

EL PROTECTOR DE INDIOS EN CLAVE ROMANÍSTICA: UNA PROPUESTA DEL SIGLO XVII

Francisco J. Cuena Boy

Universidad de Cantabria

1.- En el conjunto de la política indigenista desarrollada por la Corona española en América destaca con luz propia la creación de un oficio (o cuando menos de una función) específicamente encaminada a la defensa de los naturales de los nuevos territorios: el Protector de Indios.

La necesidad de esta figura se hizo sentir desde muy pronto ante la brusca decadencia experimentada por la población indígena a raíz de la llegada de los españoles y el asentamiento de los primeros pobladores. Las noticias que llegaban a la metrópoli, principalmente por medio de los frailes que acompañaban a las expediciones de conquista y poblamiento (Las Casas), hablaban con reiteración significativa de atrocidades perpetradas en los actos de conquista, y de inmediato en el trato que los nuevos señores, ciegos de codicia y ambición, propinaban a unos pobres indios que se hallaban cultural e incluso biológicamente inermes ante la llegada de los españoles. Superadas con relativa rapidez algunas dudas iniciales sobre la legitimidad y el carácter ético de la presencia española en Indias y sobre la condición humana y jurídica de sus naturales, pronto intentará la Corona encauzar legal y administrativamente este proceso, cuyos primeros pasos se habían producido de forma un tanto anárquica y seguramente sin demasiado escrúpulo¹.

Es entonces cuando nace la Protección de Indios (con el padre Las Casas, en 1516) para velar por el respeto de los derechos de los indígenas y vigilar el cumplimiento de la abundante legislación emanada en su defensa. Nunca, en el curso de los siglos posteriores hasta la emancipación de las colonias, llegó el momento en que se considerase innecesario ya seguir atendiendo especialmente a la protección de los naturales. En 1552, cuando Las Casas da a la imprenta su *Brevíssima relación de la destrucción de las Indias*, insiste una y otra vez en que los abusos contra ellos continúan. *Un Memorial en beneficio de los Indios* escrito hacia 1641 por el jurista limeño -y en su día Abogado General de Naturales- Francisco de Sosa Rengifo hace de nuevo el recuento de los males que aquejan a "estos desventurados y miserables indios"². La *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680 dedica

¹.- Vid. por todos G. CÉSPEDES DEL CASTILLO, *América Hispánica (1492-1898)*, tomo VI de la *Historia de España* dirigida por M. TUÑÓN DE LARA, Barcelona, 1990, primera parte, sobre los pasos iniciales de la conquista y la institucionalización paulatina del dominio español en Indias.

².- El término "miserable", utilizado en este Memorial en el sentido literal de "desdichado o infeliz", tiene un significado técnico-jurídico especial cuando designa el status del indio como sujeto de relativa incapacidad jurídica, es decir, como "persona miserable" especialmente protegida, en cuanto tal, por la legislación (vid. al respecto JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, 1647, ed. de Amberes, 1703, II,28 y 29).

"Los soras, en quienes los mineros hallaron todo género de apoyo y una candorosa y alegre mansedumbre, jugaron allí un rol cuya importancia llegó a adquirir tan vastas proporciones, que en más de una ocasión habría fracasado para siempre la empresa, sin su oportunna intervención. Cuando se acababan los víveres y no venían otros de Colca, los soras cedían sus granos, sus ganados, artefactos y servicios personales, sin tasa ni reserva, y, lo que es más, sin remuneración alguna. Se contentaban con vivir en armoniosa y desinteresada amistad con los

un título completo (el VI, lib. VI) a los Protectores³. Hacia 1740 las *Noticias secretas de América* de Antonio de Ulloa y Jorge Juan reflejan una situación lamentable de la que siguen siendo víctimas los indios⁴. Y hasta la terminación del dominio hispano no faltaron casi nunca en las colonias Protectores de Indios (eclesiásticos o laicos, letrados o "de capa y espada", generales, provinciales y de partido), Fiscales Protectores en las Audiencias o Fiscales ordinarios con el encargo especial de fungir de protectores⁵.

2.- En mi ponencia al *X Congreso Latinoamericano de Derecho Romano* (Lima, 12 a 15 de agosto de 1996) ensayaba una comparación entre el Protector de Indios y el defensor civitatis de los romanos. Mi hipótesis era que la imagen de este funcionario bajíoimperial pudo servir de algún modo como antecedente o como molde para la explicación doctrinal del cargo y la figura de Protector. Semejanzas entre ellos existen, desde luego, aun-

mineros, a los que los soras miraban con cierta curiosidad infantil, agitarse día y noche, en un forcejeo sistemático de aparatos fantásticos y misteriosos.

[...] "El sora no entendía este lenguaje de 'socorro' ni de 'cuánto quieras'. Sólo quería agitarse y obrar y entretenerse, y nada más [...] Carecían en absoluto del sentido de la utilidad. Sin cálculo ni preocupación sobre sea cual fuese el resultado económico siones inspiraban lástima. Desconocían la operación de compra-venta.

[...] "El sora no se había dado cuenta de si esa operación de cambiar su terreno de ocas por una garrafa, era justa o injusta. Sabía en sustancia que Marino quería su terreno y se lo concedió. La otra parte de la operación - el recibo de la garrafa- la imaginaba el sora como separada e independiente de la primera. Al sora le había gustado ese objeto y creía que Marino se lo había cedido, únicamente porque la garrafa le gustó a él, al sora.

