

## Los Ministros de Justicia

Si en el *Thesaurus Avendaño* dedica un título a cada uno de los estamentos del gobierno de las colonias, resultaba obvio que uno de estos títulos estuviera consagrado a los oidores. Pero llamaba la atención en su lectura la importancia que el autor otorgaba a estos magistrados; a primera vista, al menos, aparecía como excesiva, tanto como para que afirmara que su función era “la de más importancia en la República”.<sup>1</sup> Una primera impresión corroborada por otras posiciones del autor, como la de conceder a los oidores una representatividad regia aparentemente mayor que la de los propios virreyes, y exigir para aquéllos unas cualidades que no exigía para éstos, cualidades similares a las exigidas para los miembros del Consejo de Indias; esto es, las mismas que para los reyes.<sup>2</sup>

De ahí que buscáramos el motivo de esta preeminencia concedida por el autor a estos magistrados. Que los superiores hubieran delegado en ese cuarto estrato, constituyéndolo en baluarte de la justicia;<sup>3</sup> y que, como tales administradores de justicia, los oidores fueran la representación misma del rey, parecían motivos más válidos y hasta suficientes. Pero buscábamos un motivo que, junto con la validación teórica, diera explicación también a nivel

<sup>1</sup> Tít IV, n. 14.

<sup>2</sup> ID., n. 1.

<sup>3</sup> ID., n. 15.

de la práctica, a nivel de la vida misma de las colonias. Hasta que dimos con ese motivo que, como no podía ser menos, estaba ahí, demasiado obvio, y por obvio no resaltado por Avendaño. Y estaba, como correspondía, muy al principio del título y, como correspondía a un autor religioso, enmarcado en su comentario a un pasaje bíblico: “el juez sabio juzgará a su pueblo y el gobierno del sensato será firme; según el juez del pueblo, así son sus ministros”.<sup>4</sup> Texto que el jesuita piensa que “a nadie aplicarás mejor que a los Católicos reyes de España”, y que “muestra admirablemente cómo puede conservarse lo que ha sido adquirido”; y cómo “crecerá o se extenderá su principado y florecerá por largo tiempo”.<sup>5</sup>

En efecto, para el momento en que escribe Avendaño, habían quedado atrás las discusiones tenidas en el siglo anterior sobre si España debía o no conservar las colonias. Ante la opción tomada de conservarlas, Avendaño ve en los oidores la clave fundamental para esa conservación. Ésta, para el autor, dependería fundamentalmente de cómo fueran y se comportaran esos oidores. Porque —y es una idea reiterativa en nuestro autor— el tener en sus manos la administración ordinaria de la justicia hacía de estos oficiales reales elementos fundamentales de la administración de las colonias. También Solórzano Pereyra consideraba las audiencias el alma de la República.<sup>6</sup>

Ya se vio cómo la audiencia surgió como el momento en que el rey entraba en contacto directo con su pueblo para realizar la principal actividad regia, la administración de justicia; y cómo muy pronto esta actividad quedó encomendada a los oidores. Siendo así, éstos —que desempeñan esta actividad principal del rey— se constituyen en sus principales representantes. Más aún en Indias, en donde la posibilidad de una presencia física del rey era muchísimo más remota que en cualquiera de las ciudades de la metrópoli.

Dada esa importancia, Avendaño comienza el título con unas consideraciones sobre las cualidades morales y humanas que de-

<sup>4</sup> Eccli 10, 1 y ss.

<sup>5</sup> Tít. IV, n. 1.

<sup>6</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. III, n. 8.

bían reunir los oidores. Éstas están resumidas en la primera frase del capítulo: "A los oidores de Indias ha de aplicarse prácticamente lo mismo que se discutió en el Título II acerca de los Señores del Consejo Supremo. Excepto que aquéllos deben aspirar activa y diligentemente a algo más en lo que respecta a la excelencia de costumbres y ejemplo de vida".<sup>7</sup> Y de los consejeros afirma a su vez que "dicho en el Título precedente sobre las obligaciones de los reyes Católicos se aplica, en su mayor parte, al Real Consejo de Indias".<sup>8</sup> En definitiva, las cualidades de los oidores deberían ser copia de las que adornaban a los reyes, de quienes eran representantes. Y, en definitiva también, la responsabilidad de la conservación de las colonias descansaba sobre los hombros de los oidores.

La lejanía del Consejo de Indias hubo de ampliar las funciones de las audiencias de las colonias hasta hacer de ellas, en la práctica, algo así como un Consejo de Indias en Indias. En efecto, además de conocer las causas civiles y criminales,<sup>9</sup> eran tribunal de apelación,<sup>10</sup> con facultad para avocar a ellas algunas causas;<sup>11</sup> tenían encomendado el gobierno en caso de enfermedad o muerte del Virrey,<sup>12</sup> en cuyo caso el oidor más antiguo fungía de presidente; y un oidor debería estar siempre por turno en visita.<sup>13</sup> Se encargaban también de la fiscalización de bienes de difuntos, Tribunal de Cruzada, asuntos concernientes al patronato, regalías<sup>14</sup> y casos de usurpación de la jurisdicción real.<sup>15</sup>

Es lógico, por lo tanto, que Avendaño se apresure, ya desde el prólogo del Título IV, a perfilar la peculiar figura del cargo de oidor

<sup>7</sup> Tít. IV, n. 1.

<sup>8</sup> Tít. II, n. 1.

<sup>9</sup> Ordenanzas de las Audiencias de Indias, 1563: ENCINAS II, p. 4.

<sup>10</sup> Carta del rey a la Audiencia de México, de 1552: ID., I, pp. 240-241.

<sup>11</sup> Cédula del 19-3-1570, a la Audiencia de Santo Domingo: ID., II, p. 16.

<sup>12</sup> Cédulas de 1-10-1568 a la Audiencia de Quito; de 19-3-1550 a las Audiencias de Perú y Nueva España; a la Audiencia de Lima, misma fecha; ID., I, pp. 247, 252 y ss.

<sup>13</sup> Ordenanza de las Audiencias de Indias, 1563: ID., II, pp. 115 y ss.

<sup>14</sup> Cédula general, 1-6-1574: ID., I, pp. 83 y ss.

<sup>15</sup> Cédula a la Audiencia de Santo Domingo, 13-2-1559: ID., II, p. 31.

y a dejarla en buen lugar, al menos a nivel teórico; saliendo al paso de las maledicencias a que —a nivel práctico— daba lugar la actuación de no pocos oidores que o no reunían las cualidades requeridas, o no cumplían debidamente con sus obligaciones. Ello originó un cierto desprestigio social de estos magistrados, tanto como para que el jesuita considerara este oficio poco envidiable; no sólo por el especial régimen de vida que se exigía a los oidores (“obligaciones ni pocas ni triviales”); también —y casi como consecuencia de ello— porque el jesuita llegaba a considerar el cargo como un obstáculo para la salvación de quien lo ejercía.<sup>16</sup>

Si nuestro autor descubría tal obstáculo, lo hacía sin duda observando la conducta de oidores de su entorno. Y si esta conducta los llegó a hacer despreziables, hubo de ser también la que orientó a Avendaño al momento de enumerar las cualidades que debían reunir estos magistrados y de seleccionar —de las muchas prescritas— las obligaciones inherentes a su cargo. Unas y otras fueron sobre las que nuestro moralista sentía más necesidad de llamar la atención a la conciencia de los oidores por considerar que eran las más frecuentemente violadas.

Por encima de la sospecha inicial que pueda surgir sobre ello en el lector, hay pasajes del texto que lo sugieren con suficiente claridad. No sólo porque señalar las virtudes que han de tener le sirve para que vaya haciendo discretamente un catálogo de los principales vicios que descubre en los oidores y que justificaban la opinión común poco favorable y el desdén con que se les veía. La denuncia es a veces explícita, como la de la ambición de los oidores, a lo que llama nada menos que “vicio peculiar” de los tales.<sup>17</sup> La mayoría de las veces la denuncia no es general, sino que viene motivada precisamente por hechos que evidencian violación de prohibiciones u obligaciones; o por disposiciones regias dirigidas a eliminar abusos detectados.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Tít. IV, nn. 0, 6.

<sup>17</sup> ID., n. 7.

<sup>18</sup> Véase, p. ej., el comienzo de ID., nn. 109 y 33.

## Cualidades

“Ni para gobernar ninguna otra provincia ni para solventar ningún otro asunto se necesita mayor sabiduría, integridad y piedad”, había expresado Acosta, refiriéndose a las Indias.<sup>19</sup> Y sabiduría y probidad exige también para los oidores Avendaño quien considera que, como representan en Indias la justicia del propio rey, “deben brillar con especial nobleza de conducta”,<sup>20</sup> si no quieren poner en jaque la majestad del rey y de la justicia. Les exige por ello una primera cualidad, más importante —según él— en el oidor de Indias que en el de “otras regiones de menos riesgo”: la probidad;<sup>21</sup> esto es, integridad y honradez.

Así estaba previsto por la Corona: “busquen siempre para ministros de justicia tales personas, y de tanta virtud y ciencia, y experiencia...”.<sup>22</sup> De no ser así, peligraría lo que para nuestro autor es “asunto el más importante de todos”<sup>23</sup> y que justificaba la presencia de España en América: el confirmar y difundir la fe cristiana. Porque ¿qué estima del evangelio podrían tener los indios, cuya fe incipiente había que confirmar, si estando al servicio de un oidor comprobaran que su actuar no se correspondía con lo que decían ser? “Las mentes de los indios —decía tiempo atrás el también jesuita Acosta— aún débiles y rudas, no saben juzgar de los cristianos y del mismo Cristo sino por lo que ven en los nuestros, sobre todo en los principales y que gozan de máxima autoridad”.<sup>24</sup> Avendaño prefiere ilustrar estas palabras con una experiencia de aquel momento de la vida peruana (“cuando escribo esto”), y que constituye la única vez —hasta aquí, al comienzo de este Título IV— en que menciona en el Thesaurus el tema de la conversión de los negros: refiere el caso de uno de ellos que rechazaba el bautismo porque “podía salvarse en cualquiera que fuera su religión;

<sup>19</sup> ACOSTA, Procuranda pp. 410-411.

<sup>20</sup> Tít. IV, nn. 4, 1.

<sup>21</sup> ID., n. 2.

<sup>22</sup> Ordenanza de 1571: ENCINAS, I, p. 11.

<sup>23</sup> Tít. IV, n. 2.

<sup>24</sup> ACOSTA, Procuranda, III, c. 4, n. 6, pp. 410-411.

puesto que quienes argumentaban la necesidad de la nueva religión y observancia de la nueva ley demostraban con sus obras que no era cierto lo que decían”.<sup>25</sup>

Para nuestro autor esta primera cualidad habría de tenerse muy en cuenta al momento de la elección de los oidores. Haciéndose de nuevo eco de Acosta, quien pensaba que “es de suma importancia procurar que los ministros y magistrados que se mandan para gobernar a los indios sean escogidos entre los mejores cristianos” y que “todo estado y todo gobernante deben tener el máximo de cuidado en confiar los cargos y los poderes públicos a los ciudadanos mejores y más capacitados”,<sup>26</sup> Avendaño arremete sin ambages:

para que no suceda con los Jueces —se queja, en una nueva alusión a la realidad peruana— lo que experimentamos en las mercancías traídas de Europa. Pues en cuestión de seda, paños, lienzos y similares se nos envían los que se consiguen peores, con roturas o manchas, mezcladas con otros para ocultar los defectos. Con ello los europeos parecen opinar que para Indias cualquier cosa es buena.<sup>27</sup>

Una práctica que no debía ser muy infrecuente, incluso a otros niveles. En el informe que se levantó sobre el controversial y también jesuita P. Luis López, el notario incluía la acusación de que éste se quejaba —entre otras cosas— porque el rey “no proveía obispos tales, ni de clérigos sino el deshecho (sic) de España”.<sup>28</sup>

La piedra de toque para juzgar sobre la idoneidad de los candidatos a oidor es para Avendaño su ambición; no precisamente la de quienes, juzgándose capaces, solicitaban el cargo,<sup>29</sup> sino la de aquellos que, aprovechando o no la eventual insuficiencia de las arcas de la Corona, llegaban a ofrecer un dinero por la desig-

<sup>25</sup> Tít. IV, n. 2.

<sup>26</sup> ACOSTA, Procuranda, III, c. 4, n. 1, pp. 402-403 y n. 3, pp. 404-405.

<sup>27</sup> Tít. IV, n. 3.

<sup>28</sup> Cfr. “Hechos por el Maestro Luis López, de la Compañía del Nombre de Jesús, en deservicio de S. M. y del Gobierno y Audiencias”, en ACOSTA, Procuranda, Apéndice V, p. 654.

