idem in caecis & mutilatis membris & leprosis & captivis & debilibus et diutino morbo fatigatis [...] nam miserabiles personae sunt pro maiori autem parte praedictae personae si sint divites coguntur sub iudicibus suis ordinariis respondere, si volunt sibi facere iustitiae complementum.

de compasión, así como los ayudará a obtener justicia y defenderse⁴¹. Frente a tal amplitud y imprecisión conceptual, no quedaba otra que distinguir en cada caso concreto si realmente se aplicaba o no el término y cuáles iban a ser las consecuencias jurídicas adecuadas para el caso concreto.

1.3. La “persona miserabilis” en canonistas de la Temprana Edad Moderna

Esta situación no cambió en épocas posteriores. Seguimos encontrando una amplitud conceptual e intentos de limitación a través de la *distinctio*. Juan de Andrés utilizó el término de *persona miserabilis* como denominador común para una serie de grupos y personas débiles⁴², y Panormitano considera a las viudas y huérfanos como *personae miserabiles* siempre y cuando cumplan con el requisito de ser pobres; es el mismo quien introduce una distinción que posteriormente será con frecuencia considerada, a saber, la diferenciación entre *miserabiles personae in habitu* y *in actu*: Hay personas que no son dignas de compasión ni por sus cualidades (*habitus*) ni por su situación real (*actus*), como es el caso de hombres fuertes o mujeres casadas y ricas, mientras que otros son dignos de compasión de acuerdo a sus cualidades, pero no de acuerdo a su estado real, como las viudas y los pupilos ricos. Finalmente están aquellos que reúnen ambas condiciones, como viudas y pupilos pobres, enfermos y desposeídos. Son éstos los que podrían, sin duda alguna, pedir que se les aplicara los privilegios concedidos a las personas miserables⁴³.

En los escritos de los juristas de la Temprana Edad Moderna encontramos disposiciones más atenuadas por parte de la Iglesia, como en Trento, cuando se hace alusión a las *personae miserabiles* solamente en

⁴¹ HOSTIENSE = HENRICUS DE SEGUSIO, In Secundum Decretalium librum Commentaria. Lugduni 1581 (rist. Torino 1965), ad X. 2.2.11, n. 3: illud autem certum est quod miserabilibus & oppressis debet ecclesia subvenire & eis ius reddere & ipsas defendere & tueri.

⁴² IOANNIS ANDREAE, In Quintum Decretalium librum Novella Commentaria [...]. Venetiis 1581, ad X 5.40.26, n. 5: Miserabilibus & consimilibus, sicut sunt caeci, imbecilles, & oppressi impotentes.

⁴³ PANORMITANUS [= Nicolas de Tudeschis], Panormitani secunda super primo decretalium. Lugduni 1549, ad X. 1.29.38, n. 6 - 7 y ad X. 1.37.1, n. 1.

el contexto de causas de los exentos y en un contexto meramente pastoral⁴⁴. Aun los autores cercanos a las posiciones de la Iglesia romana escribieron de las muchas dudas en esta cuestión⁴⁵, alegaron autores de la tradición que afirmaron la competencia y al mismo tiempo refirieron la práctica contraria⁴⁶. Otros directamente invirtieron la relación entre regla y excepción, afirmando la principal competencia del juez secular, añadiendo algunas excepciones en casos concretos⁴⁷. Los autores secu-

⁴⁴ CONCILIO TRIDENTINO, Sessio 7, Cap. 14 de ref. (= COD 689): In exemptorum causis constituto Innocentii quarti [...] servetur: quam eadem sacrosancta synodus innovandum censuit, & innovat: addendo insuper, quod in civilibus causis mercedum, & miserabilium personarum, clerici saeculares, aut regulares extra monasterium degentes, quomodolibet exempti, etiamsi certum iudicem a sede apostolica deputatum in partibus habeant [...]. CONCILIO TRIDENTINO, Sessio 23, Cap. 1 de ref. (= COD 744): Cum praecepto divino mandatum sit omnibus, quibus animarum cura commissa est, oves suas agnoscere, pro his sacrificium offerre, verbique divini praedicatione, sacramentorum administratione, ac bonorum omnium operum exemplo pascere, pauperum, aliarumque miserabilium personarum curam paternam gerere & in cetera munia pastoralia incumbere: quae omnia nequaquam ab iis praestari & impleri possunt, qui gregi suo non invigilant neque assistunt, sed mercenariorum more deferunt: sacrosancta synodus eos admonet & hortatur, ut divinatorum praeceptorum memores, factique forma gregis, in iudicio & veritate pascant & regant.

⁴⁵ Véase por ejemplo FELICIANUS DE OLIVA, *Tractatus de foro ecclesiae*, Pars tertia, Coloniae Allobrogum 1705, Quaestio XL, n. 27 - 31, n. 27: Tota dubitatio quae magis ad nostrum propositum pertinet consistit in eo utrum vidua pupillus aliae miserabiles personae possint adversarios laicos coram Episcopis seu eorum vicariis generalibus convenire, in qua quaestione varie aliqui alii vero obscure locuti sunt [...].

⁴⁶ LUDOVICUS ENGEL, *Collegium iuris canonici* [...], editio octava, Salisburgi 1717, Lib. II, Tit. II, Pars II, § II, n. 73: Acerca de la cuestión De Miserabilibus Personis dubitatur an causae illarum sint mixti fori? sostiene: Sane pro affirmativa sine distinctione tenenda faciunt diversi Juris Canonici textus [...] Verum Consuetudini & stilo Iudiciorum teste Covar. Pract. qq. cap. 6 num.1.

