

La formación y promulgación de las leyes indianas

En torno a una Consulta del Consejo de Indias en 1794

Por Víctor Tau Anzoátegui

I

En estas páginas me propongo examinar la doctrina acerca de la formación y promulgación de las leyes expuesta por el Consejo de Indias en Consulta del 26 de abril de 1794. En esta oportunidad, los ministros expusieron al rey su franca oposición al Decreto de 25 de marzo de 1792, que disponía la aplicación del libro 1° del Nuevo Código. Ellos consideraban que, con carácter previo a su aplicación, dicho cuerpo legislativo debía ser examinado en pleno por el Consejo y luego debidamente publicado.

Me interesa en esta ocasión destacar esa doctrina, analizando sus fundamentos y conectándola con el complejo mundo ideológico de fines del siglo XVIII, en el que, junto a las vigorosas exteriorizaciones absolutistas, emergían insinuaciones de tono liberal. Aquellas dos cuestiones, como los propios consejeros indianos lo decían, pertenecían a „las reglas fundamentales de la legislación“ y eran piezas claves en el planteo entre absolutismo y liberalismo.

El texto de la Consulta, según creo, no es conocido — ni en consecuencia ha sido valorado — por los historiadores. El hallazgo casual de una copia de la misma en la Biblioteca de Palacio de Madrid me dio la oportunidad de apreciar su contenido. He intentado sin éxito hallar el original en el Archivo General de Indias, pero de cualquier modo estimo que aquella copia es confiable por pertenecer a la acreditada *Miscelánea* de Manuel Josef de Ayala, precisamente uno de los ministros firmantes de la Consulta. Bajo estas condiciones la doy a conocer en el apéndice de este trabajo.

En primer lugar, trataré de establecer los hechos que nos permitan si-

tuar adecuadamente la Consulta, para luego examinar en particular las dos grandes cuestiones en juego. Queda al margen todo lo relativo a la formación del Nuevo Código, tema que ha sido estudiado exhaustivamente por don Antonio Muro Orejón¹.

II

Como es sabido, los diversos proyectos dieciochescos para remozar o actualizar la legislación indiana², se encauzaron finalmente a través del Real Decreto de 9 de mayo de 1776 que dispuso la formación de un nuevo código de las leyes, tarea que fue encomendada a una Junta legislativa integrada por algunos consejeros indianos. Estos trabajos debían ser a la postre examinados por el Consejo en pleno y consultados al rey. Una importante modificación introdujo el Decreto del 7 de septiembre de 1780, al facultar a la Junta para consultar directamente con el rey, privando de este modo al Consejo de una atribución que le era propia. Con ello quedaba al mismo tiempo enaltecida y estimulada la tarea renovadora, pero disminuido funcionalmente el más alto tribunal indiano³.

Luego de varias consultas, por fin el 2 de noviembre de 1790 la Junta elevó al rey una extensa relación del largo proceso de formación de este cuerpo legal, al tiempo que le enviaba, ya concluido, el libro primero. El rey, sin requerir la opinión del Consejo, expidió el 25 de marzo de 1792 un nuevo Decreto declarando hallar dichas leyes „arregladas a razón y justicia y a mis soberanas resoluciones tomadas en diversos casos y ocurrencias“; y dispuso „darles toda la fuerza y autoridad necesarias para que sirvan de norma y regla en adelante, quedando en su vigor las de la Recopilación de los otros libros en lo que no sean contrarias a las del Código“. En consecuencia, ordenaba el envío de copias manuscritas al Consejo de Indias para que se fuesen „poniendo sucesivamente en uso y práctica las decisiones comprendidas en dicho Nuevo Código en todos los casos que ocurriesen, librando cédulas y providencias que resulten conformes a su tenor, al que deberán acomodar también sus respuestas los fiscales y pro-

¹ Antonio Muro Orejón, *Estudio general del Nuevo Código de las Leyes de Indias* (en el vol. II del Homenaje al Dr. Muro Orejón, editado por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1979).

² Sobre esto, Juan Manzano Manzano, *Las „Notas“ a las Leyes de Indias de Manuel José de Ayala* (Madrid 1935).

³ Para todo este proceso, véase noticia detallada en Muro Orejón, op. cit., pp. 15-43.

mover su observancia". Agregaba, en fin, que lo mismo se haría en el trámite de las resoluciones que se expidieran por la vía reservada⁴.

Este Decreto constituía, por cierto, una curiosa disposición real. No se usaban las palabras sanción ni promulgación. Se establecía la aplicación de las nuevas leyes por el Consejo y las Secretarías de Despacho a los casos que se fuesen presentando, sin haberse dispuesto su previa publicación. Hasta da la impresión de que el reducido número de copias manuscritas para uso del Consejo, los fiscales y las Secretarías de la vía reservada, que allí mismo se disponía estaba dirigido a evitar una difusión del texto fuera de la Corte.

El original del Decreto se envió a la Junta y una copia al Consejo. Nueva desconsideración hacia este cuerpo, acostumbrado sólo a recibir „originales“ del rey, como lo expresaban los propios consejeros, con inocultable fastidio, en la misma Consulta que examinamos.

Este singular Decreto, que se apartaba de la senda tradicional en el orden legislativo hispánico, debió producir de inmediato sorpresa y cabildos entre los ministros. Tal vez fueron estas deliberaciones las que postergaron durante cierto tiempo la formulación escrita de una opinión de rechazo a tal medida, que se hizo patente tanto en el seno de la Junta legislativa como en el Consejo de Indias. Aquella fue la primera en expresarlo.

La Junta, si bien debió quedar halagada por el Decreto que aprobaba sus tareas, no pudo ocultar su disconformidad ante la extraña disposición real en cuanto a la forma de aplicar las nuevas leyes. Fue así como, usando otra vez la vía de la consulta, se dirigió al rey el 8 de noviembre siguiente exponiendo „los gravísimos inconvenientes“ que se originarían por la falta de publicación del Código. Estas eran sus palabras en un párrafo medular:

Es un principio constante por todos los derechos que ninguna ley obliga sino desde su publicación y que no puede tener vigor, fuerza ni autoridad de tal ley hasta que solemnemente se sanciona y se haga notoria a todos los vasallos para que llegue a su noticia y no puedan alegar ignorancia que los exima de la pena de su transgresión; de que se convence que las leyes del Código no pueden tener la autoridad que les da el Real decreto de su aprobación sino para las resoluciones del Consejo y vía reservada de Gracia y Justicia, y que esta autoridad es incompleta e insuficiente por faltar la sanción pública que es la solemnidad esencial y el requisito indispensable de toda ley.

⁴ El texto del Decreto se halla transcrito en la propia Consulta que doy a conocer.

De admitirse esta situación — argumentaba la Junta — habría dos legislaciones, „una pública que es la Recopilación por donde se gobiernen los tribunales, los juzgados y los vasallos de Indias y otra secreta y privada que sería el Código“, aplicado por el Consejo y las Secretarías. Proponía finalmente, como solución satisfactoria, que se fuesen expidiendo cédulas circulares con las leyes nuevas, como un paso previo a la promulgación solemne del Código⁵.

El Consejo, por su parte, fue más remiso en exponer su opinión al rey. Sólo lo hizo dos años después del Decreto. La tardanza aparecía explicada en la propia Consulta como una consecuencia del trámite del asunto, quedando en evidencia que los dictámenes fiscales fueron los que consumieron la mayor parte de aquellos dos años. Pero no resulta convincente este sólo motivo en un asunto de tanta importancia. Seguramente hubo otras razones. Así no es aventurado pensar que se haya aguardado la respuesta real a la Consulta de la Junta. Cabe recordar que esta última estaba integrada por ministros que pertenecían al Consejo. En fin, no hay que olvidar la difícil situación en que se hallaba el alto tribunal, desplazado de su función de legislar y asechado por la existencia de la vía reservada, a través de la cual se expedían órdenes elaboradas sin el conocimiento y consulta previa de sus ministros. Todo esto debió pues ser materia de reflexiones y cabildeos.