<sup>29</sup> Tít. IV, n. 3. Así piensa también SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IV, n. 8.

nación. El que compra un oficio, vende la justicia, y donde hay avaricia no hay justicia, podría añadir Solórzano.<sup>30</sup>

En efecto, a pesar de las sensatas disposiciones de años atrás, (“... que en la provisión dellos no consientan, ni permitan que intervenga ningún género de precio, ni interés, por vía de negociación, venta, ni ruego, directa, ni indirectamente...”),<sup>31</sup> durante los tres últimos cuartos del siglo XVII la escasez de recursos de la Corona la obligó a la venta de ciertos cargos. Sobre todo la de aquellos, como los de escribano, que en su ejercicio permitían el cobro de honorarios. También, aunque en menor número, los cargos que, siendo meramente honoríficos, permitían algún control y manipulación, como el de los regidores, que manejaban información útil para los negocios y que les permitía a ellos mismos buenas utilidades negociando con ella. Y, en menor escala, a partir de 1633, época de Avendaño, los cargos por los que el rey pagaba un sueldo, como el de los jueces.<sup>32</sup> No obstante estas ventas no constituían ninguna novedad. Ya en el siglo anterior encontramos cédulas que normaban la venta del oficio de escribano y de Alférez Mayor en Nueva España, y de Alférez Mayor y Alguacil Mayor en la provincia de Cartagena.<sup>33</sup>

En menor escala, decimos, las magistraturas de justicia, pues además de verse este caso como más grave, por estar en juego asunto tan delicado como la administración de justicia, no faltaron varones prudentes que se opusieran a este procedimiento, como Cristóbal Moscoso, miembro del Consejo de Indias, en su Discurso sobre si es lícito a los reyes vender los oficios de la Administración de Justicia,<sup>34</sup> y el propio Solórzano, quien comenta que los que así compran sus cargos frecuentemente procuran sacar después en su ejercicio lo que desembolsaron y cien veces más.<sup>35</sup> De todos modos, siempre quedaba el subterfugio de no “comprar” el puesto, sino

<sup>30</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IV, nn. 7, 11.

<sup>31</sup> Ordenanza de 1571: ENCINAS, I, p. 11.

<sup>32</sup> PÉREZ HERRERO, P., América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII, Madrid, 1992, pp. 101-102.

<sup>33</sup> Memorial de 1557, ENCINAS I, p. 278; Cédula de 1591, ID. I, p. 279.

<sup>34</sup> Madrid, Biblioteca de Palacio, ms. 2843, fls. 32-53.

<sup>35</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IV, nn. 7 y ss.

obtenerlo por el llamado “servicio” al rey, que no era otra cosa sino un “donativo gracioso” a la Corona en agradecimiento a la concesión del cargo. Entonces como hoy los eufemismos pecuniarios abundaban. Era el mismo procedimiento que se utilizó con la finalidad de obtener dispensa de algunos impedimentos y con el que, según frase no poco maliciosa de Avendaño, se desvanecían los inconvenientes, a su parecer exagerados por las leyes.<sup>36</sup>

Gracioso subterfugio y procedimiento para obtener esas gracias reales, producto de la casi endémica escasez de recursos de la Corona, que recurre a la venta de títulos nobiliarios y cargos públicos; por más que, en un principio, estuviera limitada a los llamados “oficios de pluma”, los de las distintas clases de escribano. Ya en 1557 conseguimos instrucciones sobre ello;<sup>37</sup> cada vez más laxas, permitiendo su transmisión al heredero, mediante pago del tercio del precio al rey;<sup>38</sup> hasta llegar a la cédula del 14 de diciembre de 1606 por la que el cargo comprado podía volverse a vender mediante el pago al rey de la mitad de la venta, la primera vez, y un tercio en ocasiones sucesivas.

En pleno siglo XVIII, oficios como los de Presidente, Capitán General y Gobernador del Nuevo Reino, fueron conseguidos por D. Francisco Meneses y D. Baltasar Carlos de Duero, mediante donativos de cuatro mil pesos hecho por el primero, y de diez y seis mil pesos, hecho por el segundo. A. D. Juan de Coton, guarda Damas de la Reina, se le concedió por Real Cédula de 16 de marzo de 1743, el título de Gobernador del Chocó, por cinco años, en atención a sus méritos y por el servicio pecuniario que hizo de ocho mil pesos de a quince reales cada uno.<sup>39</sup>

Solórzano Pereyra es abiertamente opuesto a estas ventas, al menos en lo que concierne a las Indias. Piensa que “de estas compras resulta la destrucción y asolamiento de las ciudades... los que

<sup>36</sup> Tít. IV, n. 129.

<sup>37</sup> Memorial a las Audiencias, 1557: ENCINAS, I, pp. 278-279; cfr. Cédula de 1591 al Gobernador de Cartagena: ID., pp. 279-280.

<sup>38</sup> Cédula de 13-11-1581 a Martín Enrique, Virrey del Perú: ID., I, pp. 280 y ss.

<sup>39</sup> OTS, Estado p. 47.

las hacen, no sólo sacan tres, sino diez veces más de la costa a los pobres vasallos". Por ello, ha de procurarse

con gran cuidado que no los pretendan ni consigan por dinero, dádivas ni otros medios ilícitos, porque esto fue siempre no sólo dañoso, sino mortal a las repúblicas... los magistrados y potestades sólo se han de comprar con el precio de la virtud... pocas veces o nunca acontece que uno deje de vender el oficio que primero compró, y que en llegando adonde le ha de ejercer, no procure sacar de él con usuras más que centésimas lo que adelantó para conseguirle.<sup>40</sup>

Sin embargo,

no por lo que se ha dicho son dignos de reprender ni desechar los que sintiendo en sí partes y letras para merecer y servir estos cargos, tratan de pretenderlos y de darse a conocer para conseguirlos, buscando para ello algunos honestos favores y medios...; lo que noto y reprendo es la torpe entrada y ambición venal de tales oficios que... les está siempre forzando a pensar de dónde sacarán lo que desembolsaron.<sup>41</sup>

En esa misma línea el único precio apropiado para adquirir estos cargos son también para Avendaño las señaladas sabiduría y probidad; "quien se apoya en el favor del dinero muestra suficientemente que aquéllas no le recomiendan". Como ejemplo de conducta que hay que seguir, Avendaño alega la del oidor de Quito Luis Quiñones, quien prefirió repartir sus bienes entre los indigentes de Madrid, resultando luego éstos los mejores pregoneros de la probidad del candidato.<sup>42</sup> Quien para demostrar su idoneidad se apoya en la venalidad manifiesta a las claras que no puede aprontar el único precio apropiado, sabiduría y probidad. Este tal es para Avendaño, literalmente, un monstruo. Y alega un texto de Isidoro Pelusiotá,<sup>43</sup> según el cual hasta los bárbaros condenan

<sup>40</sup> SOLÓRZANO, Política, L. VI, c. XIII, n. 3; y L. V, c. IV, n. 7.

<sup>41</sup> ID., L. V, c. IV, n. 8 y ss.

<sup>42</sup> Tít. IV, nn. 3 y ss.

<sup>43</sup> Nacido en Alejandría o Pelusio en la primera mitad del siglo V, y monje en esta ciudad; en un estilo elegante, escribió unas dos mil cartas contra el nestorianismo, hoy distribuidas en cinco libros. Pelusio, Pelusa o Pelusia,

a quien pretende comprar un puesto para gobernar “aunque sólo sea a los Capadocios” (!). Y otro más de Claudiano: “La autoridad sólo se compra con la virtud”.<sup>44</sup>

Con la virtud, añade nuestro autor, acompañada de la sabiduría porque “donde no resplandece la luz de la sabiduría, no cabe esperar justicia” (¿sutil acusación de incapacidad mental por parte de Avendaño hacia ciertos oidores?). Por más que se suponía que los oidores cumplían el requisito de sus estudios en leyes,

(mandamos que ningún letrado pueda haber ni haya oficio ni cargo de justicia, ni pesquisidor ni relator en el nuestro Consejo, ni en las nuestras audiencias, ni chancillerías..., si no constare por fe de los notarios de los estudios haber estudiado en los estudios de cualquier universidad... estudiando derecho canónico o civil, a lo menos por espacio de diez años<sup>45</sup>)

insiste —ya sin sutilezas— en que “no les excusa ni la ignorancia, ni la altura de su estado”; y no es suficiente que para obviar su ignorancia se rodeen de buenos abogados; ello sería proceder, al modo de los ciegos, con ojos ajenos.<sup>46</sup>

Junto al requisito de la sabiduría, como parte de ella quizá, Solórzano requería la experiencia.<sup>47</sup> Nuestro autor no alude a ella aquí. Se nos tachará de maliciosos; pero, en base a otro pasaje del título, sospechamos que su propia experiencia de Lima le hacía ser cauto en el tema. No fuera que, por aquello de “aetate rectius sapimus”,<sup>48</sup> se le pasara la mano al Consejo de Indias, como se le pasó en la elección de aquel Alcalde del Crimen enviado a Lima: “... pues se eligen hombres ya inútiles por su ancianidad o impedidos por enfermedades incurables. Al presente, en esta Audiencia de Lima, uno de éstos está totalmente ciego; aunque tuviera buena vista, en modo alguno sería idóneo a causa de otros impe-

hoy Tineh, situada en la desembocadura del Nilo, fue también cuna del geógrafo Tolomeo.

<sup>44</sup> CLAUDIANO, *Panegyricus de tertio consulatu Honorii Augusti*, 188.

<sup>45</sup> Ley 2, lib. 3, tít. 9 de los Alcaldes Ordinarios, 1566: ENCINAS III, pp. 9-10.

<sup>46</sup> Tít. IV, n. 4, 16.

<sup>47</sup> SOLÓRZANO, *Política*, L. V, c. IV, n. 3.

<sup>48</sup> “Con la edad nos volvemos más sabios”: TERCENCIO, *Adelphi*, 832.

dimentos de los dichos con los que llegó”. Si tenemos en cuenta que Avendaño comenzó a escribir el Thesaurus a los sesenta y tres años de edad<sup>49</sup> y que estas consideraciones las hace ya finalizando el Título IV, podremos hacernos idea de la edad del alcalde a quien nuestro autor considera demasiado anciano para ponerlo a trabajar. “Hónrese a los ancianos —continúa el jesuita— pero sin deshonor de los cargos; y a quienes son más aptos para el ocio que para el negocio, asígneseles lo adecuado a sus fuerzas”.<sup>50</sup>

Establecida la “conditio sine qua non” de los oidores, probidad y sabiduría, Avendaño continúa exigiéndoles, en primer lugar, castidad.<sup>51</sup> Una cualidad de la que no se adivina fácilmente cuál pueda ser su relación con la administración de justicia, por más que nuestro autor alegue de seguido la frase de San Máximo: “sólo un hombre púdico puede ser juez en causa de castidad”. De no ser, simplemente, que el jesuita no quiera que los oidores, que debieran ser “venerandi”, se conviertan en “venerarii”.

Para resolver nuestras dudas el jesuita apela al caso bíblico de la casta Susana, sorprendida por los dos ancianos jueces licenciosos mientras se bañaba en su jardín.<sup>52</sup> La tradición filosófica había colocado a la admiración como origen de toda Filosofía<sup>53</sup> y a ésta como una búsqueda de la verdad y la sabiduría. Pero estos sabios jueces no admiraban precisamente en Susana su verdad, y ni siquiera su belleza —proporción y armonía—, equivalente estético de la verdad. Su filosófica admiración parecía movida sólo por la extraña coincidencia “sui generis” de materia y formas. Movidos por su concupiscencia, los ancianos fueron incapaces de juzgar con imparcialidad. “Perdieron la cabeza —reza el texto bíblico<sup>54</sup>— olvidando sus justos juicios”.

Pero Avendaño saca aún otra consecuencia de la concupiscencia: “he aquí —sentencia— la estirpe de lujuria, la injusticia hipó-

<sup>49</sup> Cfr. MUÑOZ GARCÍA, Thesaurus, p. 14.

<sup>50</sup> Tít. IV, n. 162.

<sup>51</sup> ID., n. 5.

<sup>52</sup> Dan. 13.

<sup>53</sup> Cfr., p. ej., ARISTÓTELES, *Metaphysica*, I, 2, 982b 12; PLATÓN, *Teeteto* 155 D.

<sup>54</sup> Dan. 13, 9.

crita, que ni teme a Dios ni respeta a los hombres". Injusticia hipócrita: esto es, la doblez o hipocresía, vicio del que adolecían claramente los ancianos del pasaje bíblico; vicio que hacía rechazar a algunos el bautismo, asunto éste el más importante de la Colonia;<sup>55</sup> y vicio del que indudablemente Avendaño desea ver libres a los oidores, para que puedan ser temerosos de Dios y respetuosos de los hombres. En una palabra: para que puedan ser justos y no siguieran repitiéndose casos como los ya citados de los García de la Plata y su gentil Negreiros, Manuel de Castro y Padilla,<sup>56</sup> Blas Torres Altamirano,<sup>57</sup> el otro oidor mujeriego enviado por ello a España por el virrey<sup>58</sup> o los noctámbulos merodeadores limeños. Éste parece ser el verdadero motivo que inclinó al jesuita a incluir la castidad como virtud necesaria a los oidores: oponerse a la vida demasiado cortesana, impropia de estos hombres de Corte.