⁴⁷ VITUS PICHLER, *Summa jurisprudentiae sacrae universae, seu Ius Canonicum* [...] Augustae Vindelicorum 1741, Lib. II, Tit. II, § II, n. 34: Laicus coram Iudice laico per se & regulariter conveniri debet [...] Excipe 1. Si Ecclesia vel Clericus conveniat malefactores suos, vel eos qui res Ecclesiae vel Clerici injuste detinent ac notorie; tunc laicus quasi Sacrilegii, quod est crimen mixti fori, reus etiam coram Iudice Ecclesiastico conveniri posset [...] 2. Si Iudex Saecularis non administrat Iustitiam [...] 3. Si causae temporali adjectum est Juramentum [...] 4. Si causae temporali admiscetur spiritualis, vel agitur de peccato; de hac enim cognoscere ad Ecclesiasticum pertinet. Con ciertas diferencias ANACLETUS REIFFENSTUEL, *Jus Canonicum Universum* [...], Venetiis 1735, Lib. II, Tit. II, § VII, n. 154 - 156: Rursus ad causas mixti Fori pertinent causae Viduarum, Pupillorum, & aliarum miserabilium Personarum: non quidem indifferenter, sed in tribus casibus, in quibus Jus Canonicum indulgere eisdem

lares desechaban por entero la jurisdicción eclesiástica en materia de las personas miserables⁴⁸ del mismo modo como existía una tendencia general a limitar la jurisdicción eclesiástica a asuntos estrictamente eclesiásticos, como en el caso del *privilegium fori*⁴⁹.

2. La persona miserabilis en el Derecho Canónico Indiano

Sin embargo, en la literatura dirigida especialmente al caso indiano o escrito por autores del imperio español, más cercanos a la realidad indiana, pueden percibirse algunos rasgos particulares, tanto que se puede hablar de una cierta actualización o intensificación del debate.

En este sentido tuvo especial importancia la glosa de Gregorio López a una disposición de las Siete Partidas (1.6.48), en la que se establece que los clérigos no deben inmiscuirse en los asuntos de la jurisdicción secular. En su glosa –publicada en 1555, es decir diez años después del escrito de Las Casas– López trata con detalle la cuestión

etiam actricibus, ut Laicos ad Forum Ecclesiasticum trahere valeant [...] Et quidem primus eorum casus est, quando Iudex saecularis negligens est in administrando illis iustitiam [...] Secundus casus est, quando Vidua, Pupillus, seu alia miserabilis Persona, a Laico fuit violenter oppressa, seu rebus suis spoliata [...] Tertius casus est, quando Vidua, Pupillus, seu alia miserabilis Persona, simul est pauper.

⁴⁸ Con respecto a este tema de la negligencia del juez secular también fue determinante el breve pronunciamiento de Diego de Covarrubias y Leyva, quien en el contexto del privilegio de la jurisdicción secular sobre las personas miserables contenido en su Liber unus Practicarum Quaestionum, resalta que ni el Papa ni ningún juez canónico están autorizados a juzgar a algún laico, a menos que hubiese negligencia del juez civil; cualquier interpretación contraria de los canonistas sería, tanto en Francia como en España, a lo sumo motivo de risa. DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Omnia opera* [...]. Tomus Primus. Liber unus Practicarum Quaestionum, Augustae Taurinorum 1594, Cap. VI, n. 1: [...] nec enim Papa, nec iudex aliquis ecclesiasticus debet, nec potest cognoscere inter laicos, nec adversus laicum reum super re temporalí, etiam ad petitionem miseri alicuius oppressi, & spoliati, nisi iudex secularis negligens fuerit in administratione iustitiae. Nam summus Pontifex graviter offenderet principes seculares, si minime negligentibus ipsis eorum iurisdictionem occuparet [...] Tandem, ut quid in hac quaestione sensero ingenue profitear hoc certo scio, hanc communem canonistarum opinionem apud Regia Hispaniarum, & Galliae praetoria risui equidem fore, tantum abest, ut ea in usum, & praxim recepta fuerit.

⁴⁹ Véase el panorama en JEAN GAUDEMET, *Église et cité: histoire du droit canonique*, Paris 1994, pp. 666-669, en el capítulo con el título: Des positions perdues: la juridiction ecclésiastique et le privilege du for.

de la competencia eclesiástica sobre la *persona miserabilis*. En general, desecha la doctrina de la competencia judicial eclesiástica sobre la *persona miserabilis*, sin embargo, la considera razonable en los territorios lejanos, donde difícilmente podría tenerse acceso al Rey en caso de negligencia del juez secular. En estos casos, destaca López, existe una competencia subsidiaria de los Obispos para las *personae miserabiles*. En este contexto López hace explícita referencia a los *Terre firme & Insule Maris Oceani*, donde había indios recién convertidos a la fe y que eran *personae miserabiles*⁵⁰.

La opinión de Gregorio López iba a ser recibida por muchos autores, como por ejemplo, Castillo de Bobadilla, que adjudica a la Iglesia una competencia especial para con las viudas, huérfanos, pobres y otras *personae miserabiles*⁵¹, así como sugiere la restricción de la jurisdicción de la Iglesia a los casos en que la autoridad secular no fuera capaz de administrar justicia, que hubiera negligencia por parte del juez, o que el juez mismo fuera partícipe de la opresión o maltrato de *personae miserabiles*⁵². Sin embargo, para Castillo de Bobadilla

⁵⁰ GREGORIO LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad* [...]. Salamanca 1555, ad l.6.48, glos. g, ad v. Rey: [...] haec tamen difficulter obtinerentur in practica in istis regnis in causis mere prophanis quae sunt de iurisdictione Regis & inter laicos, seu quando laicus conveniretur: aequum tamen videretur, ut in partibus multum remotis ubi de facili non posset adiri Rex, data negligentia iudicum provinciae permetteretur Episcopis in causis miserabilium personarum procedere qui alias oprimerentur de facili a potentibus a quibus non possent iustitiam consequi & quod Rex ita permetteret & committeret tales Episcopis, ut etiam auctoritate Regia in illis procedent [...] & saltem in partibus remotissimis, ut sunt terrae firmæ & insulae maris Oceani, ubi sunt Indi de novo conversi ad fidem, qui & dicuntur miserabiles personae secundum Innocentium [...].