Por fin, luego de una infructuosa espera y de una larga maduración de la idea, el 26 de abril de 1794 se elevó la Consulta al rey. En extensa y sólida pieza, el Consejo coincidía con la Junta en la necesidad de publicar, por medio de la imprenta, dicho Código para darle vigor legal y además puntualizaba que previamente debía ser examinado por el tribunal en pleno. Pero sobre todo ofrecía un interesante aporte doctrinal acerca de la formación y promulgación de las leyes, según veremos enseguida. Casi un tercio de la Consulta estaba dedicado a la relación de antecedentes, antes de penetrar con vigor en el meollo de la cuestión. Estas abundantes páginas ponían de manifiesto la intención de los consejeros de apoyar su fundada oposición en una sólida base documental.

La respuesta del monarca se hizo esperar hasta julio de 1799. Una larga e incómoda expectativa, que el propio Consejo intentó cortar — sin éxito — el 5 de diciembre de 1795, haciendo al rey „reverente recuerdo“ de la Consulta pendiente de resolución. Fue en aquel mes de julio cuando, con

⁵ La transcripción casi íntegra de esta Consulta en Muro Orejón, op. cit., pp. 46–49.

diferencia de dos días, contestó a la Junta y al Consejo⁶. De hecho, Carlos IV aparecía obligado a aceptar la opinión común de ambos cuerpos, en cuanto a la inconveniencia de aplicar las leyes sin previa publicación. Y así lo hizo, pero su actitud fue bien distinta ante uno y otro. Mientras dispuso la disolución de la Junta legislativa, aceptó en cambio la pretensión del Consejo de examinar en su oportunidad el nuevo proyecto de Código, que ahora encomendaba al Secretario, don Antonio Porcel. Además, en la resolución dirigida al Consejo dispuso que sólo quedasen subsistentes las leyes del libro 1º del Nuevo Código – „cuya sanción no está publicada“, decía sugestivamente – que hubiesen sido o fuesen en adelante mandadas observar por cédulas circulares. Es decir, que la victoria de los consejeros había sido completa y hasta podría percibirse en esta resolución del rey una cierta reparación al vaporeado tribunal indiano.

Según acabamos de observar, los trámites que llevaron desde el Decreto de 1792 hasta la disposición de 1799 transcurrieron en los años centrales de una década conflictiva, como fue la última del siglo XVIII en Europa y España, particularmente. Fue en ese ambiente confuso, de marchas y contramarchas, de avances y frenos ideológicos, de anhelos y angustias, donde se ventilaron estos temas tan vitales en el orden legislativo y tan decisivos en la sustentación del poder político.

III

Dos eran las cuestiones fundamentales, desde el punto de vista legislativo, que asomaban en la Consulta: primero, la promulgación y publicación de las leyes; y segundo la formación de las leyes. En este orden – inverso al que indicaría un criterio lógico – eran tratadas por el Consejo, seguramente en razón de que consideraban al primero de los puntos como el más vulnerable del Decreto Real y donde sus críticas podrían lograr mejor impacto. En realidad, la vigorosa oposición de los consejeros aparecía bien sustentada, porque el aludido Decreto pugnaba con normas y doctrinas arraigadas en la tradición jurídica española y hasta utilizaba una ambigua terminología.

Comencemos por este último aspecto. Con carácter general, García-Gallo distingue tres fases en el establecimiento de las disposiciones reales

⁶ El texto de las resoluciones *ibid.*, pp. 49–50.

expedidas fuera de las Cortes. La primera es la sanción, que el rey daba al aprobar la Consulta que le dirigía el Consejo. Luego, al suscribir el rey la real provisión o cédula elaborada en consecuencia de aquella, se alcanzaba la promulgación. Finalmente, cuando la disposición era de interés general se procedía a su publicación, ya sea por pregón, impresión, etc. Agrega García-Gallo que, de modo excepcional, en el siglo XVIII se llegó a la promulgación sin la correspondiente publicación, dando para ello dos ejemplos coincidentes en cuanto a la ejecución o aplicación de la ley sin la previa publicidad: La Pragmática de expulsión de los jesuitas en 1767 y este Decreto de 1792 sobre la aplicación del Nuevo Código⁷.

Ahora bien, atendamos a este segundo caso, específicamente indiano. Ya hemos visto la curiosa tramitación que tuvo. En primer lugar, el asunto llegó a consideración del rey por una vía extraordinaria, tal era la Junta legislativa, autorizada especialmente a hacer consultas directas. Esta es, sin duda, una primera diferencia con la forma tradicionalmente observada. En segundo lugar, en el texto del Decreto no se usaban los vocablos sanción ni promulgación. Forzados a darle alguna denominación, elegiríamos el de sanción, en razón de ser éste el utilizado por el Consejo en su Consulta y por el monarca en su respuesta de 1799. Es decir, que sólo – y hasta con imprecisión terminológica – en nuestro caso se habría alcanzado la primera de las tres fases que integraban el proceso legislativo habitual.

El Consejo, a través de la argumentación desarrollada en la Consulta, no establecía una distinción conceptual entre las fases de promulgación y publicación. Ambas figuraban estrechamente unidas al punto que aquella – a veces se le agregaba el calificativo de solemne – llevaba ínsita, como derivación natural, a ésta, no faltando oportunidad en que la voz promulgar aparecía como equivalente a la de publicar, según fuese el aspecto que se intentara resaltar. Precisamente, este último uso asomaba en la respuesta real de 1799 cuando hacía referencia a la sanción que „no está publicada“. Esto mismo era lo que llevaba a destacar el papel de la publicación, como indispensable e inseparable de la promulgación.

El Consejo, luego de examinar el Decreto de 1792, observaba que en el mismo „no se previene la promulgación y publicación previa de dichas Leyes“, sino que además se exteriorizaba el deseo real de que el nuevo cuerpo quedase en copias manuscritas para uso del Consejo, sin comunicarlo

⁷ Alfonso García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1964), t. I, pp. 215–216.

a los tribunales indianos ni hacerlo público en las provincias. Todo ello llevaba a los consejeros a manifestar muy claramente su disenso en esta materia, a través de este párrafo sustancial:

. . . la promulgación de las Leyes, no sólo es indispensable para que lleguen a noticia de los que las han de cumplir, y observar, sino que pertenece a la esencia de ellas, de manera, que aunque la Ley esté decretada y mandada promulgar por el Príncipe, y aunque llegue privadamente a noticia de los vasallos, no obliga a otros, mientras no se ha ejecutado la promulgación solemne, y ésta es la Doctrina Común en la materia, así en la Jurisprudencia Romana, como en la de nuestro Reino, y en la Canónica.

Estas palabras estaban apoyadas con citas concretas del Decreto, el Código justineano, las Partidas y la Recopilación de Castilla. Para reforzarlas aún más, se agregaba que „los autores regnícolas que tratan de la materia previenen que la promulgación debe hacerse por un método público“. La doctrina enunciada no era sólo explicitada en textos legales y doctrinarios sino – añadía – „se observa constantemente en nuestros tiempos, publicándose en la Corte con la mayor solemnidad cualquiera Ley nueva“, y dejándose debida constancia de ello al pie de la misma.

Sentado este punto de partida, los consejeros pasaban a ocuparse de los modos de hacer la publicación. Establecían así una primera distinción entre las leyes y las providencias generales de gobierno, exigiendo para aquellas una difusión más amplia. Pero tratándose de una colección de leyes – como lo era el Nuevo Código – no resultaba suficiente la forma de publicación prevista para cualquier ley, sino que era necesaria la impresión y distribución de su texto. De tal modo, sólo se alcanzaría su adecuada promulgación „por un medio equivalente a la solemnidad que se observa en la promulgación de cada Ley en particular“. El modelo que tenían a la vista los consejeros y que inducían a seguir en la ocasión era el de la Recopilación de 1680, promulgada y luego publicada mediante su impresión y distribución en las Indias.