A la castidad ha de acompañar en los oidores la modestia.<sup>59</sup> Si anteriormente había señalado que la opinión común no solía serles muy favorable,<sup>60</sup> ahora insiste en que el orgullo y la jactan-

<sup>55</sup> Tít. IV, n. 2.

<sup>56</sup> Su segundo matrimonio en 1616, con Ana María Isazaga Zárate causó revuelo en Lima. Previamente, para tratar de evitar la prohibición que tenían los oidores de casarse con oriundas de la provincia de su Audiencia, el virrey Montesclaros había destinado en 1614 al padre de la novia como Corregidor a Paria. En tal situación se preparó la boda, en la que actuó de padrino el propio virrey. Pero al año siguiente éste es sustituido por el Príncipe de Esquilache quien, poniendo de manifiesto el impedimento legal para el matrimonio, abre expediente al oidor y lo suspende del cargo en 1616. El propio Solórzano Pereyra, compañero de Audiencia de Castro, alude al hecho (cfr. Política, L. V, c. IX, n. 25. Sobre Castro y Padilla cfr. también MOREYRA PAZ, M., Biografías de oidores del siglo XVII, Lima, 1957, pp. 65-79; ID., Oidores, p. 100; LOHMANN Ministros, pp. 162 y ss.

<sup>57</sup> De Blas Torres Altamirano, "Federico González Suárez... nos retrata la fisonomía moral de sus años mozos diciendo que era hombre de carácter inquieto y de pasiones sin morigeración. Enseguida pasa a recordar los escándalos de su vida privada, sonadísimos y que, en razón de su visibilidad de magistrado, llegaron a hacerse intolerables. Puntualiza los amores tortuosos que tenía con una matrona casada y los bebedizos que hizo tomar al marido": MOREYRA, Oidores, pp. 118-132, quien en p. 119 cita a GONZÁLEZ SUÁREZ, F., Historia de la República del Ecuador, Quito, 1893.

<sup>58</sup> Tít. IV, n. 2.

<sup>59</sup> ID., n. 6.

<sup>60</sup> ID., n. 0.

cia —en lo que “suelen errar en exceso”— los hace aún “más” despreciables y objetos de desdén, llegando esto a veces a provocar tumultos sociales. Por alto que sea el cargo que ocupan, sepan que podrán encumbrarse siempre más por el camino de la humildad. El consejo de Cristo “aprended de mí que soy manso y humilde”<sup>61</sup> no fue dirigido solamente —dice Avendaño— a monjes y eremitas. Siendo Él juez de vivos y muertos, los jueces deben aprender de Él mansedumbre y humildad.

Echando mano de nuevo a la Biblia, Avendaño juega con los significados de los nombres bíblicos, Tartán y Azoto. Más que como “copero mayor”, el jesuita argumenta con la significación que San Jerónimo da de “Tartán”, nombre con que se designaba entre los asirios al oficial de mayor rango tras el rey. Este dignatario mayor es quien, en 711 a. C. y por órdenes del rey asirio Sargón II, sitió y saqueó la ciudad filistea de Azoto, la ciudad —según la significación del mismo San Jerónimo— del “fuego de libertinaje”. De ahí concluye que quienes, como los oidores, ocupan los puestos de mayor rango deben vencer todo fuego y esclavitud de libertinaje y concupiscencia. Si antes relacionó la lujuria con la injusticia, ahora lo hace con la soberbia.<sup>62</sup>

Finalmente, los jueces han de estar libres de lo que el autor considera nada menos que vicio peculiar de los oidores de Indias y que mata toda garantía de justicia: la ambición de oro y plata.<sup>63</sup> La Corona lo había previsto prohibiéndoles aceptar siquiera “poderes de partes para negocios, ni para cobranzas de haciendas”; incluso no dejarse “acompañar de las personas que traten pleitos en esa audiencia, ni deis lugar a que acompañen vuestras mujeres”.<sup>64</sup>

Para fustigar esta ambición Avendaño recurre de nuevo a un pasaje de la Escritura: “¡Ay de la corona soberbia, borrachos de Efraím, y de la flor marchita de su esplendoroso ornato!”<sup>65</sup> “¡Ay

<sup>61</sup> Mat. 11, 29.

<sup>62</sup> Cfr. Is. 20, 1; SOLÓRZANO, Política, L. V, c. 8.

<sup>63</sup> Tít. IV, n. 7.

<sup>64</sup> Cédula de 17-7-1562 al Virrey de Perú Francisco de Toledo: ENCINAS I, p. 360. Y Cédula de 28-2-1580 a la Audiencia de Panamá: ID. I, p. 361.

<sup>65</sup> Is. 28, 1.

de la corona soberbia!", esto es, ay de los principales, de la flor y nata de Efraím, de quienes, por estar encumbrados en los altos cargos, hacen sus vicios más manifiestos a los demás. Y, aunque la Vulgata reprocha la embriaguez de soberbia, Avendaño recurre a la versión de Los Setenta que, en vez de "borrachos", trae "mercenarios" de Efraím;<sup>66</sup> esto es, los jornaleros, los que sólo se mueven por dinero. No otra cosa puede esperarse de tales jueces, borrachos con el vino de la avaricia, sino la violación de la justicia. Resultan como Judas, también efraimita, borracho no de vino, sino de avaricia. A él siguen los jueces cuando, "ebrios por el vino de la avaricia y el insano veneno de las víboras", traicionan a los pobres, obrando injusticias con ellos. Venenoso vino que, según Avendaño, emborrachaba a los muy poderosos señores, en quienes se mezclaba "la acostumbrada bajeza de avaricia".<sup>67</sup>

Al respecto, y por más que se refiera a oidores del siglo XVIII, cabe pensar que en los días de Avendaño se dieron hechos como los que recoge Lohmann Villena. Citaremos solamente un par de ellos y su comentario:

Los togados de la Audiencia de Lima "... mal avenidos con la veneración del recato, se han entregado a un total desenfreno, que no es aquel común que tienen todos los Jueces del mundo porque son hombres, sino por uno muy particular que los constituye fieras, porque en este país, adonde todo es abundancia de oro y plata, unida la ambición con el poder y mutuados a un dictamen oidores y Virreyes, es lo mismo que unirse los lobos y los canes a devorar un rebaño". Los magistrados, sobre todo a partir de 1700, se habían aplicado cada vez con mayor descaro a quehaceres mercantiles, a la administración de predios rústicos, al manejo de caudales, en suma, a actividades completamente reñidas con su ministerio.

Y este otro: "Bravo del Ribero y don José de Tagle 'se tragaron' 120 000 pesos de la Caja de Bienes de Difuntos".<sup>68</sup>

<sup>66</sup> "Misthotoi" (vv. 1 y 3), "methýontes" (v. 1).

<sup>67</sup> Tít. IV, n. 67.

<sup>68</sup> LOHMANN, *Ministros*, p. LXXXVI, citando a MONTERO, V., *Estado Político del Reyno del Perú*, Madrid, 1747; y p. LXXX, citando a AGI, Lima, 639.

Tras enumerar las cualidades que opina imprescindibles en los oidores, Avendaño pasa a enumerar algunas de las obligaciones inherentes a su cargo. La Corona había ido estableciendo para los oidores un código de conducta compuesto —al decir de nuestro autor— por obligaciones que no eran “ni pocas, ni triviales”,<sup>69</sup> y que requería de los oidores una vida ejemplar, de muy exigente cumplimiento; demasiado exigente, al parecer tanto como para que Lohmann Villena se vea obligado a opinar:

En las Indias era una proeza prácticamente inasequible reunir todos los requisitos exigidos por la legislación... Las pautas eran tan draconianas que de hecho convertían a las mismas en nugatorias. Solamente si hubiesen sido cuerpos gloriosos los destinatarios de tan rigurosos mandatos, hubiera estado a su alcance el cumplirlos al pie de la letra.<sup>70</sup>

La lista de esas obligaciones sería larga. Nuestro autor, repetimos, se refiere sólo a algunas de ellas. No todas; sólo aquellas que en su entorno veía más frecuentemente violadas —como el caso de los oidores que no consideraron suficientemente honorífico el saludo de un predicador en su sermón, por lo que le impusieron una satisfacción pecuniaria—,<sup>71</sup> o que nuevas disposiciones regias venían a urgir su cumplimiento —como el rescripto regio que intimaba a las Audiencias a estar alerta sobre ciertos abusos de los párrocos al cobrar los derechos funerales, matrimoniales y otros—.<sup>72</sup> Nos detendremos en algunas de ellas.

### Obligaciones: “No aceptar dádivas ni presentes”

Si es verdadera nuestra suposición de que Avendaño eligió referirse a las obligaciones que los oidores más violaban, habremos de concluir que los cohechos estaban en Lima a la orden del día pues la primera de tales obligaciones que estudia es precisamente la de no aceptar dádivas ni presentes. Si nuestra suposición no es

<sup>69</sup> Tít. IV, n. 0.

<sup>70</sup> LOHMANN, Ministros, p. XXI.

<sup>71</sup> Tít. IV, n. 109.

<sup>72</sup> ID., n. 33

verdadera será porque la ambición, tema con el que terminaba el capítulo de las cualidades del oidor, le da paso a iniciar el Capítulo II del Título IV con esta obligación.<sup>73</sup> Ya había tratado el tema en el Título III.<sup>74</sup> En verdad se trataba entonces de las obligaciones de los virreyes; y comenzaba advirtiendo que era una obligación que afectaba de modo especial a los virreyes de Indias, más que a los otros, porque en ellas “la abundancia puede ser mayor y el valor de los regalos superior”.<sup>75</sup> Ahora, con los oidores la obligación se acentúa porque en opinión del autor éstos habían de ser modelos de vida, mejores aún que los mismos Consejeros de Indias.<sup>76</sup> La prohibición estaba recogida en varias disposiciones reales, de las que Avendaño se refiere a la siguiente: “no pueden recibir por sí ni por interposita persona presente, ni dádiva alguna de cualquier valor que sea, ni cosas de comer, ni beber, de concejo, universidad, ni de persona alguna que treatare o verosímilmente se espera que tratará pleito ante ellos”.<sup>77</sup>

A pesar de ello, resultó ser una obligación que, según Avendaño, se convirtió en el escollo con el que a menudo chocaron las naves de los oidores. Una sutil alusión a la verdadera finalidad de muchos de estos regalos; sutil alusión, por medio del muy bien logrado juego de palabras: se trata de un escollo que puede chocar con la “tabula”, la metafórica nave de la conciencia de los oidores; y “tabula”, su propio libro de contabilidad personal. De nuevo, la imparcialidad de la justicia está también en juego. Tan en juego, como para que Lohmann Villena, de nuevo, comente: “Los cohechos se consumaban sin embozo, y la justicia se vendía al mejor postor”.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Esta obligación, como otras, lo era también de otros funcionarios como, p. ej., los Oficiales de Hacienda (“en esto corren con igual suerte que los oidores”: Tít. V, n. 3) y de otros cargos. Y obligación en la que Avendaño insiste también para éstos, tanto como para que sospechemos que era una de las frecuentemente violadas.

<sup>74</sup> Tít. III, cap. 4, nn. 22-42.

<sup>75</sup> ID., n. 21b.

<sup>76</sup> Tít. IV, n. 2.

<sup>77</sup> La citada por Avendaño, Recopilación, de 1567.

<sup>78</sup> LOHMANN, Ministros, p. LXXXVII; cfr. Tít. IV, n. 8.

Avendaño hace algunas consideraciones acerca de esta prohibición. Muy similares, por cierto, a las que hacía en el Título III sobre la misma prohibición, que afectaba también a los virreyes, consideraciones a las que remite en repetidas ocasiones. De ellas parece desprenderse que el motivo principal del desprecio y desdén social que se ha señalado hacia los oidores estuvieran motivados fundamentalmente por su proclividad a recibir regalos de los ciudadanos:

nadie se mueve tanto a piedad con ellos como para inclinarse a dar por generosidad; más bien tienen por odiosos a aquellos de quienes la sola justicia o piedad no bastan para sacar algo de provecho.<sup>79</sup>

Pero, mientras en ese mismo Título III había dejado sentado algo que parece muy aceptable, en el sentido de que “los regalos hechos por consanguíneos o por otros, bajo concepto de amistad, y que se harían incluso si aquéllos a quienes se hacen no estuviesen constituidos en dignidad, están libres de pecado mortal”,<sup>80</sup> ahora, en este Título IV el probabilismo del autor le lleva a compensar su reciente exceso rigorista, con concesiones que no todo moralista estaría muy dispuesto a aceptar. No tendrían inconveniente en conceder la licitud de los regalos hechos a los oidores en razón de amistad. Pero quizá no estuvieran tan de acuerdo con la afirmación del jesuita de que tal donación sería

lícita aun cuando la amistad haya surgido en razón del cargo y su ejercicio. Por ejemplo, alguien que salió airoso en algún proceso, y habiendo experimentado en éste la benevolencia del oidor, se esforzó en corresponderle con deferencias, de donde surgió una especial amistad, no ya fundada en atención al beneficio en que tuvo origen —o más bien ocasión—, sino en la mutua inclinación y afecto, a los que los jueces no deben estar cerrados. Cuando es así, serán lícitos los regalos, al igual que lo será instituir en heredero al juez.<sup>81</sup>

No es la única concesión de Avendaño. Independientemente de la obligación de los oidores de no aceptar regalos había esta-

<sup>79</sup> Tít. III, n. 27.