⁵¹ JERÓNIMO CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de paz y guerra, y para jueces ecclesiasticos y seglares* [...]. Madrid 1597, I., Lib. II, Cap. 17, n. 108: Caso LXVII. es, que podra el Juez Eclesiastico proceder contra legos, amparando, y administrando justicia a la viuda, y al pupilo pobres, y a las otras miserables personas para que no sean oprimidas, vejadas ni despojadas por los poderosos de su posesion; porque la Iglesia con particular instituto, y cuidado tiene debaxo de su amparo a las personas miserables, segun los Decretos, y ley Civil, y los Doctores.

⁵² CASTILLO DE BOBADILLA, ob. cit., I., Lib. II, Cap. 17, n. 109: Pero la decisión de este caso se ha de entender, segun la mas comun opinion, quando el Juez ordinario seglar fuesse remisso, y negligente en administrar justicia, y subvenir a las misera-

puede darse una mayor amplitud de la jurisdicción eclesiástica en las Indias: Siendo la negligencia de un juez, como sucede con toda prueba negativa, generalmente imposible⁵³, vistas las condiciones particulares del Nuevo Mundo, esto podría lograrse⁵⁴.

Una solución interesante también ofrecía Feliciano de la Vega, Obispo de Popayán y luego Arzobispo de México, muy citado tanto por Solórzano como por sus contemporáneos. También para De la Vega no cabe duda que los indios son *personae miserabiles*⁵⁵, y como otros autores, sugiere a favor de ellos una competencia eclesiástica subsidiaria⁵⁶. Por esta razón luego sería considerado uno de los autores moderados con respecto a este tema de la autoridad jurídica episcopal⁵⁷. Sin embargo, en su comentario al X. 2.2.15 desarrolla la idea de una presunción de un desequilibrio de poder entre los indios y los demás⁵⁸,

bles personas, ò el mismo las oprimiesse, y molestasse, ò quando el tal Juez seglar no tuviesse Superior, ò tambien el Superior fuesse Laico, y remisso [...] o si faltasse del todo la jurisdiccion, y potestad real [...].

⁵³ CASTILLO DE BOBADILLA, ob. cit., I., Lib. II, Cap. 17, n. 110: Y aun en los dichos casos de negligencia, y remision, esta comun opinion de los Canonistas tiene grande resistencia, y casi imposibilidad de observarse, por ser dificil la probanza de la negligencia, y denegacion de justicia; porque la negativa es improbable [...].

⁵⁴ CASTILLO DE BOBADILLA, ob. cit., I., Lib. II, Cap. 17, n. 110: Pero en un caso dicen Gregorio Lopez [...] podria verificarse y es en las Indias, y partes muy remotas, de donde sin gran dificultad, y sin esperanza de oportuno remedio, no se podria ocurrir al Rey, ò al Superior, para conseguirle, y desagraviar a los miserables tyrantizados, y oprimidos; que en tal caso el Obispo, ò Juez Eclesiastico, podra hacerlo, por la dilacion, distancia ò imposibilidad, para poder ocurrir al Superior a que quite la opresion.

⁵⁵ FELICIANO DE LA VEGA, *Relectionum canonicarum in secundum Decretalium librum* [...]. Lima 1633, ad X. 2. 2. 15, n. 19: [...] secure affirmari potest [...].

⁵⁶ VEGA, ob. cit., ad X. 2. 2. 10, n. 22 cita la decretal: Laicus laico super re civili coram iudice ecclesiastico convenire non potest, nisi in defectu iustitiae saecularis, vel quando consuetudo id exposcat.

⁵⁷ ASÍ DIEGO DE AVENDAÑO, *Thesaurus indicus, seu generalis instructor pro regimine conscientiae, in iis quae ad indias spectant*. I – IV. Antverpiae 1668, Adnotationes, I, Ad titulum X, n. 175.

⁵⁸ VEGA, ob. cit., ad X. 2. 2. 15, n. 25: In hac itaque difficultate sit modo nostra resolutio: Quod quidquid praxis observet, juxta juris tamen rigorem & juxta verum, & proprium intellectum hujus textus, quotienscumque adfuerit dicta spoliatio, sive oppressio in personis miserabilibus, legitime poterit adiri Judex Ecclesiasticus ab iisdem personis contra quoscumque Laicos non expectata vera & propria negligentia Judicis saecularis, quasi satis ea adesse dicatur, cum absque metu, respectu, vel ti-

una pequeña modificación que, puesta en práctica, podría haber tenido considerables efectos.

Como se podrá comprender, esta posición favorable para la jurisdicción eclesiástica no logró imponerse. Muy amplia acogida, en cambio, obtuvo el pronunciamiento de Solórzano Pereira, hecho en su *De Indiarum iure sive de iusta indiarum occidentalium gubernatione. Tomus alter*, en 1639. Pues bien, en el capítulo que versa sobre las relaciones entre las autoridades secular y eclesiástica, no sólo nombra los casos de “indios, viudas y otras personas miserables” en el contexto del especial deber que tenían los Obispos y los Arzobispos para con ellos, sino que subraya que dicho deber consistía en socorrerlos contra la opresión cuando el juez civil no estuviera accesible, fuera negligente o cometiera injusticias recurrentes⁵⁹. Solórzano Pereira también menciona la jurisdicción eclesiástica sobre las *personae miserabiles* cuando éstas estuvieren en las remotas tierras indianas (citando las palabras de López y Bobadilla)⁶⁰. Además, agrega que, en casos extremos como el de evitar una sentencia injusta de muerte, le correspondería a un Obispo oponérsele al juez civil tirano no sólo con sanciones de la Iglesia sino

more ipsiusmet Iudiciis committitur dicta oppressio, sive spoliatio adversus easdem personas. Nec credo quod ab hac interpretatione dissentiat praefatus Covvarr. cum caeteris aliis Doctoribus supra citatis; siquidem jam ipsi dicunt, sustinendum esse istum textum, ob negligentiam praesumptam, quae colligitur ex potentia adversarii, qui commisit spoliium absque eo, quod de illa aliter constaret. Unde venit concludendum, quod totum id, quod afferunt circa praxim & usum nostrae Hispaniae, & Galliae, accipiendum sit, cum omnino deficeret praedicta negligentia praesumpta, ut cum scilicet non adfuisset vera oppressio, vel spoliatio, & non alias, sicuti patet ex vero sensu, & mente Pontificis, in praesenti.