Según se advierte, el Consejo había fundado su postura en textos legales antiguos, anteriores al siglo XVIII, e incluso algunos, como los justineanos, sometidos a la severa crítica política de los enemigos del derecho romano. En cambio, ciertamente sorprende que haya dejado de mencionar algún otro texto más reciente que hubiese servido, en unión con los otros, para reforzar la argumentación. Me refiero en concreto al auto acordado del Consejo Real de Castilla de 1° de abril de 1767, que ponía de manifiesto el carácter corriente que tenía la doctrina sustentada por los consejeros indianos. Así decía dicho auto:

Conforme a lo dispuesto por Derecho, y a lo que se ha practicado, en cuantas providencias se han establecido, se haga saber al Público de esta Corte y demás pueblos del Reino, que ninguna ley, regla o providencia general nueva se debe creer ni usar; no estando intimada o publicada por pragmática, cédula, provisión, orden, edicto, pregón o bandos de las Justicias o Magistrados públicos⁸.

Es difícil suponer el desconocimiento de este auto acordado, sobre todo teniendo en cuenta que un difundido manual de la época, como las *Instituciones* de Asso y de Manuel, lo invocaba expresamente para asentar que „la ley no obliga sino publicada por pregón, o bando ejecutado de orden del Magistrado“⁹. Tal vez haya que pensar en su falta de aprobación real – lo que sólo ocurrió en 1804, incluyéndose luego en la Novísima Recopilación –, en cierto recelo hacia el Consejo castellano, o en alguna otra razón para explicar el por qué se prescindió de este interesante y moderno apoyo a la hora de preparar la Consulta.

Tampoco el Consejo indiano invocó sus propias ordenanzas, que desde la época de Felipe II establecían el mismo principio. El texto había sido llevado a la Recopilación en la siguiente forma:

Los del Consejo de Indias procuren siempre dar orden, que nuestras leyes y provisiones, que de aquí adelante dieremos, se publiquen donde y cuando convenga, y que de la publicación y cumplimiento de ellas se tenga siempre en el Consejo aviso y certificación; salvo si pareciere que alguna provisión sea secreta, porque en tal caso madamos, que no se haga publicación. Y para que se entienda las que se han de publicar, o no, ordenamos que en las que se hubiesen de publicar se ponga la forma, tiempo y lugar en que se publiquen¹⁰.

La regla general que se desprende de esta ley es claramente favorable a la publicación. La excepción prevista en ningún caso podía alcanzar a la promulgación del Nuevo Código. Era, por cierto, un precedente importante y específico. ¿Por qué fue omitido? ¿Es que predominó el temor de que a través de la excepción se ofreciese apoyo legal a una eventual argumentación contraria?

⁸ Novísima Recopilación, III, II, 12.

⁹ Ignacio Jordan de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez, *Instituciones del derecho civil de Castilla* (Madrid, 4ª edición 1786), p. CXXII. Por su parte, citando el mismo auto acordado castellano, decía Pérez y López: „El derecho de establecer y publicar las leyes reside sólo en el Príncipe, como Soberano y Señor absoluto de sus pueblos, cuyo poder ninguno puede abrogarse“ y obliga a todos los vasallos luego que fuesen publicadas (*Teatro de la legislación universal de España e Indias*, t. XIX (Madrid 1797), pp. 107–108).

¹⁰ Recopilación de Indias, II, II, 24.

Cabe agregar que la doctrina sustentada por el Consejo encontraba precedentes en el propio cuerpo, aunque hasta ese momento no había sido necesario declararla y sustentarla con un discurso específico. Ya de modo incidental, en 1743, en otra Consulta relativa a las facultades otorgadas al virrey para intervenir en materia de comisos, el consejo daba por práctica el expedir cédulas generales a todos los reinos indianos „cuando se da alguna providencia que por punto general innove, altere y derogue lo dispuesto por las Leyes“¹¹.

En la Consulta que examinamos, el Consejo soslayaba el tema de las promulgaciones reservadas o secretas, que algunos juristas llegaban a admitir y que encontraba, como vimos, cierto apoyo legal en el derecho indiano. Seguramente, la razón de esta omisión era que, cualquiera fuese la opinión que se tuviese en la materia, no resultaba aplicable al caso en estudio. En efecto, se podía reservar la publicación de alguna disposición por algún motivo determinado o para facilitar su debida ejecución — como la orden de expulsión de los jesuitas en 1767 — pero no se podía omitir la publicación de una colección de leyes, que sirviesen de regla general en el futuro.

En fin, como resultado de esta postura, es significativo que Carlos IV en 1799, en la recordada contestación al Consejo, y en 1804, al aprobar el mencionado auto del Consejo castellano de 1767, haya admitido expresamente la doctrina favorable a la publicación de las leyes como requisito previo para su aplicación. Se reparaba así el grave desliz que suponía en esta materia el Decreto de 1792, volviéndose a los cauces de la tradición jurídica hispánica.

IV

La segunda cuestión se centraba en la formación de las leyes, es decir, cómo y por quienes debían ser elaboradas y examinadas antes de su promulgación real. El Consejo se proponía, sin duda, reivindicar el poder que otrora tan ampliamente y sin rivales había ejercido. Poder que ahora estaba restringido tanto por la existencia de la denominada „vía reservada“ como por las facultades excepcionales otorgadas por el rey a la Junta

¹¹ Consulta del Consejo de Indias al rey. Madrid, 8 de julio de 1743 (Archivo Histórico Nacional, Madrid, Códices 753 B, Ayala, „Consultas y pareceres“, t. II, fs. 102v. – 103).

legislativa del Nuevo Código. Ya no era el Consejo, por cierto, la pieza vital de la monarquía, que reconocía los escritores españoles del siglo XVII¹².

En pos de aquella idea, los consejeros encontraban un límite, no sólo imposible de sobrepasar, sino tan siquiera de rozar: la suprema autoridad legislativa del monarca, es decir, el poder de dictar por sí preceptos sin necesidad de reconocer determinada forma en la elaboración de los mismos. De tal modo, al abordar esta espinosa cuestión, se percibe una habilidosa argumentación para hacer patente la necesidad intrínseca de la intervención del Consejo en la elaboración legislativa, pero sin que esta exigencia pudiese afectar esa regalía suprema que residía en el rey, ni tampoco provocase inútiles conflictos o recelos con los ministros que, de hecho, ejercían ese poder legislativo. Así, los consejeros no hacían uso de la sólida doctrina que en punto a esta materia lucían las obras españolas sobre política publicadas en la centuria anterior y aún en el setecientos.

La habilidad con que el Consejo planteó y llevó adelante la cuestión fue, sin duda, uno de los factores que facilitaron el triunfo que significó la devolución, por parte del rey, de la facultad de examinar el Nuevo Código y exponer su parecer. Estimo que este episodio — hasta ahora no valorado — es significativo dentro de la atribulada lucha del Consejo, que después de 1717 había visto disminuidos poderes y prestigio¹³.

El Consejo introdujo esta segunda cuestión después de haber sostenido — tal como vimos — con vigor la necesidad de publicar el Nuevo Código por medio de la imprenta. Pero una cosa era el principio de la publicidad, defendido en aquella parte de la Consulta, y otra la conveniencia de hacerlo con el texto citado, tal como se encontraba. Así es cómo el Consejo planteaba la necesidad de una previa elaboración integral del Código, pues afirmaba la necesidad de que el libro 1° tuviera „íntima conexión con los demás“.

