

OBRAS DE REFERENCIA

DERECHO

Víctor Tau Anzoátegui

Casuismo y sistema

*Indagación histórica
sobre el espíritu del Derecho Indiano*



ATHENAICA
EDICIONES

CASUISMO Y SISTEMA

THE FIGUEROLA INSTITUTE

Programme: *Legal History*

The Programme «Legal History» of the Figuerola Institute of Social Science History—a part of the Carlos III University of Madrid—is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view—academically, culturally, socially, and institutionally—covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

PUBLISHER:

Carlos III University of Madrid

BOOK SERIES:

Legal History

Editorial Committee:

MANUEL ÁNGEL BERMEJO GASTRILLO, *Universidad Carlos III de Madrid*

CATHERINE FILLON, *Université Jean Moulin Lyon 3*

MANUEL MARTÍNEZ NEIRA, *Universidad Carlos III de Madrid*

CARLOS PETIT, *Universidad de Huelva*

CRISTINA VANO, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

OBRAS DE REFERENCIA

DERECHO

Víctor Tau Anzoátegui

Casuismo y sistema

*Indagación histórica
sobre el espíritu del Derecho Indiano*



ATHENAICA
EDICIONES

ATHENAICA EDICIONES UNIVERSITARIAS
OBRAS DE REFERENCIA | DERECHO

Publicación editada en colaboración con el
MAX PLANCK INSTITUTE

Historia del derecho, 98
ISSN: 2255-5137

Primera edición: mayo de 2021

© Víctor Tau Anzoátegui, 2021

© Milhojas Servicios Editoriales, S. Coop. And., 2021
c/ González Cuadrado, 46, 1A 41003 Sevilla (España)
www.athenaica.com / athenaica@athenaica.com

Imágen de cubierta: Grabado de la portada de los nueve libros de la
«Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias», aprobada por Carlos II en 1680
Maquetación y preimpresión: Antonio Álvarez

ISBN: 978-84-18239-37-3

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/32572>



Licencia Creative Commons Atribución No Comercia Sin Derivadas 3.0 España

CASUISMO Y SISTEMA, TREINTA AÑOS DESPUÉS...

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La obra que el lector tiene en sus manos es, sin duda alguna, una de las más logradas investigaciones de la historia del derecho indiano. Para comprobarlo, basta constatar el fenómeno de su citación, que constituye una referencia inevitable en los textos que se enfocan en la historia tanto jurídica, política como social, del espacio americano entre los siglos XVI y XVIII. Muchas veces, no obstante, dichas referencias dejan entrever lecturas parciales o, tal vez, superficiales de una investigación que condensa un saber profundo. Esta advertencia no busca inferir a quien leyere una interpretación adecuada o policial de la obra, mucho menos ante la estructura abierta que condiciona las posiciones subjetivas de lectura. Más bien pretende resaltar un hecho que deviene de la historicidad propia del libro, sus condiciones de circulación y sus consecuencias literarias. Con una primera y única edición en el año de 1992 publicada en Buenos Aires por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, la recepción de *Casuismo y Sistema* ha estado muy plausiblemente condicionada por el traspaso de capítulos aislados en el hoy casi inconcebible formato de fotocopias en papel, en préstamos universitarios que impedían la glosa que hace a la apropiación del lector de un contenido que lo interpela o, tal vez, por referencias mediadas por la lectura de un *otro* condicionante. Dicha razón es uno de los motivos que justifica esta reedición.

Las condiciones de producción de este libro se reflejan en el discurso que las ediciones, ya sean digitales o impresas, vehiculizan, sin que por ello se pueda modificar su «espíritu». Es que la sobriedad del estilo, la claridad de exposición y la profundidad

de cada párrafo son consecuencia de la práctica de investigación de Víctor Tau Anzoátegui. Lecturas intensas de la doctrina de los autores, fuentes de archivos y obras teóricas organizaron extensas y variadas notas preparatorias tomadas durante largos años, las cuales, a su vez, fungieron como soporte técnico a la práctica de escritura. Debe, en este sentido, destacarse que esta obra, como la mayoría de su producción científica, fue escrita de manera ológrafa. Esa condición de producción material es una de las variables que explican el porqué de un estilo tan único que se expresa en un detallado y límpido uso de la palabra. Una pluma meditada, que envuelve al lector en un tono que entrecruza erudición y simplicidad en la nada sencilla presentación de un mundo desconocido, haciéndolo amigable al contemporáneo, sin reducir, por ello, toda su complejidad. Claramente, se está ante una investigación que sintetiza años de trabajo, enseñanza en la cátedra universitaria y el diálogo siempre atento que caracteriza al autor. Se establece de este modo un vínculo que postula al libro como expresión biográfica e insustituible de la experiencia del escritor. Dimensión personal que manifiesta su especial consideración por un público amplio, transponiendo, así, las fronteras de la especialidad.

Si bien el lector es un «otro» de la más diversa formación, esta obra ha encontrado principal recepción muy especialmente en quienes se dedican tanto al estudio del derecho como al de la historia, en sus diversas adjetivaciones: social, cultural, jurídica. Ambas disciplinas son convocadas en toda su extensión dado el amplio título de la obra, cuyo indudable acierto, sin dudas, se aprecia en un efecto de sentido que producen tanto las categorías casuismo-sistema, como la conjunción «y», que las articula funcionalmente tanto de manera conjuntiva como disyuntiva. No es, entonces, una pregunta por modos de ser del derecho en compartimentos estancos. Más bien, es una indagación que se nutre de sus relaciones, tan complementarias como oposicionales. En efecto, su lectura disyuntiva comienza anticipando el concepto de «ruptura»

que compuso la modernidad jurídica y su imaginario, la cual introdujo en la pre-comprensión del pasado una suerte de trauma fundacional. Ello impacta en una reflexión que sólo interpelando al presente logra ir hacia el pasado, alterando la mediación narrativa establecida por el derecho moderno. En este sentido, la idea de «sistema» se toma para comprender críticamente el sentido común que habita nuestras mentes de Estado, las cuales han sido modeladas en la exaltación de un orden *more geométrico* racional que, como tal, se ha contrapuesto —de acuerdo a su aparato de legitimación histórica— al universo del antiguo régimen, representado éste como una contraparte oscura, asistemática y guiada por la arbitrariedad.