⁵⁹ JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure sive de iusta indiarum occidentalium gubernatione*. Tomus alter, Madrid 1639, Lib. III, Cap. 7, n. 55: Pertinet quoque ad auctoritatem et dignitatem archiepiscoporum et episcoporum, et maxime in his partibus Indiarum, quod causae indorum, viduarum et aliarum miserabilium personarum quae iniuste ab aliis vexantur et affliguntur, ad eorum tutelam et protectionem saltem secundario spectare videntur, hoc est, datam secularium iudicum absentiam, vel negligentiam, aut notoriam iniustitiam. Casú idéntico Juan de Solórzano [y] Pereira, Política indiana sacada en lengua castellana de los dos tomos del derecho y gobierno municipal de las Indias. Madrid 1647, Libro IV, Cap. 7, n. 27.

⁶⁰ SOLÓRZANO PEREIRA, *De indiarum iure* cit., Lib. III, Cap. 7, n. 55: Id quod aequissimum esse & omnino observari debere in Provinciis multum remotis, ut sunt nostrae Terre firme & Insule Maris Oceani, data negligentia iudicum, graviter verbis probavit noster Greg. Lop. [...].

con la fuerza, pero procediendo siempre con sumo cuidado⁶¹ para no provocar tumultos⁶². Ahora, la competencia de los Obispos –recalca Solórzano Pereira– en ningún caso debía de utilizarse como pretexto para expandir la jurisdicción eclesiástica. Muy por el contrario, los Obispos debían hacer uso de ella con toda moderación si no querían causar perjuicio a la Corona que tan a bien los había distinguido con la investidura de su cargo y otorgado la correspondiente autoridad jurídica. Y agrega: *Et in his valde cauti, et prudentes debent esse Episcopi Indiarum*⁶³. En resumidas cuentas, la primacía de la jurisdicción civil es para Solórzano Pereira inequívoca, incluso en materia de los huérfanos, viudas y prisioneros, y la especial responsabilidad de la Iglesia de ninguna manera debía entorpecer la pacífica coexistencia entre ambas jurisdicciones, su complementariedad y el apoyo mutuo⁶⁴. Sin embargo, prevé un cierto espacio para que la jurisdicción eclesiástica pueda ejercer un control sobre el poder secular.

Con esto queda trazada la línea directriz a la que posteriormente adhieren otros autores como el citado Gaspar de Villarroel. Villarroel alude en primer lugar, en cuanto *sedes materiae*, a X. 2.2.15 y X. 5.40.26, así como la Constitución Constantina, recogida en el Cod. 3.14⁶⁵. En lo que atañe la definición de quién es una *persona miserabilis*, expone: “No hay Derecho que de tal manera defina y determine las personas miserables que podamos hacer de ellas una lista; porque aunque en ellos se trata de algunas, no por eso se excluyen otras en quienes se halle semejante soledad, desamparo y desdicha”. Es decir, él mismo da como presupuesto la existencia del grupo de las personas

⁶¹ SOLÓRZANO PEREIRA, *De indiarum iure* cit., Lib. III, Cap. 7, n. 67: Plane talis posset, ac tam notoria esse iudicis secularis iniustitia, sive tyrannis, ut non solum censuris, verum & militari manu eius excessus ab Episcopo reprimi possit [...] quia Ecclesia tenetur modis omnibus liberare ita inuste damnatos ad mortem [...] In quo tamen ut dixi, & iterum moneo, raro, serio, & cum magna deliberatione procedendum est.

⁶² SOLÓRZANO PEREIRA, *De indiarum iure* cit., Lib. III, Cap. 7, n. 68: Quod praecipue in his Indiarum provinciis valde periculosum est, in quibus, magis quam alibi, homines his simultatibus afficitur [...] ut non sine magno dolore, & labore his proximis annis experti sumus in gravi illo tumultu Mexicano anni 1625.

⁶³ SOLÓRZANO PEREIRA, *De indiarum iure* cit., Lib. III, Cap. 7, n. 70.

⁶⁴ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana* cit., Lib. IV, Cap. 7, n. 31.

⁶⁵ VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, n. 44-45.

miserables, sin que exista una definición exacta, y luego agrega: “Ahora hemos de presuponer que entre tantas personas miserables, como señalan en sus libros los Doctores”, depende del arbitrio del Juez declarar “si es, ò no persona miserable, la que comparece en su Juicio, y si goza del privilegio”⁶⁶.

Más adelante expone con gran detalle la opinión de algunos de los autores que sugerían limitar la competencia de los Obispos a los casos de ausencia de los jueces civiles o a su notoria negligencia, esto es, la perspectiva clásica de una competencia subsidiaria de los Obispos, *ex defectu iustitiae*⁶⁷. Y finalmente presenta el punto de vista de otros autores que, por el contrario, simpatizaban con la idea de la competencia de las autoridades eclesiásticas aunque no hubiese negligencia por parte del juez civil, deteniéndose en uno de ellos, que ...“ni es Obispo, ni Eclesiastico, sino Abogado de mucha autoridad, y Oydor del Rey, Don Gabriel Alvarez de Velasco”. Acto seguido Villarroel cita el tratado de Álvarez de Velasco sobre los *privilegia miserabilium personarum*, poniendo énfasis en la parte en que éste, basado en el X. 5.40.26, deduce la competencia de los jueces eclesiásticos aun cuando no hubiera negligencia por parte del juez secular⁶⁸. Villarroel concluye que la jurisdicción eclesiástica sin duda es aplicable en casos de *defectus iustitiae*, y que esto es *communis opinio*⁶⁹. Asimismo, sostiene que los Obispos y jueces eclesiásticos pueden reaccionar con sanciones canónicas contra el juez civil cuando cometiere negligencia o desatendiere sus deberes,

⁶⁶ VILLARROEL, ob. cit., Libro II, Question XIV, Art. III, n. 5.

⁶⁷ VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, n. 46ff., esp. 53 - 61.