[...] "La conciencia económica de los soras era muy simple: mientras pudiesen trabajar y tuviesen cómo y dónde trabajar, para obtener lo justo y necesario para vivir, el resto no les importaba. Solamente el día en que les faltase dónde y cómo trabajar para subsistir, sólo entonces abrirían acaso los ojos y opondrían a sus explotadores una resistencia seguramente encarnizada".

Los párrafos transcritos pertenecen a un relato corto del magnífico escritor peruano CÉSAR VALLEJO, *El tungsteno*, y aunque no se refieren en absoluto a la época de la colonia, sino a la explotación de minas en Quivilca, departamento del Cuzco, a principios de nuestro siglo, me parece que ayudan a entender mejor el fundamento de aquella consideración jurídica de "miserables" con que se buscó el amparo de los indios frente a los abusos de los españoles, negros y mestizos. El contenido de esos párrafos se da la mano con afirmaciones comparables de Las Casas en la *Brevíssima* o de Sosa Rengifo en el *Memorial* citado sobre algunos aspectos del carácter y modo de vida de los indios (de muchísimos de ellos, por lo menos) en el tiempo de la dominación española. Sobre el tema puede verse también la famosa obra de J. de MATIENZO, *Gobierno del Perú* (1567) en la edición de G. LOHMANN VILLENA, Paris-Lima, 1967, concretamente el cap. IV de la Parte Primera, escrito todo él con miras a justificar la idea de que los indios nacieron para servir y el dominio español era beneficioso para ellos

³.- Ya antes de ella, todos los sucesivos proyectos o trabajos preparatorios de la recopilación: A. de LEÓN PINELO, *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de las Leyes de Indias* (1623-24), VI,13; R. de AGUIAR y ACUÑA, *Sumarios de la Recopilación General de las Leyes, Provisiones, Cédulas, Instrucciones y Cartas acordadas (...) para las Indias Occidentales* (1628), V,12; G. de ESCALONA y AGÜERO, *Proyecto de Código Peruano* (1635), III,37; J. de SOLÓRZANO PEREIRA, *Sumarios de la Nueva Recopilación de las Leyes de las Indias*, V,12.

⁴.- Víctimas, incluso, de sus mismos Protectores, por lo que los autores de las *Noticias* llegan a proponer (sin éxito) que éstos sean de la estirpe que se quiere proteger; vid. S. de MADARIAGA, *Auge y ocaso del Imperio español en América*, Madrid, 1986, pp. 106 y ss.

⁵.- Para una sinopsis de la evolución de la Protectoría de Indios, vid. A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del Derecho indiano*, México, 1994, p. 317. En general sobre esta figura, C. BAYLE, *El Protector de Indios*, Sevilla, 1945; C. BRUNO, S.D.B., *El Derecho público de la Iglesia en Indias. Estudio histórico-jurídico*, Salamanca, 1967, pp. 33 y ss.; C. RUIGÓMEZ GÓMEZ, *Una política indigenista de los Habsburgo: el Protector de Indios en el Perú*, Madrid, 1988; E.O. ACEVEDO, *El protector de indios en el alto Perú (hacia fines del régimen español)*, en *Actas y estudios II (X Congreso Internacional de Historia del Derecho indiano, Madrid, 5-10 de febrero de 1990)*, Madrid, 1991, pp. 29 y ss.

que predomina la opinión de que el Protector de Indios fue más bien una especie de tutor requerido por la “miserabilidad” de los nativos. La comprobación de mi hipótesis requeriría, por otra parte, la consulta de tres Memoriales del siglo XVII de los cuales, hasta ahora, sólo he podido examinar uno que por cierto no la respalda⁶. De todos modos es interesante ver cómo el autor de este Memorial se sirve de los textos jurídicos romanos para ir construyendo -y sobre todo para ir acreditando- su propuesta de establecer un Fiscal Protector en la Audiencia de Lima.

Así pues, lo que me propongo en esta ocasión es un sencillo análisis de este breve testimonio de la presencia del Derecho romano en la obra de un jurista hispanoamericano del Barroco. Pero antes de nada, será necesario caracterizar someramente el estilo de la ciencia jurídica de la época.

3.- Nos hallamos en pleno periodo del Barroco. El Humanismo jurídico va quedando atrás, pero su influencia se aprecia todavía en la predilección con que los autores hacen acoyo de argumentos traídos de la literatura y la filosofía clásicas; quizás, la novedad de este momento consiste en un prurito de erudición que lleva a la acumulación y el amaneramiento de las citas, sin verdadera necesidad ni demasiada relación con el objeto del cual se está escribiendo⁷, lo que constituye un signo cierto que anuncia cansancio y decadencia.

⁶.- Los Memoriales en cuestión son los siguientes: CRISTÓBAL CACHO de SANTILLANA, *Memorial al Rey N.S. Don Felipe III. En favor de los Indios del Perú. Sobre el oficio de Protector General en la ciudad de Lima, corte y cabeza del Perú*, Madrid, 1622; JUAN de LARRINAGA SALAZAR, *Memorial discursivo sobre el oficio de Protector General de los Indios del Perú*, Madrid, 1626 (o