El «casuismo» emerge a partir de la toma de conciencia de estar ante una contraposición narrativa intencionalmente distorsiva, cuya suspensión permite una integración de la experiencia pasada en un pie de igualdad. Es así que se concibe una categoría que guía la simétrica búsqueda de una racionalidad tan legítima —aunque diversa— como aquella que estructuró el saber sistemático de los siglos XVIII-XIX. Precisamente, como lo advierte el autor desde la introducción, al valerse de unos tipos ideales contrapuestos se busca suspender una lectura teleológica, abriendo un hiato que habilita el reencuentro de múltiples racionalidades, en un gesto antropológico de empatía con *una* otredad definida por el tiempo. En algún punto, jugando con el título a la manera de un anacronismo productivo, de lo que se trata es de observar al casuismo con la legitimidad de un sistema. Esta apuesta implica repensar en las variadas formas de «encontrar el derecho» que las culturas jurídicas han impuesto de manera cambiante a lo largo del tiempo. Tarea que configura la epidermis de una obra encargada de analizar, historizando, los discursos jurídicos de la América Hispana en una larga duración. De este modo, la y el jurista ganan en imaginación y cultura al conocer el arbitrario histórico tanto narrativo como efectivamente desplegado para legitimar la práctica jurídica del presente; y otro tanto gana el historiador y la

historiadora, quienes pueden observar diversas duraciones, temporalizaciones y reformulaciones de variados institutos jurídicos que, entre pervivencias y quiebres, constituyen la cultura del derecho en una larga duración.

Pero una vez ingresada en la historia, la obra va más allá. Así, por un lado, se detiene en un puntilloso análisis de los dispositivos jurídicos del derecho indiano, yendo desde la enseñanza jurídica con sus respectivas fuentes del derecho —doctrina de los autores, ley, etc.— hasta la aplicación del derecho mediante la equidad —*epiqüeya*— y el *arbitrium iuris* precisado para cada caso. Por otro, y aquí lo fundamental, a partir del carácter minúsculo de la integración jurídica del caso, se observa el fenómeno del derecho en su integralidad. Es decir, además de proveer un herramental fundamental para la lectura y comprensión de las fuentes de archivo, mediante una explicación de los institutos jurídicos que estructuraron dicho discurso, recoge el sentido vívido de la praxis jurídica como experiencia cultural expresiva de una determinada cosmovisión de orden. En este punto se expresa el equilibrio ejemplar de la obra, el cual reside, precisamente, en la adopción de una posición enunciativa que se coloca en un umbral que se define entre la comprensión global del fenómeno jurídico y la descripción minuciosa de sus instituciones.

Esta inquietud por el carácter profundamente estructurante del derecho aparece ya en sus primeras líneas donde Víctor Tau Anzoátegui advierte que su búsqueda pretende descubrir, entre otras cosas, «las inclinaciones intuitivas» del jurista. La comprensión de la intuición importa en sí una radicalización de la investigación, puesto que exorbita la mera descripción del *modus operandi* jurídico determinado socialmente, para ingresar, en su lugar, en la dimensión de la «creencia». Dicha pregunta por la intuición del jurista anticipa el carácter religioso de la cultura católica del ordo indiano, cuya semántica histórica, en sus primeras definiciones, remite a su sentido teológico de *beatifica visio*. Así, los casos devienen indicadores y factores de una pluralidad, a partir de la cual se define una totalidad de orden que importa al enser del derecho y

define su racionalidad. En este punto de síntesis introductoria, y como lógica del derecho indiano, pareciera adecuado recordar la expresión de Aby Warburg: «*Der liebe Gott steckt im Detail*». Este objetivo es un posible sentido del subtítulo de esta obra: *Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*.

Ahora bien, su principal interés en descubrir la parte casuística de la ecuación no debe obturar el gesto crítico que expande esta investigación sobre otros campos del saber, ya sea la sociología o la filosofía del derecho. Precisamente, por partir de ese elemento fiduciario que organiza la intuición del jurista, el mundo indiano vuelve su rostro sobre la idea de «sistema», invitando a postular la pregunta por aquellas otras «creencias» que guían el quehacer jurídico actual, bajo la sombra de unas «ideas» que funcionan al nivel de un inconsciente histórico.

Esta interpretación, entre tantas otras varias posibles, abre el espacio para una aclaración a modo de feliz advertencia. A casi treinta años de su primera edición puede comenzar a constatar el efecto de sentido que produce esta obra. Tal vez sea atinente retomar el ya mencionado estilo límpido de Víctor Tau Anzoátegui, el cual conduce a una lectura ágil, cuya velocidad no impide la producción de fuertes impresiones sobre el universo del derecho indiano. Sin embargo, también sea apropiada una lectura que emule el aire de la escritura. Ello así, puesto que con el tiempo y la relectura se termina por comprender que muchos hallazgos historiográficos o jurídicos ya se encontraban condensados en estas páginas que hoy se vuelven a reeditar. Sirva esto también como razón de reedición y como agradecimiento al empático respeto que el autor siempre prodiga por el otro, lector, alumno o amigo.