⁶⁸ VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, n. 63 cita Álvarez de Velasco de la primera edición, Part. I, Quaestio 52; en la segunda edición de GABRIEL ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum* Lugduni 1663, Part. I, Quaestio 52, n. 13: Supradictis tamen non obstantibus, vera resolutio est, posse pauperum adversarium Laicum coram Iudice Ecclesiastico, etiam si saecularis Iudex negligens non sit, convenire.

⁶⁹ VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, n. 68: Pueden los Obispos, y los Jueces Eclesiasticos, oir de justicia a las personas miserables, sacando las causas de los Tribunales a instancia de las dichas personas miserables, ò en ausencia, ò en negligencia de los Jueces seculares, y n. 69: Esta conclusión no hay en el mundo Doctor que la contradiga.

y llegado el caso, incluso excomulgarlo⁷⁰. Y con respecto al delicado asunto de la competencia sin que se de un caso de negligencia, le parece “muy probable” la jurisdicción eclesiástica sobre las *personae miserabiles* más allá del *defectus iustitiae*, agregando que “Don Gabriel Alvarez de Velasco nos ha exonerado de probar esta conclusion; porque aunque en la estimacion que hago de el, bastara su nombre para parecerme probable, cita tantos Doctores, y alega tantos Derechos en su favor, que dexan la sentencia con notoria probabilidad”. Sin embargo, dada la situación tan incierta y los riesgos tan considerables, le parece a Villarroel que “no es prudencia” que los Obispos hagan uso de dicha competencia⁷¹.

En obras posteriores, se encuentran disquisiciones similares a las anteriores, pero menos extensas: Alonso de la Peña Montenegro, en su *Itinerario para Párrocos de Indios* (1668) señala el deber de todos los miembros de la Iglesia de amparar a los indígenas y de luchar contra su maltrato. Ahora, si bien de la Peña habla incluso de un recurso de derecho gracias al cual las *personae miserabiles* podrían recurrir a los Obispos y menciona que según algunas autoridades en la materia éste no se usaba en España y “otros hay que en las Indias le admiten, por ser partes tan remotas y estar el remedio tan lejos”⁷², tiene en mente no una competencia eclesiástica paralela a la secular, encargada de las mismas tareas, sino un fuero eclesiástico subsidiario para aquellos casos en que no fuera posible acceder a los tribunales realmente competentes, como ya había propuesto Solórzano Pereira⁷³. Más aún, según de la Peña

⁷⁰ VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, n. 70: Pueden los Obispos, y los Jueces Eclesiasticos valerse de censuras para que los Jueces del Rey no sean remissos en las causas de las personas miserables, si los vieren negligentes, y podran excomulgarlos si no obedecieren, siendo requeridos.

⁷¹ VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, Sumario n. 73: Sin embargo [...] no es prudencia que los Obispos, siendo possible el retirar, se ingieran en essas causas.

⁷² ALONSO DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*. I: Libros I-II; II: Libros III-IV, Madrid 1995/1996, Lib. II, Tratado I., Sección VIII, n. 4 (401): Y aunque algunos doctores dicen que en España no se practica este recurso de las personas miserables a los obispos, otros hay que en las Indias le admiten, por ser partes tan remotas y estar el remedio tan lejos.

⁷³ DE LA PEÑA MONTENEGRO, ob. cit., Lib. II, Tratado I., Sección VIII, n. 4 (401): Esto puede verificarse en las Indias y partes muy remotas, donde con grande dificultad

Montenegro comprueba poco después, los Obispos debían en caso de maltrato a los indios, recurrir a la Corona para conseguir una solución: “Y en esse caso digo que deben los señores obispos dar cuenta a Su Majestad con eficacia, para que se provea el remedio oportuno”⁷⁴. Acto seguido describe de manera muy impresionante algunos casos de malos tratos a los indios, así como las cargas excesivas de trabajo que reciben, concluyendo con la frase: “Y esto es lo que los señores Obispos habían de procurar remediar”⁷⁵. Sin embargo, no hace alusión a una competencia jurisdiccional suprema o complementaria, sino más bien subsidiaria.

También Diego de Avendaño, en su *Thesaurus indicus* (1668), específicamente en las *adnotationes* al título dedicado al cargo del Protector, hace algunas referencias a la jurisdicción eclesiástica para la *personae miserabiles*⁷⁶. Tal como interpreta en un párrafo sobre los derechos de los indígenas, dada su condición de *personae miserabiles*,

y sin esperanza de oportuno remedio no se podrá ocurrir al rey o al superior para desagrarivar a los miserables, tiranizados y oprimidos.

⁷⁴ DE LA PEÑA MONTENEGRO, ob. cit., Lib. II, Tratado I., Sección VIII, n. 5 (401): Y en esse caso digo que deben los señores obispos dar cuenta a Su Majestad con eficacia, para que se provea el remedio oportuno.

⁷⁵ DE LA PEÑA MONTENEGRO, ob. cit., Lib. II, Tratado I., Sección VIII (402): [...] los hacen reventar trabajando y sirviendo desde que tienen uso de razón hasta que en la sepultura hallan el descanso [...] algunos, por ahorrar, les dan tan corta ración, que mueren de hambre y pierden las fuerzas y la salud. Y como la hambre es acreedor que no admite esperas, empéñanse para comer en pan, queso, miel, chicha y otras golosinas que tienen los maestros para vender; de manera que, cuando llega el tiempo de las cuentas y pagas, todo lo que han ganado tienen comido y bebido: con que viene a ser que el que entró por deudas al obraje, tarde o nunca se puede librar de tan rigurosa prisión, porque al cabo del año tanto comen cuanto ganan, y además de esto, siempre está en pie la deuda principal [...] porque duermen en unos sótanos debajo de tierra entre las inmundancias de sus mismos excrementos, y tantos y tan oprimidos, que cuando hay muchos presos no caben de pies, y pasan la noche en pie arrimados unos a otros, llenos de piojos y con otras mil incomodidades. Pues, con estas noches, mal comer y grande el trabajo, miren qué salud de bronce no se desmoronará, qué pedernal no se deshace. Y esto es lo que los señores obispos habían de procurar remediar.