1622, según Lohmann Villena: vid. *infra*); NICOLÁS MATÍAS del CAMPO y de LARRINAGA, *Memorial histórico y jurídico, que refiere el origen del oficio de Protector General de los Indios del Perú*, Madrid, 1671. El de CACHO de SANTILLANA, único que he podido examinar, se incluye como Documento nº 7 en el Apéndice documental del libro de C. RUIGÓMEZ GÓMEZ cit. *supra* nt. 5 (pp. 203-215). De todos modos, los tres Memoriales parecen estar relacionados entre sí. Los dos primeros están ambos divididos en cuatro partes de contenido muy similar: 1) las personas, oficios y salarios encargados de la defensa y protección de los indios, de dónde se pagan y quién los elige; 2) los inconvenientes que resultan de ese modo de protección y defensa; 3) el medio para hacer cesar esos inconvenientes y alcanzar los objetivos de la Protectoría; 4) las diligencias hechas sobre tal asunto (cfr. G. LOHMANN VILLENA, *Los regidores perpetuos del Cabildo de Lima* (1535-1821), Sevilla, 1983, p. 161). En cuanto al tercero, su autor era sobrino de LARRINAGA SALAZAR, a cuyo *Memorial* hace nutridas referencias (cfr. LOHMANN VILLENA, *ibid.*). SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* cit., II,28,51, compara el Protector a los tutores, pero no sin cierta ambigüedad cuando en el párrafo anterior (el nº 50) ha señalado lo siguiente: “Novísimamente (aunque para otro intento) dicen mucho de él, y de las varias especies que en el Derecho romano, y de otras naciones, se han usado, y usan de Protectores... todos los escribientes en un título del Volumen”; dicho título resulta ser, según indica Solórzano en la nota correspondiente, el *De domesticis et protectoribus* (CJ. 12,17), que no tiene nada que ver con los tutores ni tampoco con los *defensores civitatum* (CJ. 1,55; CTh. 1,29); autores como FRANCISCO de AMAYA, *In tres posteriores libros Codicis Imperatoris Iustiniani commentarios*, Lyon, 1639 y 1656, o ANTONIO PÉREZ, *Praelectiones in duodecim libros Codicis*, Amsterdam, 1645, nada dicen del Protector de Indios en la sede indicada por Solórzano Pereira; con estos datos podemos concluir que se trata de una de tantas referencias inexactas como se encuentran en la obra de este gran jurista, sobre las que advirtiera ya C. LÓPEZ NÚÑEZ, *El romanismo en la Política Indiana*, en Anuario de Estudios Americanos 6 (1949) pp. 732 y s.

⁷.- Cfr. B. BRAVO LIRA, *Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en América y Filipinas*, en ID., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, pp. 165 y s. Ejemplo máximo de este “barroquismo” es la *Política Indiana* de SOLÓRZANO PEREIRA: cfr. LÓPEZ NÚÑEZ, *El romanismo* cit., pp. 734 y s.; M.A. OCHOA BRUN, *Estudio preliminar a la edición de la Política Indiana* (Biblioteca de Autores Españoles, tomos CCLII-VI), Madrid, 1972, pp. XXXV y s., XLI. También hay algunas muestras en nuestro Memorial (vid. *infra*, & 8).

De todos modos, por encima de la dirección doctrinal del humanismo, que tan señalados frutos diera entre nosotros⁸, en la España de los siglos XVI y XVII predomina el *mos italicus* tardío, en el que cabe encuadrar también el grueso de la literatura jurídica india⁹.

Prescindiendo de otras vías menos importantes, la penetración del Derecho romano en el Nuevo Mundo tenía su cauce asegurado a través de la instrucción jurídica que se daba en las Universidades americanas. Siguiendo el modelo de Salamanca, primaba en aquéllas el estudio del Derecho civil y del canónico, tanto directamente en sus textos principales - tratándose del Derecho civil la *Instituta*, el *Digesto* y el *Código*- como en la doctrina de los autores recogida en glosas y comentarios. Seguía vigente, por lo tanto, el viejo modelo de enseñanza jurídica de origen bajo-medieval, que en España se enriquece desde principios del siglo XVII con una presencia nada desdeñable del Derecho real¹⁰.

Testimonios de esta época describen el tipo ideal de jurista como un abogado instruido y experimentado en las materias propias de la jurisprudencia, pero también -y esto es muy significativo- provisto de erudición histórica y literaria y de elocuencia para persuadir e instruir el ánimo de los jueces, “ya con fundamentos de la Sagrada Escritura, ya con las sentencias graves de los Filósofos, cuando el caso lo requiera”¹¹.

El autor del que nos vamos a ocupar no era exactamente un abogado, pero responde con bastante perfección a los rasgos básicos del modelo dibujado: erudición sacra y profana, gusto por el alarde retórico más o menos justificado, conocimiento y utilización pragmática del Derecho romano.

4. En un corto Memorial de 1622 al rey Felipe IV, el licenciado Cristóbal Cacho de Santillana, reiterando el contenido de una carta anterior remitida al Consejo de Indias en su calidad de Fiscal de la Audiencia de Lima¹², describe los desórdenes que afectan a la protección general de indios y la forma de acabar de raíz con ellos. En síntesis, su propuesta, recogida en el artículo III del Memorial, consiste en la creación en la Audiencia de

^{8.-} Vid. por todos F. CAMACHO EVANGELISTA, *Humanismo jurídico español de los siglos XVI y XVII*, en Revista de Derecho Notarial 56 (1967) pp. 43 y ss.; J.L. de los Mozos, *Humanismo y "mos gallicus" en la Escuela de Salamanca*, en AAMN 20 (1973) pp. 222 y ss.; F. CARPINTERO, “*Mos italicus*”, “*mos gallicus*” y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, en *Ius Commune* 6 (1977) pp. 145 y ss.; F. TOMÁS y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*4, Madrid, 1992, pp. 307 y ss.