El meollo del asunto giraba en torno a „la conveniencia y utilidad de establecer o revocar las leyes con el mayor acuerdo posible“. Ahora bien, la defensa a ultranza de esta tesis podía llevar a resultados inesperados frente a „la suprema autoridad legislativa“, que residía en el rey. De ahí que muy presurosos, los consejeros reconocían aquella potestad, sin suje-

¹² Jose A. Maravall, *La teoría española del Estado en el siglo XVII* (Madrid 1944), pp. 275 y sigs.

¹³ Véase Gildas Bernard, *Le Secrétariat d'Etat et le Conseil Espagnol des Indes (1700—1808)* (Genève-Paris 1972), pp. 20—21.

ción a forma alguna para hacer las leyes, admitiendo que en la monarquía no era requisito indispensable el acuerdo consultivo de los consejos reales. Doctrina ésta cuyo reconocimiento absoluto no era tal vez históricamente exacta, aunque fuese, en esta ocasión, argumento deseable para no enfrentar a poderosos enemigos. Así es como no había esmero en distinguir entre el deber del rey de oír el consejo y el de seguirlo.

No encontraban en las recopilaciones castellana e indiana, ni en anteriores leyes, un precepto que pudiese apoyar su íntima convicción. Antes bien, con un espíritu restrictivo se encargaban de restarle valor de apoyo a ciertas leyes de Castilla e Indias que trataban sobre el trámite del despacho de los negocios. Razones tácticas aconsejaban posiblemente desestimar interpretaciones que aparecieran dudosas. Recurrían entonces a antiguos preceptos del Código de Justiniano y de las Partidas. Un decreto de los emperadores Teodosio y Valentiniano — recogido en Código I, XVII, 8 — establecía, en efecto, de modo obligatorio el previo acuerdo de ministros y magistrados de Palacio para la sanción de nuevas leyes generales. Y aunque en las Partidas no habían podido hallar un precepto tan específico como el romano, las leyes 17 y 18 del título I de la Partida 1^a les ofrecía buen material de apoyo. En efecto, se establecía en el código alfonsí que cuando se debiesen modificar las leyes, se hiciera previo acuerdo con „omes entendidos y sabidores de derecho, o que caten bien cuales son aquellas cosas que se deben enmendar“ procurando que esos hombres sean muchos pues „el derecho buena cosa es y noble, cuanto más acordado es, y más catado, tanto mejor es, y más firme“. Agregaba que para revocar cualquier ley era necesario el „gran consejo de todos los omes buenos de la tierra“. Desde luego que esta última invocación tenía no sólo la fuerza de su antigüedad y precisión y de pertenecer a la legislación de la monarquía, sino que cobraba hálito nuevo ante el prestigio que las Partidas adquirieron durante la segunda mitad del siglo XVIII en la pluma de juristas y políticos.

Los consejeros indianos reforzaban su argumentación apuntando a las calidades que debía tener la ley. Otra vez eran fuentes muy antiguas las que ofrecían inestimable apoyo. Fuentes que aparecían recogidas en una clásica ley recopilada de Castilla — II, I, 1 —, cuyas últimas palabras citaban para enfatizar que la ley debía ser „convenible a la tierra y al tiempo, y honesta, derecha y provechosa“, a lo que sumaban el requisito de la claridad y brevedad, recomendado en el Fuero Juzgo. Bajo estas citas se daba nueva vida a un precepto que desde San Isidoro había recorrido los cuerpos legislativos visigodos, medievales y modernos.

Todo ello llevaba en derecho a demostrar la conveniencia de que fuesen muchos hombres los que examinasen el texto legal. Esta observación tenía, por cierto, sus destinatarios, aunque la alusión fuese velada. Caían bajo ésta tanto la Junta legislativa como los ministros de la vía reservada. Y enseguida aconsejaba al rey que siguiendo la senda de sus predecesores, oyera el dictamen del Consejo „por ser en el sistema actual de nuestro Gobierno, el cuerpo colegiado más numeroso, y mas instruido en la materia“. El número y la idoneidad eran pues los dos elementos claves que encontraba el Consejo para este intento de recuperar unas atribuciones que el tiempo había ido quitando de su ámbito.

Vemos así como muy hábilmente se colocaba como base de toda la argumentación la idea de que las buenas leyes no dependían del arbitrio del rey o de un ministro sabio o inspirado, sino que eran producto de la deliberación de muchas personas idóneas.

No pretendamos encontrar aquí reflejadas concepciones más avanzadas, en cuanto reclamasen el restablecimiento del antiguo régimen de las Cortes, o más radicalmente, la participación activa de los ciudadanos en la sociedad política, como ya lo habían apuntado en pleno reinado de Carlos III algunos escritores, tales como Ibáñez de la Rentería, Valentín de Foronda, o aún más expresivamente, León Arroyal¹⁴. Hay que tener en cuenta que estamos en presencia no de un escrito elaborado individualmente, sino de una pieza colectiva de los consejeros reales. Por su naturaleza, esta pieza además de guardar una reverente actitud y estilo recatado, debía ser la expresión de todo el cuerpo. Bajo esta óptica pues cabe valorar las tímidas y sutiles manifestaciones contenidas en esta Consulta. Pero, a mi juicio, su espíritu no difería de otros críticas que por entonces se hacían a los abusos y excesos del absolutismo y que sin duda llegaban hasta el pináculo de la monarquía¹⁵. Cuando se trata de verificar determi-

¹⁴ Véase José A. Maravall, „Las tendencias de reforma política en el siglo XVIII español“, *Revista de Occidente* 52 (1967), pp. 68–72.

¹⁵ Vayan, como sugestivo ejemplo, estas palabras destinadas a atacar el mismo mal pero expuestas con mayor libertad por el fiscal Victorián de Villava, desde un apartado rincón de la monarquía: „Siempre que la potestad legislativa penda de la mera voluntad del Rey: siempre que sus favorecidos Ministros o Secretarios tengan en su tintero la facultad de derogar las más fundamentales Leyes con solo decir – El rey quiere – El Rey manda – El Rey extraña, cuando tal vez ni quiere, ni manda, ni extraña: siempre que una Ley no se medite, se ventile, se consulte, y se revea antes de promulgarse, y después de promulgada no pueda derogarse sin las mismas formalidades y reflexiones con que se publicó, ni hay monarquía, ni hay constitución, ni hay gobierno fijo, sino despotismo, trastorno, variación continua.“ (*Apuntes para una reforma de España, sin trastorno del Gobierno Monárquico ni la Religión*, libro I, cap. V. En Ricardo Levene, *Vida y escritos de Victorián de Villava* (Buenos Aires 1946), p. LXXVI).

nadas influencias en el campo de la realidad política no es necesario suponer que las ideas circulantes sean aceptadas y ejecutadas en su totalidad, sino que frecuentemente esos influjos sirven tan sólo indirectamente de estímulo para resolver nuevas situaciones. En este sentido, me parece indudable que la actitud del Consejo no puede ser desligada del clima ideológico de esos años.

V

El enlace de estas dos cuestiones que hemos examinado arroja, a mi modo de ver, sugerentes ideas. Coinciden ambas en postular un absolutismo menos rígido, pues en primer lugar se atacaba severamente la posibilidad de que las leyes fuesen aplicadas sin previa publicidad — defensa del individuo frente al poder público — y en segundo término, se promovía la participación de „muchos“ en la deliberación y formación de las leyes.

Por cierto que no se trata de una actitud teórica ni de una lucha en pos de determinados ideales. Estamos, según vimos, en presencia de un decidido avance del Consejo de Indias destinado a recuperar parte del poder perdido y reivindicar su supremacía en los negocios indianos frente a otros ministros y juntas. Aun más: esta pieza patentiza la disconformidad de los consejeros ante una situación extrema, tal era la de aplicar, sin publicación previa, un cuerpo legislativo.