⁷⁶ AVENDAÑO, ob. cit., Lib. I, Adnotationes ad Thesaurum Indicum, Corollarium circa quaedam Indorum privilegia (fol. 33), n. 141: Pro quo facit id, quod de orphanis & viduis docent Covarruvias [...] & D. Feliciano a Vega [...] cum aliis, quos citant, foro scilicet Curiae gaudere, si velint, etiamsi divites sint. Sic etiam L. unica C. Quando Imperator inter pupillum & viduam ad fidem [...].

para él como para los anteriores, lo único seguro es que la jurisdicción episcopal indudablemente puede intervenir de haber negligencia por parte del juez secular⁷⁷. En conclusión, Avendaño aconseja *prudencia* tal como ya antes lo hicieran López, Castillo de Bobadilla, Solórzano Pereira y Villarreal: *Modum autem Praelatorum prudentia docebit, ne, dum unius damno curatur occurri, multa & graviora sequantur*⁷⁸.

Antes de terminar el recorrido, cabe señalar que la misma Corona empleaba el concepto de la *persona miserabilis* en el contexto de la jurisdicción eclesiástica. Porque si bien abundan las disposiciones que resaltan la obligación de los Obispos de guardar la jurisdicción secular y de abstenerse de cualquier intromisión⁷⁹, en la normativa también se encuentra plasmada la tradición que le adjudica a la Iglesia y a los Obispos una especial responsabilidad sobre las *personae miserales*. En una ordenanza en la Recopilación de 1680, adjudicada a Felipe II y a Felipe IV de los años 1582 y 1629 respectivamente, y recogida en el título dedicado a las funciones de Arzobispos y Obispos (1.7.13) se invoca explícitamente el concepto de *persona miserabilis*, creando un amplio espacio de actuación para los Obispos, haciendo hincapié en la necesaria prudencia: “[...] Los Indios son personas miserables, y de tan debil natural, que facilmente se hallan molestados y oprimidos, y nuestra voluntad es, que no padezcan vejaciones, y tengan el remedio y amparo conveniente, por quantas vias sean posibles [...]”. Por lo que “[...] encargamos a los Arçobispos y Obispos, que haviendo visto y considerado lo prevenido en estos casos, usando de los remedios que les ofreciere su inteligencia y prudencia, para mayor y mejor cumplimiento de nuestra voluntad, dispongan, [...] con toda atencion y vigilancia, lo que convenga para evitar la opression y desordenes, que padecen los

⁷⁷ AVENDAÑO, ob. cit., Lib. I, Adnotationes ad Thesaurum Indicum, Corollarium circa quaedam Indorum privilegia, § V: Alia circa Indos ex miserabilium personarum titulo privilegia percurruntur, (fol. 39), n. 175: Primum, Indum re propria per vim spoliatum, posse causam suam coram Ecclesiastico iudice prosequi, dummodo in laico negligentia adsit.

⁷⁸ AVENDAÑO, ob. cit., Adnotationes, t. I, anexo, ad titulum X, n. 175, fol. 39.

⁷⁹ Véase en la Recopilación de 1680 el capítulo concerniente a la jurisdicción eclesiástica, especialmente 1.10.1, remitiéndose a una ordenanza de Felipe II de 1559, titulada: “Que se guarden las leyes de estos Reynos de Castilla, que prohiben a los Juezes Ecclesiasticos usurpar la jurisdiccion Real”.

Indios, y procuren, que sean doctrinados y enseñados con el cuidado, caridad y amor conveniente a nuestra Santa Fe⁷⁸⁰.

3. La prudencia del juez en el Derecho Canónico Indiano

Mirando lo expuesto, y volviendo al planteo inicial, cabe destacar algunas observaciones acerca del *modus operandi* del jurista, la jurisdicción eclesiástica en las Indias y la frecuente invocación de la virtud de la prudencia.

En lo que atañe a la jurisdicción eclesiástica sobre las personas miserables puede resumirse que en la Temprana Edad Moderna nadie dudaba de que existía una competencia especial y subsidiaria de la Iglesia para los casos de las *personae miserabiles* en caso de un *defectus iustitiae*. Tampoco cabían dudas de que los indios eran considerados personas miserables. En este sentido, Las Casas y los otros dos obispos tenían fuertes argumentos.

Sin embargo esta jurisdicción, según la mayoría de los autores, prácticamente no tenía campo de aplicación: En un mundo con una creciente estructura burocrática, gobernado por Reyes Católicos, defensores de la fe, un *defectus iustitiae* parecía imposible. Sin perjuicio de esto, este *defectus iustitiae* sí pudo darse en las Indias, debido a las especiales circunstancias como la extensión territorial, las distancias y los conocidos abusos de poder. Dicho de otro modo: Las particulares circunstancias en las Indias hicieron que una competencia jurisdiccional, prevista en algunos cánones del derecho canónico clásico, virtualmente en desuso en Europa, pudo volver a actualizarse en las Indias. El transplante del derecho común a las Indias hizo que una parte de éste, languideciendo en el viejo mundo, cobrara vida en el nuevo.

Más allá de este aspecto –ya en sí indicio importante para la formación de un Derecho Canónico Indiano como un ordenamiento normativo que iba a ganar un perfil cada vez más particular–, algunos autores indianos iban todavía más lejos y sostuvieron una competencia paralela y, una vez invocada, aún privativa de la Iglesia, aun cuando

⁸⁰ *Recopilación de los Reinos de las Indias*, Madrid 1681, reimpr. Madrid 1973, 1.7.13.

no haya habido negligencia del juez secular: Las Casas y sus colegas la invocaron, declarando esta opinión la *opinio communis*, y también el oidor Álvarez de Velasco lo hizo, a quien se suma el obispo Villarroel.