<sup>80</sup> ID., n. 31.

<sup>81</sup> Tít. IV, n. 12.

blecido también en el Título III que los religiosos no pueden hacer regalos “preciosos” (oro, plata, etc.) a los virreyes, ni por gratitud, ni por ningún otro título, pues ello iría contra la edificación espiritual del prójimo, produciendo más bien escándalo.<sup>82</sup> Al aplicarlo ahora a los oidores quiere precisar que, por el contrario, son lícitos los regalos mesurados y de acuerdo con la pobreza del estado religioso. (Asimismo, aceptaba donaciones a los virreyes y oidores por parte de los obispos.<sup>83</sup>) Tampoco hasta ahí habría objeciones mayores. El problema surge cuando el jesuita pasa a justificar estos regalos.

Ya en otras ocasiones Avendaño había dado pruebas de un excesivo angelismo al calificar a los religiosos, en contraposición a los laicos que casi siempre le parecían actuar con aviesas intenciones. Por eso aquí el motivo de esta última afirmación le parece claro: en los religiosos “no puede sospecharse como en otros alguna siniestra intención que les mueva a la dádiva; con lo que el motivo de la norma cesa”.<sup>84</sup> Además, si los oidores pueden recibir regalos de los amigos, ¿quién más amigo que los religiosos, que sí se esfuerzan por cumplir el mandato de Cristo sobre la amistad? A ellos, refugio de la verdadera amistad, acuden los laicos a tranquilizar su conciencia y recibir parecer equilibrado y juicioso.

Aceptemos que no se debiera ser reticente a esta opinión sobre los religiosos, acerca de que “no puede sospecharse en ellos siniestra intención”; si no fuera por el inciso “como en otros” —es decir, como en los laicos— que, de nuevo, exterioriza una opinión sobre ellos que no puede menos de semejar peyorativa; opinión peyorativa que se adivina pocas líneas después cuando afirma que entre los religiosos sí “florece el cumplimiento de las normas” (no así, habría que concluir, en “los otros”). Opinión, por cierto, muy poco concorde en un jesuita, con esa perfecta amistad que —nos acaba de decir— practican los religiosos.

Por tratarse de asunto considerado muy grave la obligación de no recibir regalos apremiaba, según Avendaño, “bajo culpa mor-

<sup>82</sup> Tít. III, n. 36

<sup>83</sup> ID., n. 30.

<sup>84</sup> Tít. IV, n. 13.

tal, de no haber parvedad de materia". Y, por lo tanto, obligaba asimismo a restitución.<sup>85</sup> Ahora bien, ¿qué regalos caen bajo la categoría de parvedad de materia? En principio aquello que constituiría pecado leve de hurto, atendida la materia y persona robadas, "como un cesto de frutas frescas o una garrafa de vino generoso, y otros así. Éstos son pequeños en relación a la dignidad de la persona, aunque no se considerarían tales en relación a otros".<sup>86</sup> Si, de acuerdo a la concepción castellana, la calidad de las personas cualificaba las ofensas de honor, mal podrían herir la honorabilidad ética de un oidor los efluvios de un triste donativo de ajos y cebollas. Por eso puntualiza ahora —en clara oposición a las Cédulas— que "no pecan gravemente al recibir comestibles y bebidas de bajo precio... donaciones de poco valor, que pueden recibir sin pecado alguno, cuando no se reciben con intención torpe, sino por cortesía";<sup>87</sup> curiosa puntualización —por más que parezca aceptable—, si atendemos al texto de las leyes.

El capítulo había iniciado el tema con una observación acerca de un supuesto juramento de los oidores de no aceptar regalos.<sup>88</sup> No hemos encontrado en la edición de las Leyes de Encinas ninguna disposición que ordene a los oidores hacer tal juramento específico. Tampoco Solórzano ni el mismo Avendaño la citan. Pero del texto del último se desprende que, al menos en algunos casos, sí solía hacerse: "de acuerdo a la ley que prescribe el juramento". De ahí que se pregunte sobre la obligación al respecto del oidor que no lo hubiere hecho previamente a tomar posesión de su cargo. Su respuesta es que, con o sin juramento, la obligación es la misma pues el juramento está sujeto a la ley que lo prescribe y no tiene por tanto más alcance que ella. Podemos considerar que, del mismo modo que la ley es la especificación de una constitución, y un reglamento la especificación de la ley, el juramento vendría no a crear una nueva obligación sobre la ley, sino sólo a apremiar y urgir el cumplimiento de la misma.

<sup>85</sup> Cfr. Tít. III, n. 23 y ss.

<sup>86</sup> ID., n. 23.

<sup>87</sup> Tít. IV, n. 10.

<sup>88</sup> ID., n. 9.

En definitiva, estaba implícito en la ley ya que la intención al aceptar el cargo era la de obligarse. De modo que lo que los oidores puedan recibir o no sin haberlo hecho, será lo mismo que si lo hicieron. El juramento no añade ni puede añadir una obligación nueva. Es lo que entendemos pretende subrayar Avendaño cuando sostiene que “si alguien prometiera en general cumplir los estatutos, no quedaría obligado sino a los estatutos ya promulgados, no a los que se promulgarán en adelante”. No creemos que con eso sostenga que el oidor que acepta fungir su cargo de acuerdo a las obligaciones exigidas por la normativa al momento de su promoción no esté obligado a las ordenanzas y disposiciones que posteriormente emanaran de la Corona. En todo caso, más bien, su intención parece ir a justificar la validez de legítimas costumbres aceptadas, que pudieran estar en contra de las leyes. Es lo mismo que sucede con el ejemplo, al que ya aludimos, del juramento que debían hacer los médicos sobre no visitar a sus enfermos si éstos no se confesaban antes del tercer día de enfermedad. En atención a la costumbre, Avendaño nota que en Sicilia y España este juramento no era obligatorio en virtud de la costumbre contraria aceptada. A no ser que prefiramos pensar que el jesuita tenga en mente en este momento el conocido aforismo, de tanta aplicación en las colonias, de “se acata, pero no se cumple”.<sup>89</sup>

## Asiduidad en el trabajo

Con esto pasa a estudiar en el capítulo siguiente la obligación de los oidores de un cumplimiento puntual de su trabajo.<sup>90</sup> Según nuestro autor, cometen falta grave los que “no acuden oportunamente” a los tribunales. En la expresión que, en principio, habría de entenderse referida tanto a inasistencias como a impuntualidades por el contexto incluye asimismo la “intolerable lentitud” de los procesos, sobre la que le han llegado quejas, y que no siempre se debe a la tradicional (se ve que ya desde aquella época) acumulación de trabajo.<sup>91</sup> Como argumento adicional, deja caer una

<sup>89</sup> Cfr. Tít. I, n. 155; y p. 48.

<sup>90</sup> Tít. IV, c. III, nn. 14 y ss.

<sup>91</sup> ID., nn. 14, 92.

observación que sin duda estimularía la diligencia de los oidores, quienes no quisieran que su tribunal se parangonara con el de la Inquisición: “las causas civiles de los judíos y herejes se resuelven en los tribunales de la Santa Inquisición con suma lentitud, y sé que más de una vez los propios inquisidores así lo quisieron”.<sup>92</sup> Avendaño, por más que no fuera juez de la Inquisición y ni siquiera todavía censor de ésta, debía conocer del funcionamiento de la misma.

También Solórzano Pereyra se refirió a la prontitud con que debían resolverse los juicios.<sup>93</sup> Es oportuno señalar al respecto que las normas ordenaban a los oidores estar presentes —como en Valladolid y Granada— cuatro horas los días de Audiencia y tres horas los demás días so pena de multa de la mitad del salario del día:

Cada un día que fuere feriado... al menos tres horas para oír relaciones, y el día que fuere de audiencia estén una hora más, si conviniere para hacer audiencia y hacer las sentencias...; y que desde el comienzo del mes de Octubre hasta el fin del mes de Marzo comiencen a oír a las ocho horas, y desde el comienzo de Abril hasta el fin del mes de Septiembre comiencen a oír a las siete... y que la sala de audiencia pública se haga los dos días Martes y Viernes de cada semana, y cuando fuere fiesta alguno dellos, se haga el día siguiente, y en ella estén cuatro oidores, a lo menos tres, so pena que cualquiera que no viniere en los dichos tiempos, y no estuviere presente a todo lo susodicho, que sea multado en la mitad del salario de aquel día.<sup>94</sup>

Para mayor precisión se ordenaba asimismo “que en la casa de nuestra audiencia esté continuamente un reloj para que puedan oír”.<sup>95</sup>

Resulta evidente que cualquiera de las tres modalidades de incumplimiento señaladas acarrearían serios inconvenientes a los

<sup>92</sup> ID., n. 41.

<sup>93</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. 8, nn. 11 y ss.

<sup>94</sup> Cédula a la Audiencia de Santa Fe, 1581, ENCINAS II, p. 6; cfr. también Ordenanza de 1563, *ibidem*.

<sup>95</sup> Ordenanza de 1530, ID. II, p. 7; cfr. Cédula de 18-2-1574 a la Audiencia de Santo Domingo: ID., II, p. 54.

litigantes, ya que retrasaban sin causa el asunto “de más importancia” de la República: la administración de justicia, por la que se reconoce a cada uno su derecho. Por eso, y puesto que los litigantes tienen derecho no sólo a que se les dicte sentencia sino a que se les dicte con rapidez, es claro que Avendaño considere a cualquiera de las tres como pecado grave. Y uno no sabe si lo que Avendaño llama “argumento irrefutable” es el que, no sin cierta malicia, como argumento “ad hominem”, pone el dedo en una llaga que había de ser bien sensible a cualquier oidor: también él tiene derecho no sólo al salario, sino a que se le dé a tiempo; y por eso “considera que se le hace injusticia si se le paga con retraso”<sup>96</sup>.

Por lo tanto, quienes estén incurso en este pecado “están obligados a la restitución del salario, proporcionalmente a la falta de administración de su cargo”. Asunto claro: el salario, que es compensación en justicia por el trabajo, ha de ser proporcional al trabajo realizado; por lo tanto, en justicia, ha de mantenerse la proporción: a menor trabajo, menor compensación. Y continúa la argumentación “ad hominem”: “Así juzgarían los propios jueces sobre el trabajo de otros; pues también deben juzgar con mayor razón en su caso, ya que han sido constituidos en baluartes de la justicia”.<sup>97</sup> Del mismo modo que, cuando se impone al oidor alguna comisión especial, éste exige un pago también especial en aras de la proporción y la justicia.

Para saber cómo poder hacer esta restitución, Avendaño remite de nuevo al Título III donde indicaba que la cantidad a restituir por defecto de trabajo podría hacerse mediante un donativo al rey; ya se ha visto cómo eran estos “donativos”. Con ello, se restituye —dice Avendaño— “sin perjuicio del honor” del oidor. “No hay mal, que por bien no venga” —diría el refranero popular—: porque con ello el oidor no sólo no pierde, sino que hasta gana en su honor con un nuevo “servicio” a la Corona...

Pero, además de estar obligado a restitución del salario, también lo está a la compensación de los daños causados a las partes por la demora y que, por oficio y en justicia, debía haberlos evi-

<sup>96</sup> Tít. IV, n. 14.

<sup>97</sup> ID., n. 15.

tado. Por más que esta compensación sea, para el jesuita, “asunto muy complicado”, no están libres de ella. Si no hay otro modo pueden recurrir también a un nuevo “servicio” al rey para la guerra contra herejes o infieles, o donarlo a causas pías, o usar de la Bula de Composición.<sup>98</sup>

Sobre los atenuantes que pueda haber al respecto, Avendaño remite al mismo lugar del Título III. Tras señalar que hay autores para los que no hay obligación de restituir cuando el pecado no fue claramente mortal, señalaba allá cómo frecuentemente los virreyes “no se percatan o no recuerdan haber actuado con plena advertencia” en estos casos con lo que, obviamente y según la doctrina de los mismos autores, no se creen obligados tan estrictamente a estas restituciones. En verdad, no queda muy claro hacia dónde se inclina nuestro autor. Por un lado sostiene que con eso “actúan con innata laxitud mental”. Por otro —y no podemos olvidar su óptica probabilista—, termina el párrafo sosteniendo que “como no recuerdan exactamente tales pecados, no deben ser condenados a la durísima angustia de la restitución”. Feliz condición la de estos altos cargos que hace olvidar ciertas minucias y el sentimiento de estar obligado a lo mismo que está obligado el común de los mortales. Dado que es el propio Avendaño el que remite al Título III, habremos de pensar que lo dicho allá para los virreyes es aplicable aquí para los oidores. Sin embargo vuelve a ser más estricto con éstos. Porque “con los jueces hay una razón más: que no les excusa ni la ignorancia ni la nobleza”.<sup>99</sup>

No tiene inconveniente en aceptar que, a efectos de la compensación a los litigantes, y dentro de los límites que permita la ley y la justicia, el oidor se acoja al resolver el pleito por el lado más benigno, con algo “en beneficio de los litigantes, que pueda satisfacer el perjuicio ... emitiendo una opinión favorable, pudiendo emitir otra que no lo sea, eliminando así algunos gravámenes o dis-

<sup>98</sup> La Bula de Composición consistía en una limosna a la Iglesia equivalente en cada caso a los bienes ajenos —o sus frutos— que alguien poseyere sin constarle el dueño de ellos, o a deudas que alguien quisiera “componer”. Avendaño toca este tema en el Tít. V, c. XXVIII, nn. 231-241.