Cabe relacionar esta actitud del Consejo, ante un problema muy concreto, con las ideas que iban impregnando la mentalidad de los españoles de fines del siglo XVIII¹⁶. Sería por cierto apresurado intentar ubicar a esta Consulta dentro de un incipiente liberalismo político, que ya brotaba en el suelo peninsular, pero lo que no es aventurado afirmar es que los consejeros, en pos de su objetivo, se hayan nutrido en fuentes e ideas que empezaban a gustar en los círculos intelectuales, a veces por afición o moda literaria, a veces como una reacción contra los excesos de algunos ministros del absolutismo. Me parece necesario superar en la historia de la ideas las visiones lineales, muy apetecibles para la elaboración de útiles esquemas de comprensión, pero que pierden eficacia cuando se contras-

¹⁶ Sobre esto, véase Jean Sarrailh, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII* (México 1957); José Luis Abellán, *Historia crítica del pensamiento español*, t. III (Madrid 1981), pp. 840 y sigs.; y Antonio Elorza, *La ideología liberal en la Ilustración española* (Madrid 1970).

tan con una realidad que, frecuentemente, es muy compleja y escapa a toda esquematización conceptual. Este es, precisamente, un ejemplo de la necesidad de acudir a criterios más flexibles en la caracterización ideológica.

Ahora bien, la actitud del Consejo tenía para entonces todo el sabor de lo nuevo — y en esto es más sospechoso su parentesco ideológico con la nueva idea que despuntaba —, pero eso sí las fuentes legales invocadas, que le servían de sólido respaldo, eran las más antiguas romanas y españolas. Inclusive advertimos cómo había una prescindencia — intencionada o no — de fuentes más cercanas e igualmente valiosas. Y aunque se trataba de presentar la cuestión bajo la idea de una continuidad — modo político de hacer más viable la propuesta —, lo cierto es que constituían el mejor apoyo a unas opiniones que, a esa altura de la centuria, no era frecuente encontrar expresadas en los círculos cortesanos. Al nutrirse en la propia tradición hispánica, este escrito se enrolaba dentro de una corriente de la propia Ilustración, que marchaba en esa dirección. Es particularmente significativa encontrarla recogida en un documento del más alto tribunal indiano.

En fin, si enlazamos las dos cuestiones presentadas, advertimos que en ambas el Consejo adoptaba una actitud contraria al puro absolutismo, pues si bien dejaba preservada la suprema autoridad legislativa del rey, de hecho le establecía unos determinados límites al pronunciarse contra la promulgación sin publicación de las leyes y contra la sanción de éstas sin el acuerdo y deliberación de „muchos“. Esta Consulta, que evidencia una inocultable disconformidad de los consejeros, apuntaba a devolver al tribunal la dirección de los negocios indianos, pero su fundamentación — y su mismo resultado — nos abren algunos interrogantes que escapan por cierto a una respuesta cierta y verificable, pero que de cualquier modo, son reveladores de una nueva mentalidad que despuntaba en el ámbito político hispánico.

Apéndice documental

Consulta del Consejo Real de Indias de 26 de abril de 1794*

Señor:

Con el oficio de 26 de Marzo de 1792 remitió de orden de V.M. el Marqués de Bajamar, copia firmada por el mismo, del Real Decreto, que con fecha del día inmediato anterior se había dirigido original al Conde de Tepa, como Presidente de la Junta del nuevo Código de Indias, previniendo al Consejo, que se publicase en él, la dicha copia, para los efectos que expresaba esta soberana resolución.

En ella se dice a la letra: «Enterado el Rey mi Augusto Padre por consulta del Consejo de Indias de 20 de Marzo de 1771, y 10 de Mayo de 1773, de la necesidad, que había de adicionar, e ilustrar las Leyes de la Recopilación de aquellos Dominios, con las noticias de resoluciones y ulteriores acuerdos y demás conveniente a la constitución del gobierno actual de ellos, tuvo a bien mandar por sus Reales Decretos de 9 de Mayo de 1776 y 7 de Septiembre de 1780, se estableciese una Junta de Ministros Sabios, y escogidos del expresado Tribunal, que entendiese en la composición de un nuevo Código del Leyes de Indias completo y bien ordenado. Desde aquellos tiempos aplicaron dichos Ministros, todos sus conatos al desempeño de un encargo tan importante y en que tanto interesa la Justicia, el bien universal de las Indias, y el honor de la Nación. Con efecto la Junta de Ministros que se hallaba autorizada por el citado Decreto de 7 de Septiembre de 1780, para consultar directamente con mi Real Persona las graves dificultades que la ocurriesen en algunas de las nuevas Leyes, a esfuerzos de su celo, actividad y vigilancia que ha acreditado ventajosamente, pasó a mis Reales manos con fecha de 2 de Noviembre de 1790, el Libro primero del nuevo Código Legal de Indias, con un Indice Alfabético, y por vía de modelo, un Catálogo de los epígrafes y citas de Cédulas del Libro primero con notas que indican si la ley es nueva, o variada, y a cual corresponde de la Recopilación; proponiéndome al mismo tiempo lo que tuvo por más conducent-

* Copia manuscrita en Biblioteca de Palacio (Madrid), n° 2761, Ayala, „Consultas y pareceres“, t. XVIII, fs. 122–141. El texto de esta Consulta se halla incluida dentro de la posterior Consulta de 5 de diciembre de 1785. En la transcripción se ha modernizado la ortografía, y asimismo se han desarrollado las abreviaturas. Se han respetado los signos de puntuación y las mayúsculas. En letra cursiva va lo que en el original aparece subrayado.

te en el asunto. Y habiéndome Yo instruido muy cumplidamente del contexto de las Leyes contenidas en el expresado Libro primero del Nuevo Código, y hallándolas arregladas a razón y justicia, y a mis soberanas resoluciones tomadas en diversos casos y ocurrencias y dirigidas siempre al mejor servicio de Dios, bien de mis vasallos, tranquilidad de aquellos Dominios, y su bien gobierno, he venido en darles toda la fuerza y autoridad necesaria para que sirvan de norma, y regla en adelante, quedando en su vigor las de la Recopilación de los otros Libros, en lo que no sean contrarias a las del Código. A este fin mando, y es mi voluntad, que se saquen y pasen al Consejo de Indias tres copias rubricadas por los Ministros de la Junta del Código, y al principio copia de este mi Real Decreto para que poniéndose una en cada sala, y otras dos igualmente autorizadas, en poder de los Fiscales del Departamento del Perú y de Nueva España, vaya dicho Tribunal, con audiencia de los citados Fiscales, poniendo sucesivamente en uso y práctica, las decisiones comprendidas en dicho Nuevo Código, en todos los casos que ocurrieren, librando las Cédulas y providencias que resulten, conforme a su tenor, al cual deberán acomodar también en sus respuestas los Fiscales, y promover su observancia: que lo propio se ejecute en la vía reservada en la resolución a las Consultas, y en las órdenes que por ella se expedían: que la propia Junta de Leyes continúe sus sesiones, con el celo y esmero que tiene bien acreditado y prosiga en el trabajo de esta grande obra hasta su conclusión: que sin perjuicio de esta principal ocupación se den al público, como ha propuesto la Junta, los Cedulares o Colección de Cédulas, Ordenes, Breves y Providencias que han servido de basa al Nuevo Código, y servirán en adelante: que se pongan al margen de las Leyes, las respectivas notas, o índices que la Junta propone sea principio, por la más pronta instrucción, que este medio da a los Lectores: Y finalmente que se prohíba toda glosa o comentario de dichas Leyes; y en caso de duda del verdadero y genuino sentido de alguna o algunas, o en el de encontrar en la práctica dificultades que pidan nueva declaración, se consulte con mi Real Persona. Téndrase entendido en la Junta de Leyes, para el debido cumplimiento de esta mi soberana resolución en todas sus partes. Y por lo que toca al Consejo de Indias le he mandado pasar copia de ella, firmada de mano de mi Secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia.»