^{9.-} TÓMAS y VALIENTE, *Manual*4 cit., pp. 310 y ss., 344 y s.; J. BARRIENTOS GRANDÓN, *El mos italicus en un jurista indiano: FRANCISCO CARRASCO del SAZ (15?-1625)*, en *Ius fugit* 2 (1993) pp. 43 y s.; B. CLAVERO, *Historia del Derecho: Derecho común, Salamanca*, 1994, pp. 73 y ss., espec. 79 y ss; A. LEVAGGI, *Romanismo e indigenismo en la "Política Indiana" de SOLÓRZANO PEREIRA*, en *Memoria del IX Congreso Latinoamericano de Derecho romano: "El Derecho romano y los Derechos indígenas: Síntesis de América Latina"* (18-20 agosto 1994 Xalapa, Veracruz, México), Veracruz, 1996, p. 31. Sobre una obra emblemática como la *Política Indiana*, vid. OCHOA BRUN, “Estudio preliminar” cit., p. LVII; LEVAGGI, *Romanismo* cit., pp. 32 y ss.

^{10.-} Vid. principalmente V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, 1992, pp. 235 y ss., 239 y ss.; también LÓPEZ NÚÑEZ, *El romanismo* cit., pp. 727 y s., y J. MALAGÓN BARCELÓ, *La literatura jurídica española del Siglo de Oro en Nueva España*, México, 1959, pp. 46 y ss. (ambos basándose en el Arte legal para estudiar la Jurisprudencia, etc., de F. BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Salamanca, 1612).

^{11.-} Vid. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema* cit., pp. 305 y ss., de quien tomó la cita entrecerrillada perteneciente a G. DE GUEVARA, *Discurso legal de un perfecto y cristiano Abogado*, sin lugar ni fecha.

^{12.-} Cacho de Santillana menciona en su Memorial (art. III) una cédula de 20 de agosto de 1615 dirigida por el Consejo de Indias al Príncipe de Esquilache, Virrey del Perú, para que informe sobre la propuesta que el mismo Cacho había remitido al Consejo por carta del año anterior. Aunque la fecha no coincide, se trata con toda seguridad de la misma cédula (Valladolid, 20 de agosto de 1620) que cita SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* cit., II,28,47: para que informe (el Virrey) “si los Protectores generales, que residen en las ciudades donde hay Audiencias, sean letrados, y se les dé garnacha y asiento en los Estrados, como a los Oidores”.

un Fiscal Protector o de indios, nombrado directamente por el rey, con el mismo rango y consideración que los ordinarios Fiscales Civil y del Crimen y, por supuesto, letrado como ellos¹³.

Debido al tema que aborda, Cacho de Santillana maneja un material perteneciente en su mayor parte al Derecho real de Castilla e Indias y a la literatura jurídica correspondiente: la *Nueva Recopilación* de 1567 (con los comentarios de Acevedo y Matienzo), multitud de Ordenanzas, Provisiones y Cédulas -recogidas o no en el *Cedulario de Encinas*- y obras de Alfaro y Castillo de Bovadilla entre otros¹⁴. Entreveradas en él hay sin embargo citas cuantiosas de clásicos griegos y latinos como Aristóteles, Cicerón, Ovidio, Salustio, etcétera; de obras de variado carácter sobre las Indias y la conquista debidas a Las Casas, Acosta, Garcilaso de la Vega, Diego Hernando de Palencia y algún otro; y -lo que más nos importa en este momento- de textos jurídicos romanos y escritores del *ius commune* como por ejemplo Galganeto, Borrello, Racca, o Gomesio (Luis Gómez)¹⁵. Sobre la base de este amplio conjunto¹⁶, Cacho describe los inconvenientes que origina la configuración actual de la Protectoría de indios y los contrasta con las ventajas que traería, a su juicio, la creación del Fiscal Protector que propone como remedio.

5. En relación con los textos jurídicos romanos, la consideración del papel que globalmente les asigna Cacho en su Memorial es a todas luces prioritaria (y muy ilustrativa).

Para un jurista actual la separación entre ley o norma legal y doctrina es un dato evidente y completamente acostumbrado. Es la primera la que configura el perfil esencial de cualquier institución, mientras que la doctrina toma para sí un papel intencionadamente distinto -y de algún modo subordinado- poniéndose al servicio de la interpretación, del ajuste y, en su caso, del desarrollo o el cambio de aquel régimen legal.

Esta distinción de planos está presente también en el Memorial de Cacho de Santillana. De forma muy acusada, lo que importa en él es el Derecho real, que constituye la verdadera base jurídica de todas y cada una de las instituciones que van siendo mencionadas. La

¹³.- En alguna de las etapas anteriores la protección de indios ya había sido encomendada a los Fiscales de las Audiencias (cfr. "Cédula que manda, que el fiscal sea protector de los Indios...", dada en Monzón a 6 de septiembre de 1563, recogida en el *Cedulario Indiano* de DIEGO DE ENCINAS, Madrid, 1596, II, fol.268-269), pero sin que hubiera un Fiscal especializado en esta función. En 1643 se crean por fin en algunas Audiencias unos Fiscales Protectores de indios, de lo cual se hace eco SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* cit., II,28,47-49; cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual* cit., p. 147. La *Recopilación de Leyes de Indias*, II,18,34, sintetizando varias disposiciones a partir de 1563, manda que los Fiscales sean Protectores de los Indios, en colaboración con los Protectores Generales en las Audiencias donde los hubiere.

¹⁴.- J. DE MATIENZO, *Commentaria in librum quintum Recollectionis Legum Hispaniae*, Madrid, 1580; A. de AZEVEDO, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones, tres primis libros Novae Recopilationis complectens* (Tomus primus), Salamanca, 1583; J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y Señores de Vasallos*, Madrid, 1597; F. DE ALFARO, *De Officio Fiscalis*, Valladolid, 1606.