AGUSTÍN CASAGRANDE. *Buenos Aires*

THOMAS DUVE. *Frankfurt am Main*

JORGE NÚÑEZ. *Buenos Aires*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO

Avda. de Mayo 1437, 1° A - Buenos Aires

Comisión Directiva

Director:	Ricardo Zorraquín Becú
Vicedirector 1°:	José M. Mariluz Urquijo
Vicedirector 2°:	Víctor Tau Anzoátegui
Secretarios:	Eduardo Martiré Carlos M. Storni
Tesorero:	José M. Díaz Couselo

Miembros Titulares

Edberto Oscar Acevedo	Alejandro Diego Míguez
Juan C. Arias Divito	Luisa Miller Astrada
Marcela Aspell de Yanzi Ferreira	Tulio E. Ortiz
Carlos O. F. Bianchi	Alejandro Padilla
Raquel Bisio de Orlando	Carlos Páez de la Torre (h)
Noemí del Carmen Bistué	Roberto I. Peña
Luis María Caterina	Dardo Pérez Guilhou
Jorge Comadrán Ruiz	Domingo A. Pigretti
Marta de la Cuesta Figueroa	Nelly R. Porro
Norberto C. Dagrossa	María Rosa Pugliese
Miguel Angel De Marco	Horacio G. Rava
José M. Díaz Couselo	Susana Ramella de Jefferies
Gastón Gabriel Doucet	Ricardo Rees Jones
Liniers de Estrada	Daisy Ripodas Ardanaz
Carlos G. Frontera	Isidoro J. Ruiz Moreno
César A. García Belsunce	Marcelo U. Salerno
Leoncio Gianello	María Laura San Martino de Dromi
Julio C. Guillaumondegui	Luis Santiago Sanz
Margarita Hualde de Pérez Guilhou	María Cristina Seghesso de López Aragón
Viviana Kluger	Carlos S. A. Segreti
Julio R. Lascano	María Isabel Seoane
Alberto David Leiva	Carlos M. Storni
Abelardo Levaggi	Héctor J. Tanzi
Nélida R. Liparoti	Víctor Tau Anzoátegui
Carlos Luque Colombres	Francisco E. Trusso
Ernesto J. A. Maeder	Alfredo Velázquez Martínez
José M. Mariluz Urquijo	Eduardo Ventura Flores Pirán
Pedro Santos Martínez	Mario Carlos Vivas
Guillermina Martínez Casado de Fuschini Mejía	Ramón P. Yanzi Ferreira
Mónica Patricia Martini	Luis Maximiliano Zarazaga
Eduardo Martiré	Horacio Zorraquín Becú
Ramona L. Meza Giménez	Ricardo Zorraquín Becú

Miembros Correspondientes

Horacio Aránguiz Donoso (Chile)	Guillermo Floris Margadant (México)
Beatriz Bernal (México)	Sergio Martínez Baeza (Chile)
Woodrow Borah (Estados Unidos)	José Martínez Gijón (España)
Bernardino Bravo Lira (Chile)	Carlos Molina Argüello (Nicaragua)
David Bushnell (Estados Unidos)	Gisela Morazzani de Pérez
Fernando Campos Harriet (Chile)	Enciso (Venezuela)
Pierangelo Catalano (Italia)	Guillermo Morón (Venezuela)
Helmut Coing (Alemania)	Antonio Muro Orejón (España)
Carlos Díaz Rementería (España)	Fernando Muro Romero (España)
Antonio Dougnac Rodríguez (Chile)	Edmundo M. Narancio (Uruguay)
María A. Figueroa Quinteros (Chile)	Horst Pietschmann (Alemania)
Alfonso García-Gallo (España)	Demetrio Ramos Pérez (España)
Concepción García-Gallo (España)	José Reig Satorres (Ecuador)
María del Refugio González (México)	C. Alberto Roca (Uruguay)
Javier González Echenique (Chile)	Manuel Salvat Monguillot (Chile)
Alejandro Guzmán Brito (Chile)	Ismael Sánchez Bella (España)
Lewis Hanke (Estados Unidos)	Sandro Schipani (Italia)
Marie Helmer (Francia)	Santiago G. Suárez (Venezuela)
Alberto de la Hera (España)	Francisco Tomás Valiente (España)
Luis Lira Montt (Chile)	Juan V. Ugarte del Pino (Perú)
Guillermo Lohmann Villena (Perú)	Rafael Eladio Velázquez (Paraguay)
Jorge Luján Muñoz (Guatemala)	Gonzalo Vial Correa (Chile)
Juan Manzano y Manzano (España)	Silvio Zavala (México)

Miembros Titulares y Correspondientes fallecidos

Alamiro de Avila Martel (Chile)	Francisco P. Laplaza
Jorge Basadre (Perú)	Humberto A. Mandelli
Armando Braun Menéndez	Manuel T. Marull
José Carmelo Busaniche	Carlos R. Melo
Rafael Castellano Sáenz Cavia	Carlos Mouchet
Atilio Cornejo	José María Ots Capdequí
Edmundo Correas	(España)
Oscar Luis Ensínck	Sigfrido Radaelli
Mario Góngora (Chile)	Américo A. Tonda

INTRODUCCION

1. Objeto de la obra. 2. Puntos de apoyo de la investigación. a) La historiografía jurídica indiana, b) Los estudios históricos sobre el Derecho europeo. c) El enfoque de los romanistas, d) Las nuevas contribuciones de la metodología jurídica, de la filosofía y de la sociología del Derecho. e) El aporte de otras áreas historiográficas. 3. Planteo del tema.

1. Objeto de la obra

Para descubrir el espíritu de determinado Derecho es preciso penetrar en capas profundas de la mentalidad y cultura de la sociedad. El proceso histórico de la compleja civilización española en América, desde el Descubrimiento a la Independencia, sólo puede ser acabadamente comprendido cuando al reconocimiento de superficie se une la exploración del subsuelo. En esta obra me propongo ir en busca de creencias e ideas que, palpitando por debajo de la legislación, la jurisprudencia o la actividad judicial, dan sustento y confieren peculiaridad al orden jurídico hispano-indiano y estimulan su transformación¹. Las nociones de casuismo y sistema resultan, a mi juicio, aptas para aglutinar un estudio de estas características.

¹ Esta cuestión ha sido destacada por MARIO GÓNGORA bajo la denominación de "convicciones jurídicas" (El Estado, 9-11). Sobre esto, TAU ANZOÁTEGUI, "Las convicciones".