Aunque el Consejo se halla de tiempo inmemorial en la posesión de recibir originales, las resoluciones de V.M. en asuntos de menor importancia (cuya prerrogativa decorosa le fue confirmada por el Señor Don Felipe Cuarto, predecesor de V.M. según consta del auto 99 de los acordados por el Gobierno de este Tribunal) sin embargo mandó pasar el oficio y copia del Decreto a sus Fiscales, para acordar el cumplimiento que correspondiese, y habiendo expuesto estos Ministros, que aunque el referido Decreto no se dirija al Consejo con otro fin, que el de que se publicase en él, creían indispensable para evacuar la vista que se les había dado tener presentes los Reales Decretos de 1776 y 7 de septiembre de 1780, acordó el Consejo en 27 de Abril del mismo año se les pasasen aquellos Documentos, y con efecto se agregó al expediente la Consulta de este Tribunal de 10 de Mayo de 1773,

sobre que recayó la resolución publicada en 13 de Mayo de 1776, e igualmente el Real Decreto referido de 7 de Septiembre de 1780.

Con estos Documentos dieron su respuesta los Fiscales en 21 de Octubre del mismo año de 1792, y visto el expediente en el pleno de tres salas, de 9 de Noviembre inmediato siguiente se acordó pedir a don Antonio Porcel, Secretario de la Junta de Código, copia de la Consulta hecha por aquella, y de su resolución, sobre la duda ocurrida acerca de si las Leyes que se fuesen formando, y dudas que se ofreciesen en ellas, se debían consultar al Consejo, o en derecho a V.M., y pasado el correspondiente oficio a don Antonio Porcel, acompañó éste con otro de 24 del mismo mes de Noviembre copia de la Consulta de 6 de Julio de 1781, y de la resolución a ella.

Vuelto el expediente a los Fiscales por acuerdo de 7 de Diciembre de dicho año de 1792, respondió solo el del Perú (por haber fallecido su compañero Don Juan Antonio Uruñuela) en 31 de Octubre del año próximo pasado de 1793, y visto en el Pleno de tres salas de 3 de Febrero de este año, se señaló para la votación, el día 22 de Marzo del corriente año, habiéndose escusado el Gobernador de concurrir a ella (a causa de haber sido él, Ministro, por cuya mano se expidió el Real Decreto de 25 de marzo de 1792, copiado arriba), y no asistido por otras, o semejantes causas, el Conde de Tepa, Don José García de León y Pizarro y Don Juan Gutiérrez de Piñeres, que también se abstuvieron de votar en el citado Acuerdo de 9 de Noviembre de 1792, sin duda por ser Ministros de la Junta del nuevo Código.

En ningún negocio estrecha más que en el presente al Consejo la obligación que le imponen los Reales Decretos de Mayo de 1642 y 10 de Febrero de 1715, en que se le manda, que no sólo represente lo que juzgare conveniente y necesario con entera libertad cristiana, sin detenerse en motivo alguno por respeto humano, sino que también replique a las Reales Resoluciones siempre que juzgase contravenir a cualquiera cosa que sea, por que el asunto de que se trata en el día es tan delicado, como importante, y pertenece a las reglas fundamentales de la Legislación.

Dos puntos sustanciales contiene el Decreto referido de 25 de Marzo de 1792: uno es la sanción Real, por la cual se da a las Leyes contenidas en el Libro del Nuevo Código toda la fuerza y autoridad necesarias para que sirvan de norma y regla en adelante quedando en su vigor las de la Recopilación de los otros Libros en lo que no sean contrarias a las del Código; y el otro punto sustancial es mandar V.M. que se saquen y pasen al Consejo de Indias tres copias rubricadas por los Ministros de la Junta del Código, y al principio de cada una copia del mismo Real Decreto, para que puestas una en cada sala, y otras dos igualmente autorizadas en poder de los dos Fiscales, vaya el Consejo, con audiencia de ellos, poniendo sucesivamente en uso y práctica las decisiones comprendidas en dicho Nuevo Código, en todos los casos que ocurrieren, librando las Cédulas y Providencias que resulten, conforme a su tenor, al que deberán acomodar también sus respuestas los Fiscales, y promover su observancia. Lo mismo se manda ejecutar en la Vía

Reservada en la resolución a las Consultas, y en las órdenes que por ella se expidan, y a la Junta de Leyes se ordena continúe sus sesiones, y que sin perjuicio de su principal ocupación, se den al Público, como propuso la misma Junta, los Cedularios, o Colección de Cédulas, órdenes, Breves y providencias que han servido de basa al Nuevo Código, y servirán en adelante.

Sobre los dos puntos que hablan derechamente con el Consejo, expondrá este con la debida sumisión y claridad, lo que juzga útil y necesario, cumpliendo con las obligaciones que deja indicadas, y tratando en primer lugar, del que ocupa el segundo en el orden de la escritura del Real Decreto.

En el se ordena, como se ha dicho, que el Consejo ponga sucesivamente en uso y práctica las decisiones de dicho Nuevo Código en todos los casos que ocurran, y libre las cédulas y providencias conforme a su tenor, cuidando los Fiscales de promover su observancia, pero no se previene la promulgación y publicación previa de dichas Leyes, y antes bien parece por todo el contexto del Real Decreto, que el Libro primero del Nuevo Código debe por ahora mantenerse manuscrito en las cinco copias autorizadas, que se mandan sacar para este tribunal, y sus dos Fiscales, sin comunicarse a los de Indias, ni hacerse notorio en aquellas Provincias.

Sobre esta parte del decreto, debe el Consejo hacer presente a V.M. que la promulgación de las Leyes, no sólo es indispensable para que lleguen a noticia de los que las han de cumplir y observar, sino que pertenece a la esencia de ellas, de manera que aunque la Ley esté decretada y mandada promulgar por el Príncipe, y aunque llegue privadamente a noticia de los vasallos, no obliga a éstos, mientras no se ha ejecutado la promulgación solemne, y ésta es la Doctrina Común en la materia, así en la Jurisprudencia Romana, como en la de nuestro Reino, y en la Canónica.

Esta se explica con precisión en el Capítulo 3º de la Distinción 4ª del Decreto diciendo: *Las Leyes se instituyen cuando se promulgan*, y los Emperadores Teodosio y Valentiniano indicaron lo mismo en la Ley 9, tit. 17 del Código de Justiniano, cuando previnieron, que las (Leyes deben ser entendidas de todos, y para que todos se aparten de lo prohibido, o sigan lo permitido, conociendo con la mayor notoriedad el tenor de ellas).

En iguales precisos términos se explicó nuestro Rey Don Alonso el Sabio, en la Ley 17 tit. 1º partida 1ª que trata de las Leyes; pues hablando del mucho acuerdo con que debe hacerse la enmienda de cualquiera cosa en ellas, concluye con estas palabras: *E cuando de esta guisa fuere bien acordado, debe el Rey hacer saber por toda su tierra.*

En esta clausula es de notar, que no se indica intimación privada o particular, sino pública y solemne del contenido de la Ley, y por eso se dice, que se ha de *hacer saber por toda la tierra*, sujeta al dominio de aquel Legislador. Muy semejante es la expresión de la Ley 1ª tit. 1º Libro 2º de la Recopilación de Castilla: *Debe la Ley ser manifiesta, que todo hombre la puede entender.*

Con efecto los Autores Regnícolas que tratan de la materia previenen que la

promulgación debe hacerse por un método público, como por ejemplo, la voz del Pregonero, o la fijación de bando, a fin de que conste públicamente a toda la Comunidad de los Vasallos, añadiendo que no puede obligar a éstos sino después de la promulgación, y por lo común, no inmediatamente a ella, sino pasado el bimestre, a menos que no se prevenga en la misma Ley, que obligue al instante que se promulga. Por el contrario, después que la Ley está promulgada, obliga por sí misma a todos aquellos a cuya noticia pudo llegar, aunque realmente no haya llegado; y no se presume en el Fuero externo su ignorancia, ni ella escusa de la pena, sino en el raro caso de que se pruebe con evidencia.