¹⁵.- L. GALGANETO, *De tutela et cura, tutoribus et curatoribus tractatus absolutissimus*, Venecia, 1617; C. BORRELLO, *De magistratum edictis tractatus quattuor libris*, Frankfurt a.M., 1621; P. RACCHA, *Praxis causarum civilium*, Turín, 1581; L. GOMESIO, *In regulas Cancellariae (Apostolicae), iudiciales, quae in usu cotidiano, in curia et foro saepe versantur commentaria*, Venecia, 1540.

¹⁶.- Al que habría que añadir aún el *Dictionarium latinum* de AMBROSIO CALEPINO (1601), el tratado *De Regis Institutione et Disciplina* del portugués Jerónimo OSORIO (1574), el *Catalogus gloriae mundi* de BARTHELEMY DE CHASSENEUX (1617) y obras de algún autor que no he podido identificar: Coepola (sic) por ejemplo. También hay dos citas poco importantes de las *Partidas*.

organización y las atribuciones de las Audiencias en Indias, el cometido de los Fiscales dentro de ellas, el entero sistema de protección de los naturales, etcétera, todo está establecido y todo se rige por las correspondientes Ordenanzas y Cédulas que Cacho puntualmente refiere en sus notas. Que yo sepa, ninguna de estas disposiciones legales desciende a decir si el Protector de Indios (o el Fiscal de la Audiencia, en cuanto se encarga de esta tarea) es o actúa como tutor. Tal calificación está ausente de ellas.

Pero viene después la doctrina y se encarga de cubrir la Protectoría y el Protector, creados por la legislación, con el manto explicativo de la tutela y el tutor¹⁷. De esta forma, la doctrina prueba a injertar una institución relativamente novedosa en el tronco del conocimiento jurídico tradicional, adquirido y consolidado, y así ayuda también a su control y comprensión¹⁸. Y lo que importa dejar bien claro en este momento es que -a juzgar por el uso que hace de ellos- para Cacho los textos romanos pertenecen al plano de la doctrina o de la cultura jurídica y no al de la ley. En efecto, es en aquel plano en el que se sirve de ellos, en unos casos buscando el refuerzo de sus propias ideas con la autoridad del jurisconsulto o el emperador romano; en otros con fines de puro ornato sin ninguna repercusión práctica -aquí es donde encajan los ejemplos de "barroquismo jurídico" que luego mencionaremos-; y en otros, en fin, para extraer de ellos reglas o principios jurídicos generales¹⁹.

Tal forma de proceder no debe causarnos ninguna extrañeza si tenemos en cuenta las siguientes ideas: Cacho escribe su Memorial como Fiscal de Audiencia que es -o sea, al fin y a la postre, un jurista práctico-; la finalidad que persigue es también de carácter pragmático, ya que consiste en rectificar una situación realmente vivida mediante la modificación del régimen legal de una determinada institución -el oficio de Protector de Indios- la cual, además, pertenece de lleno al derecho público de la Corona²⁰. Precisamente, un detalle muy significativo que se desprende de las fuentes romanas que emplea, es que a Cacho no le basta con decir -como efectivamente dice- que el Protector es el tutor de los indios, sino

¹⁷.- Cfr., una vez más, SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* cit., II,28,51.; CACHO DE SANTILLANA, *Memorial* cit., art. II (= RUIGÓMEZ GÓMEZ, *Una política* cit., pp. 205 y s.; en adelante las citas del Memorial incluirán entre paréntesis las páginas correspondientes del libro de Ruigómez Gómez): "Para su inteligencia se supone brevísimamente, que el Protector de Indios, y el tutor de los menores se equiparan, porque los indios se reputan por menores, y son personas miserables..., y el Protector es su tutor, que eso quiere decir protector... por lo cual sin escrupulo se puede aplicar al Protector, lo dispuesto en el tutor".

¹⁸.- Se trata de un fenómeno siempre repetido (la inmersión o absorción de la novedad legal en el cuerpo de las doctrinas o "teorías" jurídicas) sobre el que ha escrito con perspicacia C. ATIÁS, *Contra arbitrariedad, teoría*, trad. de J. de la Cuesta, Madrid, 1988, *passim*. Como dice BRAVO LIRA, *Autores y obras jurídicas* cit., p. 165, los juristas indianos "se plantean problemas americanos, pero los abordan con una mentalidad formada en el Derecho Común".

¹⁹.- Como recuerda A. GUZMÁN BRITO, *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio*, prólogo a BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio* cit., pp. XXX y s., el sistema de fuentes del Derecho indiano estuvo presidido por la legislación, mientras que el Derecho romano del Corpus Iuris Civilis y la ciencia de glosadores y comentaristas fueron considerados como doctrina vigente pro ratione.

²⁰.- La orientación práctica es otra de las características de la literatura jurídica del Barroco, en parte debido a la contribución que hacen a ella magistrados (como CACHO DE SANTILLANA): cfr. BRAVO LIRA, *Autores y obras jurídicas* cit., pp. 166 y s.; su Memorial, por otra parte, se puede encuadrar en el género de la literatura crítica y reformista del que habla A. GARCÍA-GALLO, *La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI y XVII*, en ID., *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987, p. 289.

que a la vez es muy consciente de que se trata de un oficio real; de ahí probablemente la comparación con distintos tipos de magistrados y funcionarios romanos a la que acude una y otra vez.

Esta consideración bifronte del Protector, como tutor y como oficio, está plenamente respaldada por la procedencia de los textos que hemos podido identificar. De un conjunto de aproximadamente veinte citas de todas las partes del Corpus Iuris Civilis, aunque con neto predominio del Digesto y el Código, ocho han sido tomadas de títulos relacionados con la tutela y su ejercicio; otras siete tienen que ver con lo que podríamos llamar el mundo de las magistraturas y los *officia imperiales* romanos; y el resto, de origen heterogéneo, son traídas a colación a propósito de cuestiones también variadas y en general de menor importancia en nuestro contexto.