Esta ambiciosa aspiración tiene sus límites naturales, dados tanto por el enfoque concreto como por mis posibilidades intelectuales. La primera gran dificultad con que tropezamos es que el Derecho hoy vigente en Europa continental e Iberoamérica se ha apartado tan profundamente de la concepción imperante con anterioridad al siglo XIX, que ese antiguo orden resulta de difícil comprensión para el jurista actual, aunque se conserven muchos principios y normas concretas. La “ruptura” se produjo dentro de un complicado proceso evolutivo, estimulado por el racionalismo, plasmado en la codificación desde fines del siglo XVIII y reforzado por las corrientes legalistas y dogmáticas. Pocas veces se repara en que el mayor recorrido histórico de nuestro orden jurídico fue realizado bajo una concepción diferente a la hoy dominante.

Ese cambio tan profundo ha despertado en nuestros juristas de los siglos XIX y XX ciertos aires de superioridad sobre cualquier creación jurídica que no pertenezca a su estirpe racionalista y sistemática. Nuestro Derecho indiano cayó también bajo ese juicio desdeñoso que envolvió a los ordenamientos casuistas. Los nuevos estudios histórico-jurídicos han logrado revertir esta actitud en el campo del Derecho romano y también se han encargado de abrir nuevos cauces en la observación histórica, hasta ahora uniforme e impenetrable, de la pandectística alemana del Ochocientos. En vías de superar esa actitud del jurista dogmático, no es aceptable que una reacción ligera nos lleve a sobrestimar aquellos Derechos casuistas, seducidos por una simple apreciación teórica y empujados por la crisis que padece el otrora omnipotente “sistema de Derecho”. Caeríamos entonces en el mismo error que debemos enmendar.

Se impone, pues, escapar a ese reducto dogmático y penetrar en la realidad rica y compleja que ofrece la sociedad hispano-indiana en pos de conocer la mentalidad de sus juristas, el modo en que se concebía el Derecho, los criterios que presidían la elaboración y la aplicación normativas.

Podremos así descubrir las concepciones dominantes, la manera de razonar, sus métodos, las inclinaciones intuitivas. Por esta vía nos acercaremos a conocer el “espíritu” del Derecho indiano.

Nuestro tema desborda lo jurídico o, si se prefiere, la indagación no puede agotarse si la reducimos a los estrictos límites del Derecho. Si casi ninguna investigación histórico-jurídica puede dar por cumplido su recorrido sin precisar las vinculaciones que la unen con el contorno social, la presente es de aquellas que más requieren esas vistas. Casuismo o sistema, a despecho de lo que pudiese parecer, no son meras expresiones de la esfera jurídica. Son, en buena parte al menos, reflejos de otras parcelas de la vida del hombre —filosófica, religiosa, económica, política, etc.— que unidas a motivaciones técnicas, dieron sustentación a cada concepción, en el respectivo tiempo histórico. De ahí que resulte necesario conocer esas conexiones sociales del fenómeno, sin dejar de atender por cierto al peculiar despliegue que alcanzaron dentro del Derecho.

Esta obra apunta a esclarecer el tema propuesto, pero puede alcanzar, como modesto estímulo, otras proyecciones. Así puede iluminar nuevas investigaciones sobre el Derecho indiano al ayudar a comprender instituciones, actitudes, opiniones, regulaciones que no resultan fáciles de explicar con los materiales o puntos de vista hasta ahora disponibles. En efecto, la necesidad de comprender la desbordante variedad y diversidad de los fenómenos jurídicos indianos ha llevado a los historiadores a elaborar ciertos esquemas de orden, en donde se refleja la actual mentalidad sistemática. Es ésta, a los fines de la comprensión histórica, un elemento estimable incorporado a nuestro acervo intelectual. Pero una aplicación demasiado rigurosa de esta mentalidad sistemática puede conducir —y de hecho ha ocurrido— a una deformada reconstrucción de ese ordenamiento, con el peligro de desechar —sin proponérselo— materiales que entorpecen esa elaboración, no obstante ser piezas vitales en un orden jurídico

distinto. Acaso la cuestión encuentra un símil en el intento de quien procura reconstruir un viejo edificio utilizando sus piedras, pero ateniéndose a un diseño moderno. Ya en 1952 Mariluz Urquijo advertía sobre la necesidad de reconstruir el juicio de residencia tal como surgía de la documentación manejada en vez de “trazar un sistema armónico, de líneas coordinadas y equilibradas proporciones”, enfatizando el riesgo de sentar conclusiones universales². Me complacería que el lector encuentre repetidas ocasiones para afirmar este paradigma metodológico.

El surco abierto por esta investigación puede ser también de interés para la actual ciencia jurídica, más allá del indudable enriquecimiento que todo aporte histórico-jurídico suele brindar, de modo indirecto, al conocimiento del Derecho hoy vigente. Me refiero a que tal vez contribuya a desvanecer la presuntuosa idea del jurista contemporáneo, cuando proclama que el Derecho sólo deviene en ciencia con la adopción en el siglo XIX de la Dogmática jurídica, convertido de este modo en el único camino lícito que él tiene para su elaboración intelectual, con evidente desprecio de todos los anteriores métodos y técnicas cultivados. Así aquel jurista considera que la concepción casuista ha quedado superada, sin posibilidad de retorno, por una nueva que hizo del Derecho un sistema conceptual-normativo integral, en cuya impecable construcción científica, compuesta de normas generales entramadas, reposa la fuerza y eficacia del orden jurídico que rige a la sociedad.

En la necesidad de superar enfoque tan unilateral, es conveniente recordar el modo abierto con que Helmut Coing plantea la cuestión: el método científico de una ciencia determinada es —dice— “el conjunto de puntos de vista —tanto generales como concretos— que después de la experiencia adquirida en la disciplina, deben ser observados en la investigación y que son admitidos en la discusión en el

² MARILUZ URQUIJO, *Ensayo*, XVII.

cuadro del que cada ciencia positiva se desenvuelve”³. Dichos puntos de vista ofrecen un proceso de mutación al que hay que atender, pues históricamente el Derecho —o cualquier otra ciencia— ha sido pensado de diferentes maneras.