Esta práctica Legal de promulgar las Leyes, se observa constantemente en nuestros tiempos, publicándose en la Corte con la mayor solemnidad cualquiera Ley nueva, y poniéndose fe de ello al pie de las Pragmáticas Sanciones que establecen algún punto nuevo de Legislación, y se comunican a todo el Reino para su observancia. En esta solemnidad de publicación se distinguen esencialmente las Leyes de las providencias generales de gobierno, que no se hacen saber con la misma publicidad por toda la tierra; y de aquí proviene, que la ignorancia de éstas no puede imputarse a culpa, como las de las Leyes, ni éstas pueden abrogarse o derogarse con la facilidad que las reglas generales que no tienen la autoridad de Ley.

Es verdad, que en el Expediente del día, no se trata de una u otra Ley particular, sino de una colección de ellas, que forma gran parte del nuevo Código, y por lo mismo sería muy difícil, y en cierto modo inútil, promulgar las nuevas disposiciones por los medios acostumbrados que se han referido; por que no se conseguiría el fin de que llegasen las Leyes con claridad, y especificación en un mismo acto a noticia de todos con la Inteligencia necesaria para que puedan quedar obligados a obedecerlas, y a observarlas; pero por estas mismas consideraciones viene a ser más necesaria la impresión y repartimiento de las que contiene el Libro 1º del Nuevo Código para promulgarlas, así en el modo posible, y por un medio equivalente a la solemnidad que se observa en la promulgación de cada Ley en particular.

Por este medio se publicaron las de la Recopilación de Indias, en la Cédula de 1º de Noviembre de 1681 que está al principio de dicho Código, por la cual, sobre consulta del Consejo que pidió al Rey Don Carlos Segundo diese a aquellas decisiones la autoridad, fuerza y virtud, cuanta necesitan las Leyes para ser publicadas, y ejecutadas como conviene; ordenó S.M. y dio licencia para que se imprimiese la dicha Recopilación, a la cual había ya dado la autoridad legal por otra Cédula de 18 de Mayo de 1680, que se halla también al principio de la misma Recopilación.

En el caso presente sólo duda el Consejo si convendrá publicar desde luego el Libro 1º del Nuevo Código, dando a sus Decisiones la última perfección de Leyes separada y anticipadamente a las demás que haya de contener el Código entero, por que siendo el Libro acabado parte de un mismo modo, y que es regular, y aun necesario tenga íntima conexión con las demás, podrían resultar de esta separación, dificultades y confusiones que siempre deben evitarse, y con mayor razón

en las Leyes. El Consejo no ha visto el citado Libro primero, cuyas copias auténticas no se le han pasado todavía por la Junta de Leyes, y por lo mismo no puede formar juicio práctico de la conexión, o independencia que tengan las nuevas Leyes, con las que aún quedan en vigor de los otros ocho Libros de la Recopilación, pero tampoco tiene este Tribunal noticia de ejemplar a que arreglarse, para formar dictamen seguro de la utilidad, o perjuicios, que puede causar la promulgación de una parte del Nuevo Código, separada de las otras.

Pasando ahora al otro punto principal del Real Decreto sobre la Sanción que V.M. da por él, a las Leyes contenidas en el Libro primero del Nuevo Código, según queda apuntado, el Consejo conoce, que hay una notable diferencia entre este punto, y el otro que se ha tocado acerca de la promulgación de las Leyes, pues ésta, según se ha dicho, es requisito esencial para dar vigor a las mismas, y no lo es igualmente éste, o el otro método de su formación, según el derecho de España, siempre que concorra la autoridad suprema del Monarca. Las Leyes 15, tit. 2º, Libro 2º de Indias, y 8ª tit. 1º Libro 2º de Castilla, que pudieran alegarse para persuadir lo contrario, no prescriben forma sustancial para el establecimiento de ellas, en estos Reinos; pues ambas hablan únicamente de los casos en que en el Consejo se tratase de hacer alguna Ley nueva, y de revocar, o derogar alguna antigua previniendo que entonces no sea bastante el mayor número respectivo, ni absoluto de votos de los Ministros que concurren, sino que, para formar acuerdo, haya de haber a lo menos dos terceras partes con consulta al Rey. De suerte, que las referidas Leyes, más bien que reglas generales para establecerlas, son unas ordenanzas económicas, en que se previene el método con que los Consejos de Castilla e Indias deben gobernarse en esta clase de expedientes, distinguiéndolos por su gravedad, de cualesquiera otros en los cuales basta para formar acuerdo, sean de Justicia, o de Gobierno, el mayor número de votos respectivo. De esta verdad hay una prueba concluyente en la citada Ley 8ª de Castilla, pues según ella, no sólo se requiere que concurren en un voto, las dos terceras partes de los Ministros para hacer Ley nueva, o revocar, o derogar alguna antigua, sino también para dispensar en cualquiera de ellas, y es bien sabido, que las dispensas, como que se contraen a casos particulares, no derogan en lo general la misma Ley dispensada ni menos establecen regla en contrario.

Tampoco tiene el Consejo noticia de que haya Ley más antigua en estos Reinos, por la cual se dé forma esencial para el establecimiento de las Leyes, de modo, que no observada aquella, sean inválidas éstas; pero sin embargo cree este tribunal, ser de su obligación recordar a V.M. lo que previenen en la materia las Leyes antiguas de España (conforme con el espíritu de las Romanas) sobre la conveniencia y utilidad de establecer, o revocar las Leyes con el mayor acuerdo posible.

Los Emperadores Teodosio, y Valentiniano se explicaron con la mayor precisión, en su Decreto al Senado inserto en la Ley 8ª tit. 17 Libro 1º del Código de Justiniano, y V.M. tendrá a bien que se copien aquí traducidas sus cláusulas, por serlo de nuestro español el gran Teodosio: *Juzgamos, dice, correspondiente al ser*

de Hombres, que si en adelante, en cualquiera causa pública, o privada, ocurriere algún nuevo caso que exija decisión general no comprendida en las Leyes antiguas, se trate antes la materia, así por todos los Próceres de nuestro Palacio, como por vuestra gloriosísima Junta, o Padres Conscriptos, y si a todos los Jueces, igualmente que a vosotros pareciere bien, el Acuerdo que se hiciere, se cometerá su extensión a algún Notario, y extendido, se volverá a examinar de nuevo por todos congregados, y cuando todos hayan consentido, entonces finalmente se dará cuenta en nuestro sagrado Consistorio, para que el unánime dictamen quede firme con nuestra autoridad. Tened pues entendido, concluyen los dos Emperadores, que en adelante no se promulgara por nuestra clemencia, Ley alguna, sino [sic: sin] observar la referida forma, por que conocemos muy bien, que lo que se ordenase con vuestro Consejo redundara en felicidad de nuestro Imperio en gloria nuestra.