Veamos ahora la utilidad que obtiene de estos fragmentos nuestro Fiscal.

6. Buena parte de los inconvenientes que señala en el funcionamiento del Protector vienen del hecho de no ser este oficial letrado; tal circunstancia le hace excesivamente dependiente del parecer y el consejo del Abogado General de Indios, el cual, de este modo, viene a ser Protector *in re* mientras que aquél lo es sólo en el nombre.

Dado que lo normal sería dar Protector, al igual que se da tutor, *propter notitiam rerum*²¹, a Cacho esta situación le parece comparable a la que se produciría si se nombrara tutor a un menor de edad: “¿a quién se le ha de tolerar -dice citando a Justiniano- que él mismo sea tutor y esté constituido bajo tutela, y a su vez que él mismo sea curador y obre bajo curatela? Ésta es ciertamente una repugnante confusión de nombres y de cosas”²². Así que, argumentando por semejanza con las circunstancias que inhabilitan para la tutela y permiten excusarse de su ejercicio²³, le es fácil concluir que un Protector no letrado equivale a no tener Protector: *quia paria sunt, protectorem non habere, vel cum habere inutilem.*

En cambio, si el Protector fuese letrado los indios tendrían que tratar sólo con una persona y la actuación de ésta sería más rápida y eficaz, igual que en Roma el pretor cuidaba de que la tutela fuese administrada por uno solo para que hubiera mayor facilidad en ejercitarse las acciones y oponer las excepciones²⁴.

No obstante, a Cacho no le parece suficiente que el Protector de Indios sea letrado, aun “de mucha satisfacción y experiencia”, sino que considera esencial que además de esto se le provea “con el mismo hábito, preeminencia y salario, que los mismos fiscales de la Audiencia” (Art. III). Su razonamiento en este punto es bien sencillo: siendo el Protector persona particular, inferior y a veces pobre, difícilmente podrá cumplir con su trabajo, ya ya que la defensa de los indios le ha de llevar por fuerza al enfrentamiento con personas superiores y poderosas. Un desvalimiento que desmiente el nombre mismo de Protector

²¹.- GODOFREDO a propósito de *De periculo tutorum et curatorum* (CJ. 5,38), 1, Imp. ALEXANDER (226), citado por GALGANETO, *De tut. et cur.* (cit. supra, nota 15), lib. 3, g. 30, num. 5; cfr. Memorial, art. II, nota m (p. 206).

²².- *De legitima tutela* (CJ. 5,30), 1, Imp. Iustinianus (529); cfr. Memorial, art. II, nota n (p. 206).

²³.- *De excusationibus* (D. 27,1), 40, Paul. 2 sent., y relacionados; cfr. Memorial, art. II, nota o (p. 206).

²⁴.- *De administratione et periculo tutorum* etc. (D. 26,7), 3,3 y ss., espec. 6, Ulp. 35 ad ed.; cfr. Memorial, art. III, nota p (p. 212).

tomado ex re ipsa, como dice Paulo²⁵ del tutor - y que cesaría de ponerse en práctica la solución mencionada.

Un texto de *excusationibus* de Modestino²⁶, reforzado con otro de *acquirenda vel omittenda hereditate* de Ulpiano y un tercero de *poenis* de Paulo²⁷, es una buena base sobre la cual sustentar la exigencia de que aquellas “calidades que hacen idóneo al sujeto (se entiende para el oficio de Protector), se han de hallar en él al tiempo de la elección conforme a derecho” (Art. III). Si consideramos el contenido de los textos, nos damos cuenta de que lo que hace Cacho con ellos es extraer, para aplicarlo al Protector, un principio o regla general respecto del momento en que deben cumplirse los requisitos, jurídicos o materiales, legalmente necesarios para abrir o desencadenar una determinada posibilidad, secuencia o consecuencia jurídica: tales requisitos deben darse desde el principio, es decir, previamente al desencadenamiento de aquélla. Efectivamente, este principio subyace tanto en la advertencia de Modestino de que las causas de excusa en la tutela han de existir al tiempo de nombramiento del tutor (o del curador en su caso), como en el apunte de Ulpiano relativo a la necesidad de que la autorización paterna (*iussum*) preceda a la aceptación de la herencia por el *filiusfamilias*, como también en la observación de Papiniano sobre la necesidad de esperar a que el esclavo condenado a prisión temporal cumpla su pena para que se haga efectiva la manumisión testamentaria ordenada a su favor²⁸. En definitiva, y como el mismo Cacho lo expresa, “*qualitas, seu habilitas quae a principio requiritur, non sufficit, si postea sequatur*”.

El Protector, por otra parte, debe ser natural y vecino de las Indias para que tenga experiencia directa de las costumbres, condición, trato y ordenanzas particulares de los indios, conocimiento de su lengua y “satisfacción”, en el sentido de cercanía e interés por lo que en su patria ocurre. Este punto es muy importante para Cacho, que lo argumenta largamente en el artículo III del Memorial e intenta superar la prohibición legal de que los vecinos y naturales tengan oficios de justicia en su misma patria²⁹ esgrimiendo una vez más el paralelo de la Protectoría con la tutela; comparándola concretamente con la tutela legítima, afirma que los naturales del Perú, hermanos *iure patriae* de los indios, son por necesaria consecuencia “legítimos y fiduciarios Protectores”³⁰.