Agrietado ya aquel modelo científico —sin duda, admirable— que condujo a la ciencia jurídica a un pronunciado aislamiento del mundo social, el saber jurídico busca nuevos criterios o métodos que puedan auxiliar o suplantar a la declinante Dogmática. Una de sus vías es —como ocurrió en otras épocas— volver la mirada hacia el pasado para descubrir en la tradición jurídica anterior al siglo XIX el despliegue de variadas formas metódicas con particular énfasis en la decisión del caso⁴. Sin necesidad de acudir a ordenamientos extraños a nuestra tradición, se puede encontrar en el pasado algunos modelos que permiten la reflexión crítica sobre el estado actual del Derecho y la consiguiente renovación.

Considero que el presente estudio puede también ser de utilidad a quienes cultivan otras áreas historiográficas, dado el papel protagónico que el Derecho tuvo en la estructura social de los siglos XVI a XVIII. Principalmente me refiero a la historia social, la historia de las ideas y la nueva historia política. Sobre todo, en las líneas de investigación cada vez más interesadas en ir más allá de la organización estatal para abarcar su proyección social, conocer las estructuras del poder y penetrar en el complejo mundo de las mentalidades. Para estas tareas es prioritario establecer el sentido que debe darse a la expresión “orden jurídico” u “orden legal”, utilizada habitualmente en estos estudios en base a una fijación rígida derivada de una noción actual o de un razonamiento abstracto, cuando no de un enunciado superficial. Así, por ejemplo, cuando se indaga en torno a las transgresiones, ese “orden” constituye obligado punto de referencia. Es entonces necesario que éste sea examinado con un criterio que atienda a las características que presenta en cada sociedad y

³ COING, “Trois...”, 533.

⁴ ZULETA PUCEIRO, *Paradigma*, 276.

en los diferentes tiempos históricos. La manera —rígida o flexible— con que se entendían y aplicaban las normas es un elemento indispensable para dar a ese género de estudios sólidas bases de elaboración.

En la génesis y maduración de esta labor de investigación he tenido presente las ideas expuestas y la posibilidad de su múltiple utilidad. Ello me ha estimulado decididamente a su concreción. Durante largo tiempo he ido acumulando el material que me sirve de apoyo, y en los últimos años intensificado las búsquedas principalmente en archivos y bibliotecas españoles. Como es de suponer, los testimonios se hallan dispersos en multitud de papeles antiguos, impresos y manuscritos. Muchas veces, el valor de un testimonio reside en descubrir su espíritu oculto tras las palabras. No hay índices o ficheros temáticos que faciliten la búsqueda. Si bien he procurado elegir siempre escritos o ejemplos representativos y en número suficiente para que el error de apreciación sea mínimo, esto no impide que a través de otros testimonios o de nuevas interpretaciones sobre textos ya conocidos, puedan surgir puntos de vista que maten o directamente contradigan las opiniones que sustentan. Antes que agotada, la indagación que presento queda abierta a nuevas búsquedas y reflexiones.

2. Puntos de apoyo de la investigación

La tarea que emprendo tiene por necesario punto de partida el estado actual de la investigación que, en nuestra materia, se ha venido desplegando en campos históricos y jurídicos afines, aunque no siempre conectados entre sí. Es preciso reseñar cada uno de ellos, de donde he extraído materiales y sugerencias estimulantes para la redacción de esta obra.

a) *La historiografía jurídica indiana*

El primero es, sin duda, el de los estudios de Historia del Derecho indiano, dentro de cuyos límites se ubica naturalmente este libro, dada la inclinación del autor y el objeto de la investigación. Cabe apuntar en este sentido la inexistencia de estudios concretos sobre nuestro tema, ya en monografías, ya dentro de las obras generales. El mismo sólo se refleja en expresiones o alusiones al caracterizar el Derecho indiano o al tratar alguna institución o problema en particular. No obstante, esta ausencia de estudios y reflexiones, creo necesario dar somera cuenta del examen que he realizado sobre este tratamiento historiográfico.

Destaco, en primer término, que los historiadores del Derecho indiano desde hace más de setenta años no han ignorado el tema y casi siempre se han sentido impulsados a dar o insinuar algunos juicios. Estos se han apoyado habitualmente en una base madura, pese a la rapidez, brevedad y hasta superficialidad con que fueron emitidos, sin incurrir en una actitud desdeñosa hacia el casuismo ni ditirámica hacia el sistema —lo que se hubiese explicado cuatro décadas atrás—. Estos rasgos justifican, para mí, la necesidad de la investigación y comprometen su concreción.

Casuismo y sistema son conceptos que de modo ocasional han ocupado a los historiadores, la mayoría de las veces sin establecer nítidamente una relación entre los mismos, y sin utilizar esas voces en el sentido específico que se hace en esta obra. Sin embargo, se detecta en general la presencia de los elementos componentes de la relación: uno apuntando al caso, a lo particular; el otro, dirigiéndose hacia la generalización, la abstracción. Ambos aparecen con más frecuencia en el nivel descriptivo del ordenamiento y no en su valoración. La aludida madurez preserva a la mayoría de los estudiosos de caer en fáciles esquemas que conduzcan, por ejemplo, a señalar *a priori* una superioridad del sistema sobre el casuismo. No todos ellos están exentos

de los efectos que en su formación intelectual ha ejercido la concepción sistemática dominante en el universo jurídico.

Entre los autores es bastante generalizada la referencia al casuismo como carácter propio de la legislación indiana dictada en la Península⁵, sin extender ese juicio a la expedida en América. Salvo excepciones, no aparece señalado el enlace del casuismo indiano con la mentalidad dominante en el Derecho común o en el castellano. Es más, algunos como Ots Capdequí, parecieran empeñados en trazar una separación. De tal modo, la impresión dominante que se recoge en esta cuestión, después de leer a nuestros principales historiadores, es que se trata de un casuismo legislativo, de procedencia peninsular, originado en la peculiaridad que ofrecía el Nuevo Mundo.