Aunque en nuestras Leyes no se halla una forma tan específica y precisa que el Rey Don Alonso el Sabio quiso establecer una equivalente, cuando en la Ley 17, tit. 1º Partida 1ª previno, que si el Rey entendiere, que se deba enmendar alguna cosa en las Leyes, *haya primero su Acuerdo con omes entendidos, y sabidores de derecho, e que caten bien cuales son aquellas cosas que se deben enmendar, e que esto lo haga con los mas omes que pudiere haber, e demás tierras, por que sean muchos de un Acuerdo. Ca maguer el derecho buena cosa es, y noble, cuanto mas acordado es, y más catado, tanto mejor es, y más firme.*

El mismo sabio Legislador, que para enmendar alguna cosa en las Leyes, tuvo por necesario el Acuerdo previo del soberano *con los mas omes buenos que pudiere haber e demas tierras*, parece que quiso todavía mayores luces para revocar cualquiera Ley, pues en la siguiente 18 del mismo título, y Partida se explica en estos términos: *E por que el facer, es muy grave cosa, y el desfacer muy ligera, por ende el desatar las Leyes, e tollerlas del todo que non balan; no se debe facer sino con gran consejo de todos los omes buenos de la tierra los mas honrados, e más sabidores, razonando primeramente los males que, y fallaren, por que se deban toller, e otrosi los bienes que y son, e que pueden ser.* De suerte que si para alterar en parte una Ley, o establecerla de nuevo juzgó el señor Don Alonso Décimo, que el Rey debía oír el dictamen *con los demás omes buenos*, creyó el mismo Sabio Legislador que para revocar cualquiera de ellas, era conveniente, y aun necesario el *gran consejo de todos los omes buenos de la Tierra.*

Sin estas expresas Decisiones de nuestra Legislación, con sólo considerar las cualidades que debe tener según ella cualquiera Ley se conoce fácilmente cuanto importa la mayor instrucción posible, para establecer alguna nueva, o derogar las antiguas. La primera del título 1º Libro 2º de Castilla, conforme con las de Partida y con el Derecho Canónico, previene que la Ley ha de ser *convenible a la tierra, y al tiempo, y honesta, derecha, y provechosa*; circunstancias que muy difícilmente se logran reunidas, aun cuando la Ley se establece con el mayor Acuerdo posible. Debe ser también la Ley clara, y breve, conforme a lo prevenido en la 6ª del tit. 1º Lib. 1º del Fuero Juzgo, y esta utilísima circunstancia, no es la más fácil de

verificarse, cuando no son muchos los que concurren a examinar, y reveer aun la material extinción del texto de la Ley.

Por lo expuesto hasta aquí comprenderá V.M. que el objeto del Consejo en esta reverente Consulta, no es, ni ha podido ser dudar, ni por un instante de la suprema autoridad legislativa de V.M. sin sujeción precisa a este, o el otro medio de instrucción para usar de ella, y por consecuencia que no es requisito indispensablemente necesario en España e Indias, para establecer cualquiera Ley el Acuerdo consultivo de este Consejo, sino únicamente recordar a V.M. el prolijo cuidado con que sus Augustos Predecesores han querido siempre se proceda en este asunto, oyendo el Dictamen de su respectivo Consejo por ser en el sistema actual de nuestro Gobierno, el cuerpo colegiado más numeroso, y más instruido en la materia.

Conforme a esta inconcusa práctica, cuando el Consejo propuso en la Consulta citada de 10 de Mayo de 1773, la utilidad y aun necesidad de adicionar y corregir la Recopilación de las Leyes de Indias, resolvió el Augusto Padre de V.M. en 13 de Mayo de 1776 que se formase un Nuevo Código de ellas, cometiendo la obra material a Don Miguel Serrador y a Don Juan Crisóstomo de Ansotegui, y mandó formar una Junta compuesta de don Manuel Lanz de Casafonda, Don Felipe Santos Domínguez, Don Josef de Aguero, Don Jacobo de Huerta, y Don Antonio Porlier, a fin de que examinadas por dichos Ministros las Leyes que fuesen formando los dos referidos comisionados, y calificadas después por todo el Consejo, las Consultase éste sucesivamente a S.M. para su Real aprobación.

Es verdad que en otro Decreto de 7 de Septiembre de 1780, remitiendo a el Consejo el mismo Augusto Padre de V.M. el tomo del Libro primero, de Leyes de Indias, formado por Ansotegui, y dando forma a los días, y horas en que debía congregarse la Junta, ya establecida para la revisión, y examen de dicho Libro primero, mandó S.M. que si la referida Junta hallase grave dificultad en alguna de las nuevas Leyes, las Consultase directamente a su Real Persona, y también es cierto que habiendo consultado en 6 de Julio de 1781 la misma Junta de Leyes, sobre la inteligencia del citado Decreto de 1780, exponiendo al Rey Padre, la dificultad que ofrecía lo dispuesto en la ya citada Ley 15, tit. 2º Lib. 2º de las de Indias, y la ordenanza del Consejo, concordante con ella, declaró S.M. que la Ley y ordenanza citadas en la Consulta de la Junta, debían observarse en lo general, pero no en aquel caso, en que el Rey había cometido a determinados Ministros, la revisión y examen de un Nuevo Código, formado de su Real orden.

De estas dos resoluciones únicamente se deduce lo que el Consejo lleva expuesto en esta Consulta, acerca de no estar ligada la potestad legislativa de V.M. a determinados medios, o método de instruir su Real ánimo para establecer nuevas Leyes; pero no se infiere de aquellas determinaciones que el Consejo no pueda, ni aun deba hacer presente a V.M. la conveniencia y utilidad de que, revocando en esta parte el decreto, y resolución citada, mande V.M. se examine el Libro primero del Nuevo Código, por todo el Consejo, conforme a la práctica observada en su primera formación en el siglo pasado, y según ordenó también el Augusto padre de V.M. en 13 de Mayo de 1776, sobre la Consulta de 10 de Mayo de 1773.

Esta sabia precaución parece más necesaria en el día por las reflexiones que hacen los Fiscales (especialmente el del Perú), sobre algunas de las nuevas Leyes en que se establece, por ejemplo, la de Amortización en las Indias, y se da a la Jurisdicción secular, el conocimiento de los delitos atroces cometidos por Personas Eclesiásticas, las cuales en cierto modo se oponen a lo dispuesto por punto general en la Ley 13, tit. 2º Lib. 2º de las Recopiladas para aquellos Reinos; pues por ésta se ordena, que las Leyes que se hicieran para las Indias, sean lo más conforme que se pudiere a las de Castilla en donde no se ha tenido por conveniente establecer por Ley, ni la Amortización, ni la Atribución a las Justicias Reales, de los crímenes atroces cometidos por los Eclesiásticos.

Como el Consejo no tiene a la vista el referido Libro 1º del Nuevo Código, no puede indicar, y menos ha podido advertir, si otras nuevas Leyes, además de las citadas por los Fiscales, o la variación que se haya hecho en las antiguas, necesitarían mayor examen antes de promulgarlas, sin que esto perjudicase ni en un ápice al celo, sabiduría, instrucción y vigilancia, que son bien notorias de los Ministros escogidos, para la formación del Nuevo Código.

Reduciendo pues el Consejo su Dictamen en esta reverente Consulta, es de parecer de que, para dar vigor legal, al Libro 1º del Nuevo Código, es indispensablemente, necesario que se promulgue, publicándolo por medio de la impresión, del mismo modo que se ejecutó con el anterior que hoy gobierna; pero que pueden resultar confusión, y graves dificultades, de publicar esta parte del mismo Nuevo Código, con separación de las demás partes, que han de componer el Código entero. Y también le parece al Consejo, que aunque no es requisito esencialmente necesario para el vigor de las Leyes en Indias, el que se establezcan con previo acuerdo de este tribunal, y en la forma que prescribe la Ley 15, tit. 2º, Lib. 2º ya citada, será muy útil y conveniente que antes de publicarse el Nuevo Código, se revea, y examine por todo el Consejo, según se ejecutó con el antiguo, conforme al espíritu de las Leyes de Partida, que se han citado en esta Consulta.

V.M. resolverá lo que sea más de su Real agrado. Madrid, 26 de Abril de 1794.
– Don Manuel Romero. – Don Rafael de Antúnez. – Don Pedro Muñoz de la Torre. – Don Juan González Bustillo. – Don Gaspar Soler. – Don Jorge Escobedo. – Don Fernando Mangino. – Conde de Pozos-Dulces. – Don Manuel Josef de Ayala. – Don Tomás Alvarez de Acebedo. – Don Josef Agustín Castañío. – Marqués del Surco. – Don Xavier de Fondevila.