Sin embargo, el mismo Villarroel aconseja no hacer uso de esta competencia. Muy probablemente esto no se debe a un “oportunismo” del Obispo, sino más bien a una particularidad del Derecho de la Temprana Edad Moderna, que se distingue de nuestra “cultura del código”⁸¹ por su particular concepción de vigencia. Porque la mera existencia de normas que por ejemplo adjudicaron una competencia jurisdiccional, suficiente en el sistema positivista para que actúe el Obispo, significaba poco en el Antiguo Régimen. Hacía falta algo más: la dotación de las normas potencialmente aplicables con autoridad para el caso concreto⁸². Porque, como hemos visto en un ejemplo concreto el jurista tuvo que elegir entre una amplia gama de autoridades, a veces incluso contradictorias, y buscar una solución en base de una de estas autoridades, dejando de lado a otras, intentando encontrar la solución adecuada para el caso concreto, es decir la solución “justa”.

Esta situación no dejaba de tener sus efectos sobre el *modus operandi* del jurista. Típico ejemplo para la práctica cultural tan particular –cercana al concepto medieval de la *interpretatio*, pero lejana a la ‘cultura del código’ en el mundo jurídico del siglo XIX– que emerge de esto es lo que escribe Villarroel, después de haber alegado las opiniones en favor y en contra de la competencia del juez eclesiástico:

Pero sin embargo que tengo por probable las dos encontradas opiniones, y esta ultima ensancha los terminos de la jurisdiccion de la Iglesia, tenga la otra por mejor para practicada, porque veo llena de peligros esta, si se cierra un Juez del Rey, ó una Audiencia Real, en que un Obispo se inhiba de essas causas, juzgando, que privativamente les tocan: y pues en realidad de verdad en opinion probable es el Obispo

⁸¹ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La ‘cultura del Código’. Un debate virtual entre Segovia y Sáez”, en *Revista de Historia del Derecho* 26, 1998, pp. 539-564.

⁸² Para este concepto véase más detallado THOMAS DUVE, “Mit der Autorität gegen die Autorität?”, en Wulf Oesterreicher et al. (ed.), *Autorität der Form – Autorisierungen – institutionelle Autoritäten*, LIT, Münster etc., 2003 (= P & A, 1), pp. 239-256; muy sugerente THOMAS SIMON, “Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts”, en *Rechtsgeschichte* 7, 2005, pp. 100-137.

Juez incompetente, ha de querer por una causa, que quando la admita, no peca, rebolver una Republica? Fuera de las causas de la inmunidad, nadie puede declararle al Rey su jurisdiccion: el solo es quien la puede declarar. Pues declarada una vez, hase de romper la paz? Hace poco la Iglesia por las miserables personas, ayudandoles con ruegos, y censuras? El Obispo no peca dexando una jurisdiccion dudosa, y que faltando la negligencia no esta assentada. Pues como quiere escandalizar, por solo crecer su jurisdiccion, quando solo le puede favorecer, que los Autores de essa opinion le ayan dado alguna probabilidad? Y aunque es cosa clara, que los Derechos que hablan del caso, no toman en la boca la palabra negligencia, los interpretan con ella Doctores de grande importancia, y esso sobra para que los Obispos se abstengan de essas causas. Y si les doliere el desamparo de las personas miserables, pueden consolarse, con que hacen lo que pueden: y si esso no basta, denles muy gruesas limosnas: que pueden hacer muchas es punto sin controversia⁸³.

Como se ve, frente a la inseguridad sobre cuál era la respuesta correcta, el Obispo aconsejaba ser cuidadosos en la toma de decisiones, para evitar conflictos con el poder secular. Aconsejaba poner en una balanza los riesgos que uno asumía con la opción por una de dos opiniones probables y aseguraba que, frente a la posibilidad de que el Obispo no tenga jurisdicción, se podía abstener de ejercerla sin pecar: un “probabilismo” muy pragmático, un oportunismo conveniente, debido a las circunstancias y condicionamientos del ejercicio del poder eclesiástico.

Más allá de esto, el ejemplo también demuestra otra cosa interesante: el hecho de que las disquisiciones doctrinales, las citas y las *distinciones* del derecho común no fueron letra muerta. Porque como se ha señalado, para todos los autores existían situaciones en las cuales no quedaba duda alguna de que los Obispos podían y debían actuar en defensa de los oprimidos, y en las cuales la misma Corona exigía de sus Obispos que hagan uso de su competencia. Aquí se demuestra que los Obispos, cuidadosamente seleccionados⁸⁴ y jurando, al asumir sus

⁸³ VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, n. 73.

⁸⁴ Véase acerca de la cuidadosa selección PAULINO CASTAÑEDA DELGADO/JUAN MARCHENA FERNÁNDEZ, *La jerarquía de la Iglesia en Indias: el episcopado americano. 1500-1850*, Madrid, 1992, pp. 187-224.

cargos, entre otras cosas, “de no usurpar la jurisdicción ni patronato real”⁸⁵, también eran “agentes” o “funcionarios” de la administración de derecho⁸⁶, lo que pudo incluso exigirle a un Obispo destituir a un representante de la Corona, como lo expuso el mismo Solórzano.

Es por esta integración del poder eclesiástico y de sus representantes en las estructuras gubernativas de las Indias –parte del particular Regio Patronato⁸⁷– que se puede llegar a la conclusión de que la falta de definición inequívoca sobre la jurisdicción⁸⁸ no fue disfuncional, sino –muy al contrario– tenía una funcionalidad positiva. Porque de esta manera la jurisdicción eclesiástica formaba parte de un sistema flexible de control mutuo entre los dos brazos de la administración en las Indias, y de veras se trataba de dos brazos de un mismo cuerpo, no de dos poderes siempre tan antagónicos y llenos de tensión como nos hace creer la historiografía decimonónica que tendía a mirar la relación entre lo secular y lo eclesiástico en paradigmas de constante lucha⁸⁹. Disposiciones sinodales tan cautelosas como el cap. 11 del Sínodo de Tucumán de 1607 son expresión de esta “vía media, quizás poco clara y

⁸⁵ El texto del juramento se encuentra en la Recopilación de 1680, 1.7.1. Acerca del juramento y su efecto véase las interesantes partes en SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Política indiana* cit., Lib. IV, Cap. VI.

⁸⁶ Véase en este sentido CÉSAR A. GARCÍA BELSUNCE, “Los clérigos como agentes de la Administración en el Derecho Indiano y Patrio”, en *Revista de Historia del Derecho* 2, 1974, pp. 39-63; JAVIER GONZÁLEZ ECHENIQUE, “Los obispos de Indias como funcionarios de la Corona”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 6, 1970, pp. 143-151.