En este punto cabe anotar el aporte de dos estudiosos, diferente en sí, pero coincidente en cuanto a buscar una comprensión más amplia de ese fenómeno. En uno de sus tan singulares estudios de la década del cuarenta, Rafael Altamira se propuso demostrar la existencia de una autonomía y descentralización legislativa en las Indias⁶. Llevado por este propósito dedicó parte sustancial de su examen a poner en evidencia, con el acopio de numerosos testimonios, la peculiaridad de la legislación indiana, sentida tanto en España como en América, como consecuencia de la diversidad de las tierras y las situaciones. Altamira enlazaba este desarrollo americano con la idea ya existente en la tradición jurídica castellana. Aunque el maestro español prefiere acogerse a otras voces más técnicas, no hay duda de que estamos en presencia de una forma de exteriorización del casuismo. Tal estudio, por su aporte documental y por sus reflexiones, resulta de indudable valor en la consideración de aspectos parciales de nuestro tema.

A su vez, José M. Mariluz Urquijo presentó el casuismo legislativo como un fenómeno dominante en el mundo ju-

⁵ ZORRAQUIN BECÚ, *Historia*, I, 218.

⁶ ALTAMIRA, "Autonomía...".

rídico de entonces —no sólo en el ámbito indiano—, en el que la agudeza del jurista estaba presente para apreciar los matices de cada caso y resolver los problemas conforme a las exigencias particulares, a diferencia de la actitud del jurista actual, más atento a la uniformidad del Derecho⁷. Este juicio, aparte de su contenido valorativo, apunta a mostrar al jurista en un papel ciertamente creativo y no mecánico en la solución de los problemas que se le planteaban. Si tenemos en cuenta que fue Mariluz quien, con gran perspicacia, utilizó una singular página de fray Luis de León enaltecedora del casuismo —que examinaré en su momento— podemos sostener que aun habiéndose ocupado del tema de modo incidental —en realidad lo hizo para advertir acerca de las dificultades e inconveniencia de recrear sistemáticamente el juicio de residencia, asunto de su investigación entonces— fue él quien, en 1952, expresó con más claridad el concepto del casuismo indiano.

Para algunos autores el casuismo abarca toda la esfera jurídica, otros subrayan su presencia en determinados sectores, como el político-administrativo⁸, el Derecho privado, o el desplegado en concretas instituciones⁹. Desde otro punto de vista, el casuismo legislativo ha sido apreciado como peculiaridad regional. Así ya en 1924 lo ponía de relieve Ricardo Levene, quien señalaba el vano intento de unidad que había perseguido la Recopilación de 1680, pues la diversidad jurídica de los reinos o provincias no sólo se mantuvo, sino que se hizo más profunda¹⁰. De igual modo, para García-Gallo, el Derecho provincial indiano subsistió aun después de la Recopilación¹¹. Esta idea del Derecho provincial es seguida por la generalidad de los autores. Uno

⁷ MARILUZ URQUIJO, *Ensayo*, XVI.

⁸ ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia*, I, 121.

⁹ Ídem, 218.

¹⁰ LEVENE, *Introducción*, 280-282. Estos párrafos, mejor precisados en el sentido que ahora destacamos, se incorporaron a la *Historia*, I, 269-271.

¹¹ GARCÍA-GALLO, "Problemas", 89.

de ellos, Malagón Barceló, la compara con el Derecho provincial del Imperio romano¹².

En cuanto a la presencia del casuismo a través del tiempo, la ambigüedad de algunos historiadores llevaría a suponer su permanencia inmutable. Hay quienes lo acentúan en los orígenes o primera época, fijándolo en la primera mitad del siglo XVI¹³, o extendiéndolo a toda la centuria. La aparición de ordenanzas de diverso tipo ya en aquella primera mitad¹⁴, o la labor de don Juan de Ovando en la década de los sesenta, constituyen hitos en los cuales se fijan a veces la superación del casuismo inicial y aun el surgimiento del elemento sistemático. Para unos, esto se hizo manifiesto en la Recopilación de 1680 y para otros en la Ordenanza de Intendentes de 1782. José Miranda —al caracterizar el orden político— prefiere atenerse a una división en dos etapas, la de los Austrias con predominio de una mentalidad casuista, y la de los Borbones, donde se impuso la racionalización¹⁵. De modo general, Ots Capdequí, al trazar las características del Derecho indiano, establece en primer lugar “un casuismo acentuado y, en consecuencia, una profusión legislativa extraordinaria” y, en segundo lugar, “una tendencia asimiladora y uniformadora”. Afirma que, aunque esta última línea fue pretendida por los Austrias y más aún por los Borbones, la realidad se impuso y la diversidad se hizo patente¹⁶.

Según se advierte, en general la incidencia de las concepciones casuista y sistemática ha sido reducida al campo legislativo, siendo la promulgación de determinados cuerpos orgánicos la señal que orienta el Derecho indiano hacia un cambio de concepción. Otros estudiosos han puesto su atención en el cambio dinástico de la Monarquía. Estas apreciaciones, más allá de su aceptación relativa, resultan insuficientes, pues están limitadas a enfoques estrechos, ya redu-

¹² MALAGÓN BARCELÓ, *La literatura*, 22.

¹³ GARCÍA-GALLO, “Problemas”, 87.

¹⁴ GARCÍA-GALLO, “Génesis”, 133.

¹⁵ MIRANDA, 145-146.

¹⁶ OTS CAPDEQUÍ, *Manual*, 330; *Historia*, 88.

cidos al plano legislativo, ya dando valor absoluto al cambio dinástico. De cualquier modo, muestra atención al proceso evolutivo y al cambio histórico. La dificultad de establecerlo con precisión en cualquiera de los momentos o hechos indicados —o en otros distintos— nos lleva a una extremada cautela en este aspecto, al punto de renunciar a fijarlo rigidamente, y elegir, en cambio, hacerlo de modo flexible, según sean los niveles, buscando sólo ciertas aproximaciones.