<sup>99</sup> Tít. III, nn. 64 y ss.; Tít. IV, n. 16.

minuyéndolos, o por otras vías que no pueden ser desconocidas a los sabios". (Por ejemplo —pensamos— el juez que, habiendo de enviar a prisión a un reo, lo hace condenándolo al tiempo mínimo que le permitiera la ley.) En tal caso, se inclina por pensar que cesaría la obligación de compensación a los litigantes; pero vuelve a preguntarse si cesaría también la de restituir el salario al rey.

Ante quienes daban a esto una respuesta afirmativa, en base a que el provecho de los litigantes quedaría el mismo y por tanto el trabajo resultó también el mismo, si no formal sí equivalentemente, el jesuita se inclina por la respuesta negativa. Su opinión no puede menos de sugerir que no tiene para él, al parecer, tanta importancia lo que suceda con los litigantes, como lo que suceda con el rey; diferente rasero para el ciudadano de a caballo y para la gente de a pie. Aceptando al parecer (quien calla, otorga) el cese de la obligación con los litigantes, la mantiene respecto al rey pues éste no quiso un trabajo equivalente, sino el formalmente estipulado, único —por otra parte— del que puede quedar constancia. Éstas, para Avendaño, no son minucias ante las que el rey quede indiferente. Aparte de que, varias minucias como éstas podrían llegar a constituir una cantidad mayor.

Como prueba apela a la implantación en Indias, en 1583, del nuevo calendario gregoriano, recordando cómo la Corona ordenó descontar el salario de todos los oficiales de Indias correspondiente a los diez días eliminados en ocasión de ello: "que se descuenta lo que monta en los diez días, a todas las personas a quien doy salario".<sup>100</sup> Por cierto, que Solórzano comenta sobre esto: "lo cual, por parecerme cosa rara y bien delicada, he querido quede notado en estos escritos".<sup>101</sup>

## La contraparte: los honorarios del oidor

A propósito de ello, nos proporciona algunos datos de la vida colonial: el salario de los oidores por esos diez días correspondería a

<sup>100</sup> Cédula al Virrey del Perú, 14-5-1583, y Provisión del mismo día: ENCINAS, I, p. 269.- Cédula de 14-11-1584 a los Oficiales de la Hacienda de Guatemala: ID., III, p. 341.

<sup>101</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IV, n. 23.

unos ciento treinta pesos de plata de a ocho reales; la misma cantidad con que podría alimentarse (dice, aunque no aclara por cuánto tiempo) un soldado del ejército real. Añade que ese salario era una cuarta parte mayor que en La Plata.<sup>102</sup> En todos los pueblos y épocas se tendió siempre a una remuneración de los jueces acorde con su misión de garantizar la justicia en la República y que les desanimara de recurrir al soborno. Según Solórzano Pereyra, castellano al fin, ello ayudaría también al honor social de los magistrados.<sup>103</sup>

De tales cifras se deduce que el salario anual de un oidor sería en Lima, en los años de Avendaño, de 4 680 pesos de plata, lo que concuerda con lo que sostiene Lohmann Villena: “Desde el siglo XVII los emolumentos de un oidor o de un alcalde en lo Civil o del Crimen ascendían a 4 000 pesos al año. Posteriormente se incrementaron a 4 680 pesos, hasta que por Real Orden de 22 de marzo de 1776, con efecto a partir del 1º de julio siguiente, se nivelaron en 5 000 pesos”.<sup>104</sup> Muchos años después, por lo tanto, de que, a principios del siglo XVIII, el virrey Conde de la Monclova presentara al rey “el requerimiento mínimo de una renta de cinco mil pesos al año, para que se pudiese mantener con mediana decencia un caballero en la ciudad”.<sup>105</sup> A pesar de todo, se trataba de un salario, en verdad, nada despreciable, si lo comparamos con los 200 pesos anuales que recibía un catedrático de Filosofía en Caracas, ya en el siglo XVIII.<sup>106</sup> Un salario —comenta nuestro autor— “digno de la generosidad real, cónsono con la riqueza de las regiones de Indias, para que no se dé ninguna apariencia de pobreza”.<sup>107</sup>

Son diversas las disposiciones de la Corona estableciendo y modificando —según lugares y tiempos— la moneda en que habían de pagarse los sueldos de los oficiales reales. Indudablemente la “devaluación” de estos sueldos hubo de estar motivada fuertemente por el contemporáneo decaimiento de las arcas reales. Las

<sup>102</sup> Tít. IV, n. 17.

<sup>103</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. 4, n. 18.

<sup>104</sup> LOHMANN, Ministros, p. XLII.

<sup>105</sup> MOREYRA, Oidores, p. 497.

<sup>106</sup> LEAL, I., Historia de la Universidad de Caracas (1721-1827), Caracas, 1963, p. 103.

<sup>107</sup> Tít. IV, n. 124.

disposiciones fueron ordenando pagar a los oidores, en oro;<sup>108</sup> no en oro, sino en plata;<sup>109</sup> no en plata, sino en reales;<sup>110</sup> no en perlas ni aljófara;<sup>111</sup> o en frutos de la tierra.<sup>112</sup> Pero, tratándose de los oidores, no había que exagerar: en algún momento se precisa que no se les pagara en maíz, ropa ni otros tributos, sino en la moneda que corriera.<sup>113</sup>

Aparte de otros detalles relativos al sueldo de los oidores —por ejemplo, que entraba en vigencia una vez tomada posesión del cargo, aunque disfrutaban del equivalente a seis meses para trasladarse de España a su destino,<sup>114</sup> que el pago era por tercios de año y a tiempo vencido,<sup>115</sup> que no se cobraba en permisos que excedieran a los dos meses ni a partir del día del fallecimiento del Oidor<sup>116</sup>— es interesante destacar aquí el hecho de que “en Indias, al oidor enfermo se le paga el salario íntegro... porque en ese caso, no trabajar no puede imputarse a culpa suya”.<sup>117</sup>

Además de sus funciones normales de administradores de justicia, los oidores tenían otras, anexas o no a su cargo. Por las primeras, “el oidor no puede con conciencia segura recibir, por sobre su salario, otro más por algún ministerio que por ley está anexo a su cargo, aunque por sí mismo no esté anexo”.<sup>118</sup> Pero “cuando se impone al juez un trabajo no usual, por ejemplo si debe hacer un

<sup>108</sup> Cédula a los Oficiales de La Española, 31-12-1549, ENCINAS, III, p. 331.

<sup>109</sup> Cédulas a los Oficiales del Perú, de 16 y 24 de agosto de 1563, ID. III, pp. 325 y ss.; Carta a los Oficiales de la Real Hacienda, año 1568, ID. III, p. 327; Cédulas a los Oficiales de Panamá, de 2-10-1575, al Virrey del Perú Martín Enríquez, 24-12-1581, al Contador Bivero, 16-5-1586, ID. III, 327, 329.

<sup>110</sup> Cédula a los Oficiales de México, 23-11-1566, ID. III, p. 331.

<sup>111</sup> Cédula a los Oficiales de Río Acha, Santa Marta y Margarita, 13-7-1578, ID. III, p. 332.

<sup>112</sup> Cédula al Virrey de Nueva España, 28-10-1561, ID., III, p. 333.

<sup>113</sup> Cédulas a los Oficiales de Nueva España, 17-6-1537, y de La Española, 12-10-1561, ID. III, p. 332.

<sup>114</sup> Tít. IV, n. 124.

<sup>115</sup> Instrucción de 1572, ENCINAS, III, p. 335; y Cédula a la Audiencia de Nueva Galicia, de 26-5-1573, ID., I, p. 368.

<sup>116</sup> Instrucción al Virrey del Perú, 1568, ID., III, p. 334; y Cédula a la Audiencia de Quito, 26-5-1563, ID., III, pp. 340-341.

<sup>117</sup> Tít. IV, n. 127. Carta al Virrey del Perú, 1-12-1573, ID., III, p. 337.

<sup>118</sup> Tít. IV, n. 126. Cfr. Ordenanza de Audiencias, 1563, ID., II, pp. 21-22.

viaje o comisión fuera de lo normal, exige y se le concede un aumento de salario".<sup>119</sup> Eran las llamadas "ayudas de costa", que "ascendían a 800 pesos —en Lima— como Juez de la caja de Censos, a 600 más una determinada cantidad en especie en la Administración de Tabacos, a 300 en el Tribunal de la Santa Cruzada o a 250 en la administración de Correos".<sup>120</sup> Por las segundas, por ejemplo, la ayuda de costa de un visitador en el siglo XVI varió con el tiempo: en 1568 el oidor que salía de juez tenía asignados cuatro pesos diarios de salario;<sup>121</sup> en 1572 se recomendaba moderación, no pudiendo exceder de mil pesos anuales.<sup>122</sup> Dos años más tarde, no podía exceder de 300 000. Y en 1583, no más de 200 000.<sup>123</sup> Por otras misiones es el propio Avendaño quien comenta que a propósito de los espolios de los obispos, los oidores "reciben por él un pingüe estipendio, al igual que por otras tareas que corresponden a su cargo".<sup>124</sup>

Como se ha visto, tales ayudas de costa eran de muy diverso monto. De ahí que se diera entre los oidores toda una escala económica: "desde el magnate con sólida fortuna en bienes raíces, tren de esclavos, joyas y menaje doméstico, hasta la decorosa medianía del togado que cuenta con su estipendio como único recurso, se aloja en una casa alquilada y posee un parvo mobiliario".<sup>125</sup> Casos hubo en que los virreyes hubieron de intervenir ante el Monarca, solicitando subsidio para la viuda del oidor, en estrecha situación económica. Otros, sin embargo, poseían excelentes residencias, colecciones de arte, abundantes bibliotecas.<sup>126</sup> Moreyra Paz recoge cómo el hijo del oidor Merlo de la Puente recordaba

<sup>119</sup> Tít. IV, n. 15. Cfr. SOLÓRZANO, Política, L. V, c. III n. 53.

<sup>120</sup> LOHMANN, Ministros, p. LXXVIII.

<sup>121</sup> Provisión a la Audiencia de Santo Domingo, 7-10-1568, ENCINAS, II, p. 117.

<sup>122</sup> Carta a la Audiencia de Lima, de 1572, ID., II, p. 152; Cédula al Virrey del Perú Francisco de Toledo, de 17-7-1572, ID., I, p. 295.

<sup>123</sup> Carta al Virrey de Nueva España, 1574, y Cédula al Virrey del Perú, 18-10-1583, respectivamente: ID., II, p. 141.

<sup>124</sup> Tít. IV, n. 43.

<sup>125</sup> LOHMANN, Ministros, p. LXXVII, quien trae abundantes datos sobre la situación económica de los oidores en el siglo XVIII.

<sup>126</sup> Cfr. ID., cap. XI, pp. LXXIII y ss.

que su padre había vivido siempre en la pobreza, aspecto reconocida por el propio virrey Esquilache; asimismo, la situación económica difícil de otro magistrado, Castro y Padilla.<sup>127</sup>

En la lista de las obligaciones del oidor habría otras de las hasta aquí comentadas que tienen que ver con el dinero: no hacer préstamos, no tener granjerías, no aceptar negocios ni contratos y ni siquiera trato con los negociantes. Sin embargo ahí estaba el caso del oidor Alberto de Acuña, a quien acusaban de poseer encomiendas;<sup>128</sup> y el que reseña Avendaño —“en estos días” — del oidor que disputaba a un sacerdote la conducción de aguas a los predios.<sup>129</sup>

Se dice que, cuando Tito recriminó a Vespasiano por haber impuesto tributo a las letrinas, éste le contestó: “pecunia non olet”: “el dinero no huele”. Aparentemente tampoco algunos oidores estaban muy preocupados porque el hedor de la descomposición pecuniaria empañara los brillos de su honor. A pesar de las prohibiciones a que aludimos y con las que la Corona buscaba hacer frente a la corrupción de la época, Avendaño se ve aún en la necesidad de denunciar el excesivo interés crematístico de quienes se consideraban la crema aristocrática de la sociedad colonial. Y en la necesidad, consiguientemente, de denunciar a los oidores que se aprovechaban de su condición para obtener bajos precios en las subastas,<sup>130</sup> o que con frecuencia aplicaban el “*ius amicitiae*” dejándose llevar por recomendaciones; la superficialidad con que algunos visitantes de navíos practicaban sus revisiones “debido a deferencias personales”;<sup>131</sup> la “vileza que en modo alguno ha de tolerarse” de los oidores que se quedaban con objetos preciosos o curiosos de los espolios de los obispos, bienes que la experiencia demostraba que estaban expuestos al pillaje;<sup>132</sup> la excesiva frecuencia con que el tribunal respectivo abultaba los gastos en la administración de bienes de difuntos; o la “monstruosidad” de los que,

<sup>127</sup> MOREYRA PAZ, *Oidores*, pp. 66, 82, 97.