⁸⁷ Véase acerca de esto con más referencias ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *Iglesia y Estado en la América Española*, Pamplona 1990, 55-106; ALBERTO DE LA HERA, “El Patronato y el Vicariato Regio en Indias”, en ÍDEM (dir.), *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX)*, I, Madrid, 63-80; ÍDEM, “El regalismo indiano”, en: AA.VV., *Historia de la Iglesia en Hispanoamérica* cit., pp. 81-98.

⁸⁸ Para más ejemplos, véase DELLAFERRERA, ob. cit., 2000, pp 144 y ss.

⁸⁹ Cfr. en este contexto JORGE TRASLOSHEROS, *Iglesia, Justicia y Sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México, 1528-1668*, México, 2004, esp. pp. 71 y ss., 180 y ss.; y desde la perspectiva tardo-medieval con una reflexión crítica sobre la historiografía sobre el problema THOMAS WETZSTEIN, “Tam inter clericos qam laicos? Die Kompetenz des Konstanzer geistlichen Gerichts im Spiegel der archivalischen Überlieferung”, en Franz-Josef Arlinghaus et al. (coord.), *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters*. Frankfurt /Main (= Rechtsprechung, 23), pp. 47-81.

decidida, aunque explicable en aquella circunstancia concreta”⁹⁰, cuando dicen que “en lo que toca a la jurisdicción eclesiástica, no tenemos cosa que establecer de nuevo, pues es cosa sabida lo que determinan los sagrados cánones y leyes del reino, y la práctica ordinaria enseña; sólo encomendamos a nuestros curas y vicarios que no se entrometan en cosas que no son de nuestra jurisdicción ni están a nuestro cargo”⁹¹.

Los representantes de la administración secular sabían de la existencia del peligro de incurrir en lo que la doctrina denominaba *defectus iustitiae*, con la consecuencia de que se actualizará automáticamente la jurisdicción eclesiástica. También sabían que había algunos obispos que sostuvieron que en principio les competía la competencia jurisdiccional sobre los asuntos de los indios, y que solamente la prudencia les hizo abstenerse de hacer uso de esta competencia. Si los funcionarios seculares actuaron bien, podían exigirle con toda razón a la Iglesia que se abstenga de interferir en asuntos mundanos: porque no estaban dadas las condiciones para su actuación. Cuando actuaron bien, los indios eran ya “menos miserables”, y no era necesario actuar, como dice el mismo Villarroel, haciendo hincapié en el mejor funcionamiento del cargo del Protector de Indios en su diócesis⁹².

Frente a este panorama de inseguridad jurídica o, visto de otra manera: frente a la particular funcionalidad de la imprecisión, y acorde a la necesidad de llevar a cabo un razonamiento moral, todo dependía de los actores. Es por eso que tanto López, como Castillo de Bobadilla, Solórzano Pereira, Villarroel, Avendaño y la misma Corona hicieron hincapié, en este contexto, en una virtud que también fue uno de los

⁹⁰ DELLAFERRERA, ob. cit., 2000, p. 148.

⁹¹ Tercer Sínodo de Tucumán, Cap. 11, en JOSÉ M. ARANCIBIA y NELSON C. DELLA-FERRERA, *Los sínodos del antiguo Tucumán celebrados por Fray Fernando de Trejo y Sanabria 1597, 1606, 1607*, Buenos Aires, 1978, p. 206.

⁹² VILLARROEL, ob. cit., Part. II, Question XIV, Art. III, n. 29: Este nuevo favor que hizo a los Indios el Rey se estrenó en esta Real Audiencia de Santiago [...] con el señor Doctor Don Antonio Ramirez de Laguna [...] que con gran calor, y piedad ha reducido a mejor forma el estado de los miserables Indios, ya menos miserables, por ser menos sus opresiones.

criterios de idoneidad de los candidatos a ser consagrados Obispos, explícitamente mencionadas en Trento⁹³: la prudencia.

Hablar de la prudencia del Obispo no era meramente la invocación de un tópico de la tradición filosófica, sino significaba apelar a una de las virtudes clásicas, tradicionalmente vista como *excellentiore quam aliae virtutes morales*⁹⁴, que volvió a cobrar especial importancia en la literatura jurídica y política del siglo XVII y XVIII, subdividida en un número infinito de *speciales prudentiae*⁹⁵. Tal como la particular racionalidad jurídica de los actores que, a primera vista, puede incluso parecer fruto de un “probabilismo”, también la invocación de la virtud de la prudencia tiene que ser vista como fruto de los condicionamientos pragmáticos del mismo orden jurídico: un componente necesario de una cultura jurídica basada en fuentes dispares, sellada por el imperativo de administrar justicia material, en estos “tiempos intensos”, donde “hombres de santidad, coraje y espíritu de bien, procuraron implantar la justicia mediante la aplicación del derecho, para que en esta nueva cristiandad de las Indias se fuera plasmando la paz social [...] como fruto de la justicia”⁹⁶.

⁹³ CONCILIO TRIDENTINO, Sessio 24, Cap. 18 de ref. (= COD 770-772): Quotcumque ab iis idonei iudicati fuerint aetate, moribus, doctrina, prudentia et aliis rebus, ad vacantem ecclesiam gubernandam opportunis; del mismo modo: Sessio 25, Cap. 9 de ref. (= COD 789-791).

⁹⁴ TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologica*, II-II, 23-6, editado por la Albertus-Magnus-Akademie, t. 17, Heidelberg, 1959, p. 24.

⁹⁵ Véase acerca de la especial importancia de la prudencia en el pensamiento del siglo XVII y XVIII con muchas referencias HEINZ MOHNHAUPT, “Prudentia-Lehren im 17. und 18. Jahrhundert”, en M. ASCHERI (comp.), *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert. Festschrift für Knut W. Nörr*, Köln, 2005, pp. 617-632.

⁹⁶ DELLAFERRERA, ob. cit., p. 148.