En general, nuestros historiadores no han entrado, al menos de manera decidida, en el terreno valorativo. De quienes lo han hecho, recogemos aquí dos juicios opuestos. Diego Luis Molinari afirmaba en 1922 que el legislar por casos introdujo tal anarquía en el mundo curial que hubo de buscarse la solución en “la recopilación metódica” de las leyes¹⁷. Esta expresión induce a mostrar al sistema como superador de los problemas provocados por el casuismo. Distinta era la apreciación que ya en 1924 sustentaba Ricardo Levene, al afirmar que “la legislación de Indias fue particularista y progresista, es decir, destinada a resolver los casos que se presentaban y abierta a las nuevas prescripciones que sin cesar sucedían a las antiguas para mejorarlas o simplemente complementarlas, en un movimiento de reformas que no terminó sino con la dominación misma”¹⁸. El casuismo es aquí valorado de modo muy distinto. No veía Levene en él un caos legislativo, pero tampoco lo negaba. Su visión se articula de otra manera: la apertura que tenía hacia los problemas nuevos, le permitía tender a un continuo progreso, mediante un incesante movimiento de reformas.

Estas estimaciones pueden cerrarse con un aspecto no contemplado expresamente en los juicios anteriores. En efecto, Alfonso García-Gallo atribuye “el casuismo y contradicción frecuente de la legislación indiana... al deseo de atender a la realidad”¹⁹. En otro trabajo anterior, de manera

¹⁷ MOLINARI, *Introducción a...*

¹⁸ LEVENE, *Introducción*, 42. Reiterado en *Historia*, I, 110-111.

¹⁹ GARCÍA-GALLO, “Problemas...”, 84.

más amplia afirma que la nueva legislación “se va formando a medida que los problemas surgen o se plantean acuciantes en un lugar cualquiera: es por ello una legislación casuística, ocasional, que va remendando o poniendo parches allá donde la fuerza de la realidad acusa fisuras en el ordenamiento vigente. Ante la ausencia de un plan general, en cada ocasión, en cada lugar y en cada momento, se determina lo que parece mejor; aunque a veces, por la distinta forma de plantearse un mismo problema, la solución difiere de uno a otro lugar”²⁰.

Estos ejemplos selectivos que acabo de presentar muestran, dentro de una diversidad de enfoques, una tendencia a comprender —y aun a valorar— el casuismo indiano, ya sea porque respondía a la mentalidad jurídica de la época, ya porque atendía con mayor presteza a las exigencias de la realidad, ya porque su carácter de ordenamiento abierto lo hacía sensible a una continua renovación. No faltaban puntos de vista opuestos, como el de Molinari, pero carecieron de aceptación entre los mejores especialistas.

Al margen de este asunto vital, los estudios históricos del Derecho indiano han crecido vigorosamente en las últimas tres décadas, a través de nuevas orientaciones metodológicas y líneas de trabajo que han impulsado una intensa producción monográfica y una significativa aportación documental. Que hoy sea posible pensar y abordar un tema como el presente es, más que el esfuerzo de un autor, el resultado de esa tarea colectiva, pues es ésta —según se verá— el apoyo natural que sustenta el desarrollo de una investigación que debe considerarse insertada en su campo de estudio.

Como el despliegue de la historiografía indiana se ha producido bajo el imperio de una mentalidad jurídica sistemática, debemos hacer un gran esfuerzo de comprensión para explicar cómo los hombres o los juristas de los siglos XVI y XVII se sentían tan a gusto viviendo bajo un orden casuista y desdeñaban para el Derecho la adopción de una concepción abstracta y sistemática. He aquí el mayor desa-

²⁰ GARCÍA-GALLO, “Génesis...”, 132-133.

ño que nos aguarda: comprender ese pasado con nuestra mentalidad actual, formada en criterios conceptuales antagónicos a los que entonces prevalecían.

Si en toda indagación el historiador está precisado a buscar el auxilio de otras áreas de estudio que le ayuden a mejorar su percepción acerca del pasado, en el tema abordado el requerimiento de esa ayuda se hace imperiosa exigencia, por las circunstancias explicadas, a riesgo de amputar seriamente el desarrollo de la investigación frustándola en su mismo meollo. En esa búsqueda, pues, nos encontramos con los demás campos en los cuales he cosechado estímulos, criterios y materiales para la tarea.

b) *Los estudios históricos sobre el Derecho europeo*

Como paso inmediato cabe preguntarse si existen inquietudes análogas, insinuadas o desenvueltas por historiadores del Derecho dentro del marco de la Europa continental e Iberoamérica, en donde rige un común tipo de ordenamiento.

En esta área sobresale un breve ensayo, de muy lúcida concepción y realización, publicado en 1957 por el profesor Helmut Coing y difundido en el mundo de habla española dos años después con el título *Historia y significado de la idea de sistema en la jurisprudencia*. En los estrechos límites de una conferencia, el maestro alemán ofrece un sugestivo esquema de la evolución de la idea sistemática desde el Derecho romano hasta nuestros días, producto de una rara madurez en el estudio del tema. Aporta los indudables beneficios de una visión global en el tiempo y en el espacio, pero sin posibilidad de cubrir los vacíos provocados por la falta de matizaciones en un tema que tanto los necesita en su ritmo histórico y en su localización territorial. Aunque la indagación está dirigida concretamente a uno de los dos elementos que estudiamos —el sistemático—, la estrecha

relación existente entre ambos hace que, aunque sea de modo indirecto, se ocupe también del otro.

Recientemente Paolo Capellini ha publicado una extensa investigación dedicada al sistema jurídico, desde la perspectiva alemana del Ochocientos. Se trata de una indagación básica para comprender un aspecto desconocido de esa jurisprudencia, y en cierto modo para advertir las dificultades que encontró entonces el triunfo de la idea sistemática. El estudio de esta cuestión excede el marco temporal de nuestra investigación. Lamentablemente, Capellini dedica poca atención a las raíces del pensamiento sistemático, lo que en parte es explicable dada la aparición algo tardía de la idea en suelo germano.