7.- Acabamos de ver de qué forma y en qué aspectos compara el Protector de Indios con el tutor Cacho de Santillana. No se puede decir que esa comparación logre, porque tampoco lo pretende y además sería imposible, una completa caracterización jurídica del Protector como tutor. Se trata sólo de afinidades puntuales, buscadas y resaltadas por Cacho con objeto de reforzar los rasgos más salientes de su propuesta de reforma.

²⁵.- *De tutelis* (D. 26,1), 1,1, Paul. 38 ad ed.; cfr. *Memorial*, art. II, nota p (p. 206).

²⁶.- *De excusationibus* (D. 27,1), 2, Mod. 2 *excus.*; cfr. *Memorial*, art. III, nota a (p. 208).

²⁷.- *De acquirenda vel omittenda hereditate* (D. 29,2), 25,4, Ulp. 8 ad *Sab.*; *De poenis* (D. 48,19), 33, Pap. 2 *quæst.*; cfr. *Memorial*, art. III, nota c (p. 208).

²⁸.- Para la interpretación de D. 48,19,33 y su relación con CJ. 7,12,1 (161?), vid. F. Schulz, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, en ZSS 48 (1928) pp. 269 y ss.

²⁹.- Partidas, I,18,2; Nueva Recopilación, III,6,4; III,2,10; Recopilación de Leyes de Indias, II,2,35; III,2,17; cfr. *Memorial*, art. III, notas y, a, b, c (p. 210).

³⁰.- La remisión en este caso es al título De legitimis tutoribus (D. 26,4) en su conjunto, especialmente al párrafo nº 4; cfr. *Memorial*, art. III, nota h (p. 211); vid. infra (& 7) otros argumentos en favor de que el Protector sea vecino y natural de las Indias.

El recurso a la comparación con las magistraturas, igualmente tópico u ocasional, persigue la misma finalidad y se da a propósito de los mismos aspectos, como vamos a mostrar a continuación.

Ser el Protector “hombre particular, y sin autoridad” es causa de su propia ineeficacia, que se traduce en perjuicio de los indios creando una situación -el desplazamiento y larga estancia de muchos de ellos en Lima, buscando justicia para intereses y negocios en general “fáciles”, pero no despachados con la brevedad que sería deseable- que recuerda la que describiera Justiniano cuando prohibió en una de sus Novelas que nadie acudiese a Constantinopla para litigar, sino que plantease su causa ante los jueces de su provincia³¹.

No es pues de extrañar que el establecimiento de un Fiscal Protector en la Audiencia de Lima pueda ser comparado por Cacho con la creación en Roma de un nuevo pretor debido a la gran afluencia de peregrinos³². Por otro lado, las cualidades de formación jurídica, satisfacción y experiencia que dicho Fiscal debe reunir desde el primer momento sólo son dispensables por necesidad, es decir, por faltar quien las tenga al tiempo de la elección. Igual que se hacía en Roma admitiendo a los spurii de buenas costumbres y vida honesta en el decurionato cuando los *legitimi* eran insuficientes para completar aquel orden sólo con ellos³³.

Cacho sostiene con fuerza que los naturales de Indias deben ser preferidos para el cargo de Protector. Sus apoyos formales son en esta ocasión Castillo de Bovadilla y los emperadores Marciano y Valentiniano: aquél señala que el Regidor ha de ser natural y vecino del pueblo, y en todo caso preferido al forastero³⁴; éstos mandan en una constitución que los pretores de Constantinopla se nombren de aquellos que tienen su domicilio en la ciudad³⁵. En realidad, este argumento comparativo es muy poco consistente, ya que depende íntegramente de la discutible afirmación inmediata de Cacho según la cual el Protector que él propone es un magistrado municipal. Si así fuera quedaría efectivamente salvado el obstáculo que supone la prohibición, antes mencionada, de que los vecinos y naturales tengan oficios *de justicia* en su misma patria. Pero es, como digo, muy discutible que el Fiscal Protector, en cuanto miembro de la Real Audiencia, sea un simple magistrado local y no un oficial de justicia. Por otra parte, la importancia que tiene para Cacho esta figura no que-

³¹.- Nov. 69, c.1 = Const. 73, c. 1 del *Authenticum* (538); el párrafo citado por Cacho dice así: *et crebro in talibus causis inquietamur parvarum gratia occasionum, et ipsi multas sustinentes importunitates, et videntes plurimam quidem multitudinem virorum, plurimamque mulierum ex provinciis locis agitatas et ad hanc venientes felicissimam civitatem, quorum plurimi etiam mendicantes et afflicti hoc agunt, interdum quoque hic moriuntur*; cfr. *Memorial*, art. II, nota r (p. 207). SOLÓRZANO PEREIRA, *Política* cit., II,28,54, utiliza con finalidad parecida esta disposición de Justiniano.

³².- *De origine iuris et omnium magistratuum, et successione prudentium* (D. 2,2), 27 y 28, Pomp. l. s. *Enchir.*; cfr. *Memorial*, art. III, nota y (p. 208).

³³.- *De decurionibus et filiis eorum* (D. 50,2), 3,2, Ulp. 3 *de off. procon*, de donde infiere Cacho el principio *ubi enim non est copia aliorum, bene abumuntur minus legitimi*; cfr. *Memorial*, art. III, nota e (p. 208).

³⁴.- J. CASTILLO de BOBADILLA, *Política para Corregidores* cit., III,8,5; cfr. *Memorial*, art. III, nota v (p. 210). Vid. la Recopilación de Leyes de Indias, IV,10,6: “Que para los oficios se elijan vezinos” (Valladolid, 1554).