<sup>128</sup> ID., p. 169.

<sup>129</sup> Tít. IV, n. 104.

<sup>130</sup> ID., nn. 43, 45.

<sup>131</sup> ID., nn. 151, 90.

<sup>132</sup> ID., nn. 41, 43.

en esos mismos tribunales se aprovechaban de tales bienes,<sup>133</sup> asunto éste tan frecuente, al parecer, que todavía estaba en vigencia en el siglo siguiente. En efecto, Lohmann recoge la noticia de cómo en 1762 los oidores Pedro José Bravo del Ribero y José Severino Tagle y Bracho “se tragaron” 120 000 pesos de este arca de Bienes de Difuntos.<sup>134</sup>

Repetimos: es indudable que no todos los oidores actuarían así. Pero tanta variedad de soborno y corrupción hace que el lector llegue a leer con suspicacia hasta opiniones emitidas con absoluta buena fe, como la de que “otro indicador del volumen del patrimonio de los ministros lo constituyen las sumas que aportaban a la unión matrimonial sus cónyuges, hecha abstracción de los hechizos personales que a fuer de criollas debieron de lucir”.<sup>135</sup> Pero esto nos lleva al tema de las prohibiciones que tenían que ver con el casamiento de los garnachas.

### “De cómo no se debían casar los oidores”

Para eludir las prohibiciones que sobre su matrimonio tenían los oidores, hubieron de recurrir a procedimientos un tanto complicados. Como el oidor en Lima Torres Altamirano, que terminó buscando esposa en Santiago de Chile, casándose con ella por poder. Es el caso que refiere Ricardo Palma en su tradición peruana “De cómo se casaban los oidores”. Pediremos disculpas al lector ya que no dominamos el chispeante estilo del escritor limeño para recoger las distintas prescripciones que normaban el cómo no se debían casar los oidores.

Una sospecha leve no puede ser castigada con pena grave, puesto que la culpa y la pena deben ser proporcionadas.<sup>136</sup> Es la afirmación que, a su vez, le sirve a Avendaño para abordar el tema presente. Una afirmación que hace sospechar, ya antes de tratarlo, que no parece estar muy de acuerdo con la legislación vigente

<sup>133</sup> ID., n. 77s.

<sup>134</sup> LOHMANN, Ministros, p. LXXX.

<sup>135</sup> ID., pp. LXXX-LXXXI.

<sup>136</sup> Tít. IV, n. 128.

sobre el mismo. Se trata, en principio, de la prohibición que tenían los oidores de contraer matrimonio con oriundas de la provincia en donde ellos eran jueces. Pero, ya que las razones de la prohibición eran las mismas, los comentarios que ella sugiere son asimismo aplicables a la de que los oidores no casaran tampoco a sus hijos con tales lugareñas.

Un tema delicado, por cierto. No cabe duda de que la intención del legislador pudo ser sana: impedir que la proposición de este tipo de matrimonios pusiera a la elegida en riesgo de no sentirse libre para negarse al matrimonio, y sí más bien coaccionada a aceptar, por miedo a represalias de un pretendiente —o familiar del pretendiente— constituido en tal alta autoridad. E impedir, sobre todo, que los lazos familiares de los jueces entorpecieran la exacta administración de la justicia.

Y no andaba tan errado el legislador. Porque, a pesar de sus disposiciones, las quejas motivadas por la protección de los oidores a los intereses de sus familiares no escaseaban. Lohmann recoge una de ellas especialmente significativa, por cuanto era motivada nada menos que por el oidor Merlo de la Fuente de quien el Marqués de Cañete informaba al rey:

El Licenciado Merlo de la Fuente es hombre cuerdo, letrado y buen cristiano y tiene capacidad para ocupar otra plaza de las de mayor importancia de las que hubiese de proveerse en estas partes. Y porque sirve a mi entera satisfacción y de esta Real Audiencia, me ha parecido proponerlo a Vuestra Majestad para que le haga merced.<sup>137</sup>

Pues bien, nada menos que a propósito de Merlo de la Fuente dice Lohmann Villena:

Las quejas sobre el particular databan de antiguo. En la sesión del 8-4-1614, el Alcalde de Lima interesó que se cursara una súplica al monarca para que se destituyera al oidor Merlo de la Fuente, a causa de hallarse relacionado "con la mayor parte de los vecinos desta ciudad", y que por favorecerlos había inferido agravios a algunas personas.

<sup>137</sup> Informe al rey, 20-1-1595; cfr. LEVILLIER, R., *Gobernantes del Perú. Cartas y Papeles del S. XVI*; documentos del Archivo de Indias, Madrid, 1921-1926, vol. XIII, p. 237.

En el debate salieron a relucir

los ynconbinientes que se rrecreçen destar enparentados los señores Oydores y el rriesgo grande que tienen los pleytantes en descuydarse algunas bezes sin aduertir delante de quién hablan por ser tantos los deudos que no se conocen y luego cogen la pelota y dan con ella en los oydos de los señores de la rreal audiencia, de suerte que [aun] quando se les guarda su Justicia, en las demás ocasiones que se ofrecen no dejan de mostrar el sentimiento de lo que an hablado.<sup>138</sup>

Lohmann aduce aún otra razón más: la influencia que las esposas podrían tener en las decisiones de sus esposos jueces; al menos cuando —como en casos que cita— el oidor se distinguía por “la blandura de su genio y lo que le predomina su muger”, o ésta era una “joven indiscreta y voluntariosa” o, más aún, “una harpía”.<sup>139</sup> Independientemente de estos casos que pudiéramos catalogar de extremos, resulta claro que en la mayoría de estos matrimonios ellas buscaban o conseguían una posición social y privilegios, y ellos buenas fortunas.

Avendaño inicia el tema afirmando que “esta prohibición procede del Derecho Cesáreo, establecida por las leyes de España, especialísimas para las Indias”.<sup>140</sup> En verdad, si recurrimos al Derecho común, éste es muy claro. Comienza ya prefiriendo que el procónsul ya casado en Roma vaya a su provincia sin su consorte.<sup>141</sup> Y explícitamente prohíbe a todo el que fuera a desempeñar cualquier cargo, que contrajera matrimonio en la provincia de su jurisdicción.<sup>142</sup> Tanto como para considerar nulos tales matrimo-

<sup>138</sup> LOHMANN, Ministros,, p. XXI, nota 2; la referencia que hace es de Libros de Cabildos de Lima, XVII, Lima, 1950, pp. 557-559.

<sup>139</sup> ID., p. LIX.

<sup>140</sup> Tít. IV, n. 129.

<sup>141</sup> “Proficisci autem proconsulem melius quidem est sine uxore: sed et cum uxore potest”: “Es mejor que el procónsul vaya a la provincia sin su mujer, aunque pueda hacerlo con ella”: Digestum, 1.16.4.2.

<sup>142</sup> “Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest”: “Si alguno desempeña algún cargo en alguna provincia, no puede casarse con mujer nacida en ella”: ID., 23.2.38pr.

nios.<sup>143</sup> Esta prohibición era extensiva al matrimonio de los hijos, no así al de las hijas<sup>144</sup>.

Cuando Solórzano habla de que son “infinitos los textos del derecho común y de nuestro reino”,<sup>145</sup> su hipérbole parece referirse más a estos últimos, que se convirtieron en recordatorio insistente y continuo. El primero fue una Cédula de 1575 que incluía ya a los hijos de los oidores, a la que siguieron otras más.<sup>146</sup> La prohibición se extendió incluso a ni siquiera poder concertar el matrimonio en la espera de la licencia del Rey.<sup>147</sup> Se sancionó después que no les correspondería salario desde el día mismo en que lo intentaran.<sup>148</sup> Finalmente, que el Consejo de Indias no admitiría nuevas solicitudes de dispensa.<sup>149</sup> Solórzano cita aún una carta al virrey Esquilache, en referencia a un oidor que casó dos hijos en contra de la prohibición, en la que se dice: “que pasando la libertad a no temer las penas legales, será conveniente aumentarlas... será justo lo sientan en sus haciendas con mayores penas”.<sup>150</sup>

No obstante, tratándose del Derecho Canónico, esta prohibición lindaba, si es que no traspasaba, los límites del Derecho. Éste, en efecto, no sólo desaprueba exigir compensación a quien, previos esponsales, desiste de ese matrimonio para contraerlo con

<sup>143</sup> “Praefectus cohortis vel equitum aut tribunus contra interdictum eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat: matrimonium non erit”: “Un prefecto de cohorte o de caballería, o un tribuno militar, se casó contra lo prohibido con una mujer de la provincia en la que desempeñaba su cargo: el matrimonio es nulo”: ID., 23.2.63.

<sup>144</sup> “Qui in provincia officium aliquid gerit, prohibetur etiam consentire filio suo uxorem ducenti”: “Al que desempeña algún cargo en provincias también se le prohíbe dar consentimiento para que su hijo se case –con la que es natural de la provincia–”: ID., 23.2.57.- “Qui in provincia aliquid administrat, in ea provincia filias suas in matrimonium collocare et dotem constituere non prohibetur”: “No se prohíbe que el que ejerce alguna función en alguna provincia pueda casar en ella a sus hijas y constituirles una dote”: ID., 23.2.38.2.

<sup>145</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IX, n. 1.

<sup>146</sup> Cédula de 10-2-1575, ENCINAS, I, p. 351.- Cédula a la Audiencia de Guadalajara, 8-7-1578, ID. I, p. 354; Cédulas de 18 y 26-2-1582, ID., I, pp. 351, 354.

<sup>147</sup> Cédula de 15-11-1592, ID., I, pp. 353-354.

<sup>148</sup> Cédula de 19-7-1608 (Recopilación, I. 84, tít. 16, lib. 2 y ley 86).

<sup>149</sup> Cédula de 12-5-1619 (Recopilación, I. 84, tít. 16, lib. 2).

<sup>150</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IX, n. 7; carta al Virrey del Perú, de 28-3-1620.

otra persona,<sup>151</sup> y —más aún— no sólo prohíbe censuras contra quien no cumple el juramento de casarse con determinada persona,<sup>152</sup> sino que claramente intima excomunión, en la que se incurre ipso facto, contra quienes impidan directa o indirectamente contraer matrimonio con alguien.<sup>153</sup>

De ahí que el tema terminó siendo uno de los más controvertidos, sobre todo a nivel de los jurisperitos, los propios oidores, directamente afectados por las disposiciones prohibitivas. Aparte del Obispo Villarroel, Matienzo y Solórzano —por ejemplo— dedican a ello largas páginas.<sup>154</sup> Villarroel cita también un Tratado completo escrito por el oidor de Lima Bernardino Figueroa de la Cerda.<sup>155</sup> Matienzo era de opinión que, de acuerdo a la finalidad de la

<sup>151</sup> “Gema mulier nobis exposuit quod, cum T filia eius cum C contraxit matrimonium, B de Alferio ea occasione, quod inter P filium suum et praedictam puellam intra septennium constitutos, sponsalia contracta fuerunt, poenam solvendam a parte quae contraveniit in stipulatione appositam nititur extorquere. Cum itaque libera matrimonia esse debeant, et ideo talis stipulatio propter poenae interpositionem sit merito improbanda: mandamus si est ita, eundem B ut ab extorsione praedictae poenae desistat, Ecclesiastica censura compellas”: Decretales, VI, Tit. I, De sponsalibus et matrimoniis, c. XXIX Gemma mulier, col. 545.

<sup>152</sup> “Requisivit a nobis tua Fraternalitas qua censura mulier compelli debeat quae, iurisiurandi religione neglecta, nubere renuit, cui se nupturam interposito iuramento firmavit. Ad quod breviter respondemus quod, cum libera debent esse matrimonia, monenda est potius quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus frequenter habere”: ID., VI, Tit. I, De sponsalibus et matrimoniis, c. XVII Requisivit, col. 541.

<sup>153</sup> “Por tanto, siendo en extremo detestable tiranizar la libertad del matrimonio, y que provengan las injurias de los mismos de quienes se espera la justicia; manda el santo Concilio a todos, de cualquier grado, dignidad y condición que sean, so pena de excomunión, en que han de incurrir ipso facto, que de ningún modo violenten directa ni indirectamente a sus súbditos, ni a otros ningunos, en términos de que dejen de contraer con toda libertad sus matrimonios”: Concilio de Trento, ses. 24 De reformatione, c. 9.