³⁵.- *De officio praetorum* (CJ. 1,39), 2, Impp. Valentinianus et Marcianus (450); cfr. *Memorial*, art. III, nota x (p. 210). Téngase en cuenta que los pretores de los que habla esta ley son funcionarios locales de competencias poco importantes: cfr. G. CERVENCA, en *Lineamenti di Storia del Diritto romano*2 (bajo la dirección de M. TALAMANCA), Milano, 1989, p. 569.

da precisamente resaltada mediante la comparación con los Regidores de los pueblos y los pretores romanos de la decadencia.

El nombramiento real y la dignidad de fiscal aseguran la independencia y la competencia del Protector, así como el carácter perpetuo es garantía de su experiencia y capacitación³⁶. Es curioso observar cómo Cacho de Santillana, sabedor por propia experiencia del significado que el fiscal tiene en la organización de las Audiencias en Indias, tiende a asimilar a su Fiscal Protector con el *procurator Caesaris vel rationalis* de la Compilación³⁷. En ello no debe verse una suerte de extemporánea preferencia por la actuación de los fiscales en pro del Patrimonio y la Hacienda Real sino, en todo caso, un subrayado de su papel como directísimos defensores de todo lo tocante a la jurisdicción real, al bien común y a la tranquilidad de los súbditos y, en particular, del buen trato de los indios³⁸.

8. Un buen ejemplo de lo que hemos llamado “barroquismo jurídico” se encuentra, por fin, hacia el final del artículo IIII del Memorial³⁹. Allí se cita un rescripto en el que el emperador Antonino aconseja a la destinataria que pida al juez que dé a sus hijos un “tutor idóneo de la misma provincia”⁴⁰, es decir, las mismas calidades que pretende para el Fiscal Protector Cacho de Santillana. Sin embargo, lo que a éste parece haberle importado, y decidido a colocar en este punto concreto la mención del antedicho rescripto, es única o principalmente el nombre de la destinataria del mismo: Atalanta. Pues ello le da la posibilidad de comenzar el siguiente párrafo, último del Memorial, con una frase como ésta: “La vincia del Pirú (sic), Atlanta, que sobre sus hombros sustenta al mundo viejo, y sus gastos y prodigalidades a millones, Patria y Madre de los Indios, aprovechándose del consejo de Antonino, pide para sus hijos otro protector, porque no está segura con el que tienen, deseable idóneo, y de la misma provincia, porque siendo tal (y) cumpliendo con las obligaciones de su oficio, cuidará del provecho y la utilidad de los indios”.

Siguiendo en el mismo estilo, Cacho recuerda que el nombramiento de Protector debe hacerse por el Rey, porque el Rey es “fuente, y origen de todas las dignidades” y “corazón

³⁶.- *De legatis et fideicommissis* (D. 32,65), 3, *Marcian. 7 instit.: omne artificium incrementum recipit*, de donde el principio esgrimido por Cacho: *artificium namque per exercitium recipit incrementum*; cfr. *Memorial*, art. III, nota q (p. 212).

³⁷.- *De officio procuratoris Caesaris vel rationalis* (D. 1,19); cfr. *Memorial*, art. IIII, nota m (p. 215).

³⁸.- Vid. al respecto F. ARVIZU GALARRAGA, *El Fiscal de la Audiencia en Indias y su paralelo castellano* (siglos XVI y XVII), en Poder y presión fiscal en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII), Valladolid, 1986, pp. 203 y ss.; T. POLANCO ALCÁNTARA, *Las Reales Audiencias en las provincias americanas de España*, Madrid, 1992, pp. 75 y ss., pp. 114 y ss. sobre la protección de los indios por las Audiencias.

³⁹.- Otro ejemplo anterior puede verse, en el Memorial, artículo III, nota o (p. 211), con ocasión de la defensa que hace CACHO de su propio candidato para el cargo de Fiscal Protector, el doctor don LEANDRO DE LA RYNAGA SALAZAR. De él dice, entre otras cosas, que escogiendo tales personas para el oficio de Fiscal Protector, estarán tan bien defendidos y amparados los indios como si V.M. inmediatamente lo hiciese. Encarecimiento de que usó AURELIO ARCADIO hablando del Prefecto Pretorio en estas palabras: *Quia credivit princeps, eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et gravitate ad huius officii magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos esse pro sapientia, ac luce dignitatis suae, quam ipse foret iudicaturus* (cfr. *De officio praefecti praetorio*, D. 1,11,1, Aur. Arc. Char. 1.s. de off. praef. praet.); la cita nos parece puramente ornamental y en este sentido “barroca”. Por lo demás, LEANDRO DE LA RYNAGA (o LARRINAGA) SALAZAR, que ejerció mucho tiempo de Abogado general de los indios, es el padre de JUAN DE LARRINAGA SALAZAR, autor de uno de los Memoriales sobre el oficio de Protector que hemos citado supra en la nota 6.

⁴⁰.- *Qui petant tutores vel curatores* (CJ. 5,31), 3, *Imp. Antoninus* (215); cfr. *Memorial*, art. IIII, nota l (p. 215).

de la república que envía los espíritus vitales a los demás miembros”⁴¹. Y concluye así: “dando los indios, a V. Majestad, como a su corazón los alimentos necesarios de oro y plata, a precio de su sangre, y vidas: debe V. Majestad, para que haya de una a otra parte recíprocos socorros, darles los espíritus vitales del consuelo, amparo y protección, que piden, y suplican por este memorial”.

⁴¹.- De diversis officiis et apparitoribus iudicum et probatoriis eorum (CJ. 12,59), 9, Imp. Leo (470?); Partidas, II,1,5; cfr. *Memorial*, art. IIII, notas n y o (p. 215).