<sup>154</sup> VILLARROEL, G., Gobierno eclesiástico pacífico, Madrid, 1656, P. II, q. XVI, arts. I-V; MATIENZO, Gobierno, P. II, c. 1; SOLÓRZANO Política, L. V, c. IX, uno de los capítulos más largos de la obra. Entre los estudios modernos cabe destacar KONETZKE, R., “La prohibición de casarse los oidores o sus hijos e hijas con naturales del distrito de la Audiencia”, en Homenaje a Don José María de la Peña y Cámara, Madrid, 1969, pp. 105-120; ID., Documentos para la Historia de la Formación Social de Hispanoamérica, 2 vols., Madrid, 1958.

<sup>155</sup> LOHMANN, Ministros, p. LXII sugiere que pueda tratarse del Tratado analítico sobre la Cédula Real de 10 de Febrero de 1575 y otras semejantes

medida, lo lógico era que se aplicara solamente en ciudades no muy populosas, pero no, por ejemplo, en México y Lima; opinión ésta que, quien como Solórzano —casado con la limeña Clara Paniagua de Loayza— estaba incurso en la prohibición, tiene buen cuidado de recoger.<sup>156</sup> Asimismo, y quizá por la misma razón, subraya que se trataba de una prohibición más estricta en las Indias que en ninguna otra parte (aspecto también recogido por Avendaño); y que de hecho en Francia no se aplicaba a los magistrados perpetuos —como, en definitiva, resultarían ser la mayoría de los oidores de Indias— pues de aplicarse sería condenarlos al celibato o a tener mancebas y concubinas, que les apartarían más de la recta administración de justicia.<sup>157</sup>

Como decíamos, desde el primer momento Avendaño da la impresión de no ser muy favorable a la prohibición; le parece que los inconvenientes que señalan las leyes son exagerados. Apelando de nuevo a los principios jurídicos —“la necesidad carece de ley” —, y por más que disienta de Matienzo, afirmando que en las ciudades más populosas los inconvenientes son semejantes o aun mayores que en las menos pobladas, piensa con él que los tales males son tolerables. En el fondo el religioso estaría acordándose de la frase paulina “*melius est nubere quam uri*”, “es mejor casarse que abrasarse”.<sup>158</sup>

Ante todo, tiene buen cuidado en no desestimar las leyes: según él no son contrarias al Derecho Canónico “no son contrarias... no prohíben el matrimonio”.<sup>159</sup> La razón, desde el punto de vista del eclesiástico, no podía ser más clara: las leyes no prohíben el matrimonio porque, siendo éste un sacramento, los príncipes laicos no tienen jurisdicción para impedirlo; esto sólo compete a la autoridad eclesiástica.<sup>160</sup> Las leyes, por lo tanto, “sólo establecen la privación del cargo, pues fue conferido con tal condición; los oidores saben muy bien qué harían con ellos si se casan y, a pesar

que estrechísimamente prohíben el matrimonio de los oidores y otros Ministros de las Indias, Madrid, Biblioteca de Palacio, ms. 1459.

<sup>156</sup> MATIENZO, Gobierno, P. II, c. 1; SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IX, n. 8.

<sup>157</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IX, nn. 4, 9.

<sup>158</sup> 1 Cor, 7, 9; cfr. Tít. IV, n. 129.

<sup>159</sup> Tít. IV, n. 133.

<sup>160</sup> ID., n. 130.

de todo, aceptan el cargo; consecuentemente aceptan perderlo, de seguirse matrimonio; en ello nada hay contra la libertad del matrimonio". Tampoco anulan el matrimonio, añadiría Solórzano.<sup>161</sup> Por lo tanto, concluye el moralista, "el oidor que contrae matrimonio en la provincia sin licencia del rey no peca mortalmente"; ni siquiera venialmente, pues en sí es algo lícito; por lo que la ley "no obliga a no casarse sino, a lo sumo, a afrontar la privación del cargo". Y, siendo penales estas leyes, ni siquiera tiene obligación de renunciar al cargo.<sup>162</sup>

Así que o el oidor se hacía sordo a las sugerencias de Cupido, o afrontaba perder el cargo, o hacía obsequioso "servicio" al rey para obtener la correspondiente licencia. A pesar de todo Lohmann Villena piensa que con esta prohibición la Corona fracasó, al menos en el Perú.<sup>163</sup> Quien no consiguió licencia graciosa la consiguió "servicial" (que hoy nos resulta, quizá, más "graciosa" que la primera). Y no fueron muchos los que no pudieron escapar a la destitución, como el mencionado caso del oidor Castro y Padilla. Como se dijo, no le sirvió el subterfugio de haber realizado el matrimonio en otra provincia, ni tampoco haber sido apadrinado nada menos que por el propio virrey Montesclaros; su sucesor el príncipe de Esquilache, Virrey Poeta pero, al parecer, poco amigo de cuentos, "le privó de la plaza, y murió antes que se la volvieresen a dar o restituir, aunque era digno de ella y otras mayores".<sup>164</sup>

Sin embargo, la tónica general fue otra y el motivo de la pretendida pulcritud en la administración de justicia cedió paso a los "servicios" a la Corona, facilitando que la mayoría de los oidores enamorados pudieran conseguir su objetivo; incluso, tras la Cédula de 1619 que "cerraba la puerta" a nuevas licencias.<sup>165</sup> Los "muy poderosos señores" no tuvieron inconveniente en recurrir al todopoderoso caballero don Dinero: "en esta Audiencia de Lima

<sup>161</sup> ID., nn. 133 y ss.; SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IX n. 3.

<sup>162</sup> Tit. IV, nn. 130, 134, 136.

<sup>163</sup> LOHMANN, Ministros, p. LXI.

<sup>164</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IX n. 25. Cfr. GONZÁLEZ PALENCIA, A., "El Virrey Poeta Príncipe de Esquilache", en Anuario de Estudios Americanos, VI, 1949, cit. por MOREYRA, Oidores, p. 95.

<sup>165</sup> Cédula de 12-5-1619 (Recopilación, l. 84, tít. 16, lib. 2).

la mayor parte de sus oidores goza de indulto real, gracias al que llaman servicio pecuniario".<sup>166</sup> Aunque referido a los oidores del siglo XVIII, Lohmann señala cómo "el número de enlaces con criollas es cuantioso y que, dentro de ese volumen, el contingente de limeñas acusa una mayoría abrumadora".<sup>167</sup>

Dado que el principal motivo de la prohibición fue, como se ha dicho, una recta administración de justicia que favoreciera al bien común, y ante la posible objeción de que estos matrimonios favorecerían más bien el daño público, Avendaño responde de un modo bien peculiar: "esos inconvenientes se siguen de los matrimonios públicos... no así de los ocultos".<sup>168</sup> Y por más que el autor no vuelva sobre esto, al menos en estos términos, el lector queda con la duda de si el jesuita no está haciendo aquí una velada invitación a los matrimonios ocultos, como modo de obviar problemas de conciencia y obediencia. Por lo que es necesaria una clara distinción entre matrimonio clandestino y matrimonio oculto.

La Iglesia católica considera matrimonio clandestino al celebrado sin la presencia de un sacerdote y testigos. Hasta el Concilio de Trento tenía a tal matrimonio como válido, aunque ilícito. Pero, fundamentalmente con la intención de proteger al cónyuge de un posible matrimonio anterior, el Concilio declaró además inválido al matrimonio clandestino.<sup>169</sup> Pero no es éste el tipo de matrimonio al que se refiere Avendaño. El matrimonio oculto, también llamado matrimonio de conciencia, es válido y lícito, por cuanto se celebra con todos los requisitos, aunque no en público sino secretamente, debido a inconvenientes que se seguirían del conocimiento de dicho matrimonio; en el caso de los oidores, el de su destitución.

<sup>166</sup> Tít. IV, n. 129.

<sup>167</sup> LOHMANN, Ministros, p. LXIX.

<sup>168</sup> Tít. IV, n. 135.

<sup>169</sup> "Aunque no se puede dudar de que los matrimonios clandestinos, efectuados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios legales y verdaderos, mientras la Iglesia católica no los hizo írritos; bajo cuyo fundamento se deben justamente condenar, como los condena con excomunión el santo Concilio, los que niegan que fueron verdaderos y ratos... en adelante, primero que se contraiga el matrimonio, proclame el cura propio de los contrayentes públicamente por tres veces, en tres días de fiesta seguidos, en la iglesia, mientras celebra la misa mayor, quiénes son los que han de contraer

La prohibición de no casarse con oriundas de la provincia de su jurisdicción iba unida a la de no casarse con familiares —hasta el cuarto grado— de sus compañeros de audiencia.<sup>170</sup> Prohibición tan difícil de observar como la anterior, si se tiene en cuenta la endogamia típica de la sociedad colonial. Cuando, por ejemplo, se fueron a elegir los primeros jueces del recién constituido Consulado de Caracas, entre quienes estaban asimismo prohibidos los lazos de familia hasta el tercer grado, el intendente se vio obligado a manifestar la dificultad de esta limitación: “Es muy difícil combinar la cosa de manera que, habiendo de entrar en el Consulado los sujetos más distinguidos de país, no resulten algunos parientes, porque los llamados mantuanos están ligados con infinitas conexiones a causa de que, a manera de los judíos, no se casan sino dentro de su tribu”.<sup>171</sup> Y prohibición también escasamente cumplida. El propio Solórzano coincidió en Lima como oidor con su conuñado, el fiscal de aquella audiencia Francisco Alfaro. Lohmann Villena recoge no pocos casos similares.<sup>172</sup>

Vinculada a la procedencia geográfica estaba también la prohibición de que los oidores lo fueran en el lugar o provincia de donde eran originarios. Una prohibición que no regía en las audiencias europeas del Reino,<sup>173</sup> en las que incluso había algunas —Navarra, Aragón, Italia y Portugal— en las que, prescriptivamente, sus ministros debían ser originarios de la región.<sup>174</sup> Y

matrimonio: y hechas estas amonestaciones se pase a celebrarlo a la faz de la Iglesia, si no se opusiere ningún impedimento legítimo... Los que atentaren contraer matrimonio de otro modo que a presencia del párroco, o de otro sacerdote con licencia del párroco, o del Ordinario, y de dos o tres testigos, quedan absolutamente inhábiles por disposición de este santo Concilio para contraerlo aun de este modo; y decreta que sean írritos y nulos semejantes contratos, como en efecto los irrita y anula por el presente decreto”: Concilio de Trento, Ses. 24, cap. 1 De reformatione. Se conoce este capítulo como el Decreto Tametsi, que puede verse también en DENZINGER, nn. 990 y ss.

<sup>170</sup> Cédulas de 18-2-1582 y 25-7-1593, ENCINAS, I, pp. 351 y ss.

<sup>171</sup> Carta del Intendente Francisco Saavedra al Ministro de Estado Tomás González de Carvajal, 3-5-1793: cfr. ÁLVAREZ, M., *El Tribunal del Real Consulado de Caracas*, vol. I, Caracas, 1967, p. 213.

<sup>172</sup> LOHMANN, *Ministros*, cap. VIII.

<sup>173</sup> SOLÓRZANO, *Política*, L. V, c. IV, n. 29.

<sup>174</sup> LOHMANN, *Ministros*, p. XXX.

prohibición que, en Indias y en la práctica, igualmente se condenó al olvido; la repetidamente citada obra de Lohmann Villena puede bastar para probarlo.<sup>175</sup> Avendaño no se consideró en la necesidad de hacer referencia a ellas; debió considerar que eran o no tan importantes, o no tan violadas como para tener que llamar la atención sobre ellas. A pesar de que cuando se concede dispensa sobre esta prohibición a Juan de Padilla, el primero que la obtiene, el Consejo de Indias considerara la concesión como un gran error.<sup>176</sup>

Vinculadas a la familiaridad con los conciudadanos que, para evitar favoritismos, las leyes querían excluir en los oidores, estaban también otras diversas prohibiciones tendientes a evitar en ellos vínculos de amistad y padrinazgos. El tema estaba ya en el Derecho romano: “Se añade en los decretos imperiales que los gobernadores de provincias no tengan excesiva familiaridad con los provinciales, pues con el trato entre iguales viene el desprecio de la dignidad”.<sup>177</sup> Avendaño no habla de ellas sino sólo indirectamente; parece no concederles vigencia cuando afirma que los jueces no deben estar cerrados a tales vínculos.<sup>178</sup> No haremos, pues, mención aquí de ellas.

Sólo de otra más a que se refiere nuestro autor: la de guardar secreto de lo discutido en las deliberaciones de la audiencia.<sup>179</sup> Opina el jesuita que sí habían de reparar los oidores en ella y que, dependiendo de la materia, podía llegar a ser una obligación grave, independientemente de las penas que por ello pudiera imponer el virrey. Sobre todo porque en opinión de Avendaño había un afán especial en Indias por conocer y difundir novedades.

## Alcaldes del Crimen y fiscales

Cuanto vamos diciendo sobre los oidores se entiende dicho —y se entendía dicho en la época colonial— incluyendo en ellos a los

<sup>175</sup> ID., caps. IV, X, XV.

<sup>176</sup> Cfr. ID., p. XXXVIII.

<sup>177</sup> “Mandatis adicitur, ne praesides provinciarum in ulteriorem familiaritatem provinciales admittant; nam ex conversatione aequali contemptio dignitatis nascitur”: Digestum, 1.18.19pr.

<sup>178</sup> Tít. IV, n. 12.

<sup>179</sup> ID., nn. 146 y ss.

llamados Alcaldes del Crimen y a los fiscales. En realidad, sólo en algunas audiencias —las de México y Lima, según Solórzano Pereyra<sup>180</sup>— eran cargos específicamente nombrados, y en las restantes sus funciones estaban igualmente encomendadas al resto de los oidores. Ya que en Lima existían ambos cargos como tales, Avendaño incluyó sendos capítulos para cada uno de ellos.<sup>181</sup>

Como su nombre indica, el Alcalde del Crimen era el oidor encargado de las causas criminales; las civiles quedaban para el resto de los oidores. Es la razón por la que eran los únicos que en México y Lima llevaban varas, cuando en el resto de audiencias todos los oidores las llevaban: porque la vara “se tuvo siempre por insignia de los magistrados y especialmente de los criminales, y en ella se significa y representa el sceptro real de quien ellos tienen y reciben jurisdicción”.<sup>182</sup>

Ya en 1568 se crea en la Audiencia de México la sala de Alcaldes del Crimen,<sup>183</sup> y se ordenaría expresamente a dicha audiencia que fueran éstos y no los oidores quienes se encargaran de las causas criminales, aunque las Cédulas y otras provisiones fuesen dirigidas, en general, a los oidores.<sup>184</sup> Tales alcaldes habían de hacer audiencia los martes, jueves y sábados,<sup>185</sup> no pudiendo por ello “llevar derechos” aparte de su salario, mucho menos de los pobres.<sup>186</sup> En el mismo año de 1568 se creaba asimismo la Sala del Crimen en la Audiencia de Lima, a solicitud de su presidente el gobernador Lope García de Castro, siendo nombrado su primer Alcalde del Crimen el licenciado Diego González Altamirano, padre del ya mencionado Blas de Torres Altamirano.<sup>187</sup>

<sup>180</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. V, n. 2.

<sup>181</sup> Tít. IV, caps. XVIII y XIX.

<sup>182</sup> SOLÓRZANO, Política, L. V, c. V, n. 2.

<sup>183</sup> Cédulas de 19-6 y de 19-12 de 1568 a la Audiencia de México: ENCINAS, II, pp. 73 y ss.

<sup>184</sup> Cédula de 4-7-1570 a la Audiencia de México: ID, II, p. 75. ID. de 16-5-1571: ID, II, p. 78.

<sup>185</sup> Ley 7 de la Recopilación de las Leyes del Reino, y Cédulas de 19-12-1568 y 27-5-1582 a la Audiencia de México: ID., II, pp. 54, 76 y ss.

<sup>186</sup> Cédulas (dos) de 19-12-1568 a la Audiencia de México: ID., II, p. 78. Ordenanzas de las Audiencias, 1563: ID., II, p. 70.

<sup>187</sup> Cfr. MOREYRA, Oidores, p. 109.

Avendaño se siente obligado a recordar a los Alcaldes del Crimen cuatro obligaciones en especial, sin duda por juzgar que eran cuatro puntos normalmente descuidados por ellos en Lima. En primer lugar, la cuidadosa vigilancia que habían de tener con aquellos colonos que dejaron a sus esposas en España.<sup>188</sup> El tema puede resultar especialmente significativo por cuanto, al implicar a cualquier español que hubiese llegado a las Colonias, no queda muy claro que su lugar sea este Título IV dedicado a los oidores. Pero crimen frecuente debió ser cuando Avendaño se siente obligado a dedicarle un apartado especial.<sup>189</sup> Un crimen señalado repetidamente por la Corona<sup>190</sup> y al que el autor considera que ha de prestarse especial atención:

estos Jueces están obligados especialmente a inducir a quienes tienen su esposa en España, si no tienen su consentimiento, a que vuelvan con ellas; o que procuren traer a las que quieran venir, enviándoles el correspondiente pasaje; deshaciendo cuidadosamente los fraudes que suelen mezclarse en estos casos... pues nadie puede negar que esta separación, inhumanamente prolongada en contra del derecho de las esposas, es un crimen, pues con ella se priva a las esposas del derecho de pedir el débito.<sup>191</sup>

Esto, no obstante el que Avendaño, buen conocedor del Derecho, no ignoraría aquella disposición del Digesto sobre los procónsules: "es mejor que el procónsul vaya a la provincia sin su mujer, aunque pueda hacerlo con ella".<sup>192</sup>

Quizá fuera uno de éstos privados del débito —y entramos ya en la segunda obligación señalada por Avendaño, la de una cuidadosa vigilancia de las calles en horas nocturnas<sup>193</sup>— el caso del noctámbulo sorprendido merodeando por las calles de Lima, del

<sup>188</sup> Tít. IV, nn. 155-161.

<sup>189</sup> ID., cap. XVIII, § II, nn. 155-162.

<sup>190</sup> Cfr., repetidas Cédulas: ENCINAS, I, pp. 415-421.

<sup>191</sup> Tít. IV, n. 155.

<sup>192</sup> "Proficisci autem proconsulem melius quidem est sine uxore; sed et cum uxore potest": Digestum 1.16.4.2.- Sobre este tema, cfr. KONETZKE, R., "La emigración de las mujeres españolas a América durante la época colonial", en Revista Internacional de Sociología, III, 1945, pp. 123-150.

<sup>193</sup> Tít. IV, n. 162.

que no sin ironía Avendaño refuta las excusas que alegó tratando de justificar que iba armado:

En cierta Audiencia de este Reino, al ser sorprendido uno de éstos de noche con armas prohibidas bajo pena de muerte, evadió la pena porque testificó que tenía para ello licencia del Gobernador, concedida para que proveyera a su seguridad. Pero hubiera sido más que suficiente ordenarle que se quedara de noche en casa; así hubiera conseguido más seguridad.

Y quizá fuera también uno de éstos el oidor, sorprendido también en horas de la noche, esta vez impulsado, sí, por los susurros de Cupido.<sup>194</sup>

Avendaño reclama asimismo cómo “hay una queja frecuente en Indias, y no sin fundamentos también frecuentes, de que pesan mucho en dichos jueces las recomendaciones, con lo que se obstaculiza el curso legítimo de la justicia”. El “natural sanguíneo bilioso” del autor se muestra aquí particularmente severo, en una advertencia que resulta posiblemente la más áspera de todo este Título IV:

cuán gravemente puede delinquirse en esto es tan claro que no necesita de prueba. Atiendan, pues, esos jueces a sí, quienes con sus recomendaciones se empeñan en librar a los reos de la sentencia judicial, librarán también a los propios Jueces de la pena de condenación eterna. Que expíe, por tanto, el reo su culpa un tiempo, para que el Juez no sea atormentado eternamente.<sup>195</sup>

De la continuación del texto, al referirse a la cuarta de las obligaciones a que apuntábamos, el jesuita nos deja entrever de dónde provenían esas recomendaciones: “No puede aprobarse la práctica según la cual reos de crímenes infames quedan libres porque se consideran más honorables debido a algún cargo más relevante desempeñado, o porque son españoles de distinguida presencia; donde ser español o tener buena presencia se considera como un grado de superioridad”. Ya las Cédulas se habían referido a esto;<sup>196</sup> pero Avendaño se sintió en la obligación de recordarlo.

<sup>194</sup> ID., nn. 179, 103.

<sup>195</sup> ID., n. 151.

<sup>196</sup> ID., n. 152; cfr. Cédula a la Audiencia de México, 10-12-1573: ENCINAS, II, p. 85.

Por su parte, en referencia a los fiscales correspondía a éstos, según el propio Avendaño “el cumplimiento de los Rescriptos Reales y que se castiguen los violadores de la ley. Son los defensores de los derechos del rey y a veces, en causas especiales, de los particulares; y en Indias les corresponde, algo especial: la protección de los Indios”.<sup>197</sup> En realidad, eran los Abogados del Rey;<sup>198</sup> y, como tales abogados no pertenecían propiamente al orden de los oidores; de hecho, su paso de fiscal a oidor se consideraba un ascenso. Pero, como Abogados “del rey”, estaban asimilados a ellos. De ahí que las Cédulas ordenaran despachar en la audiencia durante tres horas por la mañana y que estuviesen presentes en los acuerdos de la audiencia,<sup>199</sup> señalándoles asiento preeminente en ellas inmediatamente después del oidor menos antiguo.<sup>200</sup>

Como Abogados del Rey, Avendaño se siente obligado a llamar la atención sobre tres puntos que la práctica forense limeña le hace ver insuficientemente cumplidos. Uno es que, como fiscal, debe velar por el fisco. No debían ser pocas las manipulaciones a este respecto, cuando nuestro autor —probabilista medular— se siente en la necesidad de sostener que “en lo que se refiere a los derechos reales, los fiscales no pueden seguir... una opinión probable que vaya contra el fisco”.<sup>201</sup> Aunque eso le suponga separarse de una doctrina jurídica mantenida por siglos: “no creo que obre mal quien, en cuestiones dudosas, se haya inclinado a responder contra el interés del fisco”<sup>202</sup> y que había quedado como estereotipo en el aforismo —a los que parece tan aficionado— de que “in dubio, contra fiscum”. El argumento del jesuita es que en caso contrario, el Abogado del Rey estaría favoreciendo a la parte contraria, cometiendo así prevaricación.

<sup>197</sup> Tít. IV, n. 162b.

<sup>198</sup> ID., n. 163.

<sup>199</sup> Cédula a la Audiencia de Nueva Granada, 2-6-1560: ENCINAS, II, p. 265. Y Cédulas a la Audiencia de Santo Domingo, 15-8-1564 y 21-5-1577; y a la de Lima, 22-8-1568: ID., II, pp. 263 y ss.

<sup>200</sup> Ordenanzas de las Audiencias de Indias, 1563; Cédula a la Audiencia de Nueva España, 18-7-1551: ID., II, pp. 261 y ss. Y Cédula a la Audiencia de México, 29-8-1570: ID., II, p. 262.

<sup>201</sup> Tít. IV, n. 163.

<sup>202</sup> “Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit”: Digestum, 49.14.10.

El segundo punto es que, también como Abogado del Rey, el fiscal debe ocuparse especialmente (“con obligación gravísima”) de la principal misión de la Corona en las Indias: la propagación de la fe. De no hacerlo, se convertirían de Abogados del Rey, en Abogados del Diablo. Consecuentemente —tercer punto— “los fiscales deben asumir religiosamente la protección de los Indios”.<sup>203</sup> La protección especial de los indios se había encomendado inicialmente a los obispos; el nombramiento que recibió para ello Juan de Zárate, obispo de Antequera, puede dar idea de qué esperaba la Corona de tal Protectoría.<sup>204</sup> Pero, para dar a ésta mayor fuerza y autoridad, en 1554 se trasladó a los Fiscales de las Audiencias, con el encargo especial de ayudar a los indios pobres;<sup>205</sup> de modo que el cargo de Protector de Indios quedó asignado oficialmente a los Fiscales.<sup>206</sup> Posteriormente se suprimió el cargo, incluyéndose entre las funciones de las audiencias como tales, y ya no sólo de los fiscales, la de proteger a los indios.<sup>207</sup> Sin embargo, no debe extrañar que casi un siglo más tarde Avendaño hable como desconociendo esta supresión por cuanto, a petición del virrey Conde del Villar, en 1589 se había restablecido el cargo en Perú, encomendándose inicialmente de nuevo a los fiscales, y luego a otros funcionarios.<sup>208</sup>

Pero, fueren quienes fueren tales Protectores de Indios, los fiscales están obligados gravemente a esa protección, función para la que “se consiguen pocos funcionarios solícitos”, siendo más bien muchas veces “los Jueces, los Relatores, los Protectores y otros... crueles aduaneros de la muerte de los Indios”.<sup>209</sup>

<sup>203</sup> Tít. IV, nn. 169s.

<sup>204</sup> Carta a Juan de Zárate, Obispo de Antequera, nombrándolo protector, con sus atribuciones, 4-7-1542: ENCINAS, IV, pp. 331-332.

<sup>205</sup> Cfr. Cédula a la Audiencia de Nueva España, 13-2-1554; Cédula a las Audiencias de Indias, 8-2-1575: ID., II, pp. 269 y ss. Y cfr. Ordenanza de las Audiencias de Indias, 1563: ID., II, p. 269.

<sup>206</sup> Cfr. Cédula a la Audiencia de Nueva Granada, 6-9-1563: ID., II, p. 268.

<sup>207</sup> Cfr. Cédulas a las Audiencias de Quito (10-2-1567) y México (27-5-1582): ID., IV, p. 333.

<sup>208</sup> Tít. IV, n. 170. Carta al Conde del Villar, Virrey del Perú, 10-1-1589: ENCINAS, IV, p. 334. Cfr. LOHMANN VILLENNA, G., *El Corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, 1957; BAYLE, C., *El Protector de Indios*, Sevilla, 1945.

<sup>209</sup> Tít. IV, nn. 220, 210.