Puntos sugestivos contienen los breves ensayos de Fritz von Schwind y de Stig Strömholm, y también las obras generales sobre el Derecho europeo de la Edad Moderna, como las de Adriano Cavanna y de Helmut Coing. Cabe asimismo recordar algunas contribuciones de estudiosos que, trabajando sobre el método de los juristas medievales —como Piano Mortari y Carpintero— permiten acercarnos al conocimiento de la mentalidad de los hombres de Derecho que actuaron en el período inmediato siguiente.

Dentro del ámbito español no conozco estudio específico alguno, salvo un antiguo ensayo de Luis Sánchez Agesta, cuyo contenido carece del atractivo que dimana de su título²¹. Varios trabajos de Bartolomé Clavero tratan sobre cuestiones metódicas que nos conciernen.

c) *El enfoque de los romanistas*

Sin escaparnos de la Historia del Derecho en su sentido más amplio pero introduciéndonos en una disciplina que tiene bien acotado su método, finalidades y período histórico —tal el Derecho romano— nos hallamos en presencia del modelo más sobresaliente de trabajo intelectual sobre

²¹ SÁNCHEZ AGESTA, “La teoría del sistema...”

nuestro tema. Esta labor fue impulsada como una reacción ante la postura que el jurista dogmático adoptó ante la jurisprudencia romana. Profundos aportes monográficos fueron perfilando la imagen de un Derecho romano clásico, en cuyo centro aparecía la tarea creadora del jurista, preocupado por la atención del caso a solucionar y desinteresado de los problemas de una arquitectura científica. Los trabajos de B. Biondi, F. Schulz, M. Kaser, A. D'ors, M. García-Garrido, A. Fernández Barreiro, A. Guzmán y L. Vacca, entre muchos otros, dieron a conocer estos nuevos criterios, sin omitir en sus contribuciones las consecuencias que tenía para el universo de los cultivadores del Derecho actual esta muestra excepcional de un creativo “derecho de juristas”.

Estas reflexiones llevaron a algunos de esos estudiosos a confrontar ese modelo con la actual ciencia jurídica, en comparaciones que tendieron a mostrar sobre todo las ventajas de aquel orden sobre el presente. Bien vale ocuparse de dos ejemplos salientes de este modo de elaboración intelectual.

En un antiguo trabajo de Biondo Biondi —cuya versión española es de 1953— se ponía de relieve la contraposición entre el empirismo romano y medieval y el dogmatismo alemán del XIX. Si bien reconocía el progreso a que ha llevado la Dogmática moderna, Biondi estimaba que el Derecho no podía reducirse a constituir una ciencia que, de modo abstracto, sistematizara los conocimientos jurídicos. Para él, el Derecho se expresa a través de la solución justa de los casos concretos y ésta fue la orientación que tuvo el Derecho romano, tal como lo revela la definición de Celso, al considerarlo como arte de lo bueno y equitativo. La actual ciencia jurídica —continúa—, al orientarse hacia lo abstracto, ha perdido de vista ese objetivo. Sostiene Biondi que la justicia constituye una noción que forma parte más de la intuición que de definición categórica y que es necesario volver a considerar los problemas jurídicos dentro de la realidad social, que el jurista debe conocer bien —como los de la época

romana y medieval—, ya que es necesario que su mirada sea “capaz de escrutar en los más mínimos detalles un horizonte sin límite, o al menos más vasto que el de las otras disciplinas”²².

Un análogo estímulo comparativo llevó también al romanista español Alvaro D'ors a mostrar la confrontación entre casuismo y sistema, como problema actual, en este significativo párrafo: “No se me oculta todo el desprestigio en que la ciencia jurídica sistemática en connivencia con el legalismo quisieron hundir al casuismo. En efecto, la ley es por naturaleza de carácter general y no debe descender al casuismo, pues corre el riesgo de resultar insuficiente y arruinar así el mito de su propia perfección, pero cuando un jurista abomina de un casuismo no hace más que perder su propio terreno y someterse a las reglas del terreno del legislador. El casuismo es realmente la más segura defensa de la libertad del jurista, precisamente porque es inaccesible al legislador. La jurisprudencia conceptual y sistemática no se percató de esta exigencia táctica elemental y por eso sucumbió ante el positivismo legalista. La jurisprudencia anglosajona, en cambio, sí supo defender ese terreno en que se movía con superioridad respecto al legislador...”. Así es como D'ors postula “la recuperación del casuismo como el mejor método para el estudio del Derecho”²³.

Estos dos juicios —podrían agregarse otros— están, por cierto, imbuidos del deseo de exaltar el valor formativo de una disciplina “impráctica”, y en tal sentido puede detectarse en los mismos cierta exageración, pero aun así no dejan de denunciar la gravedad de un problema real de la ciencia jurídica de nuestros días, al mismo tiempo que ofrecen el aporte proveniente de la disciplina que cultivan. Servicios éstos que no debe desdeñar el historiador que mira el Derecho del pasado desde un presente sustancialmente distinto.

He prestado atención especial a este modelo histórico, no

²² BIONDI, “La ciencia jurídica...”, 126, 131, 147 y 149-150.

²³ D'ORS, 18 y 20.

sólo por ser el mejor elaborado desde el punto de vista intelectual por estudiosos de nuestro tiempo, sino también porque el Derecho romano ha sido el eje vertebral de nuestra tradición jurídica. Pero el valor concreto de ese modelo para quienes incursionamos en la historia de los siglos XVI a XVIII se relativiza, en acentuado grado, si tenemos en cuenta que no fue directamente ese Derecho de la Roma clásica —enfoque preferido por los romanistas— el que influyó más directamente en los tiempos bajomedievales y modernos de los reinos europeos y americanos. Así el casuismo del jurista de la “época clásica” era de tipo distinto al que practicó el jurista castellano, o más propiamente el indiano. Tampoco resultan enteramente aplicables los métodos de trabajo utilizados por los modernos romanistas, pues las características de las fuentes históricas de las que ellos disponen difieren sensiblemente de las que se ofrecen a los cultivadores del Derecho indiano. No obstante, estas reservas —y otras que no cabe ahora formular para no alargar innecesariamente estas páginas—, siempre es posible encontrar elementos útiles en este singular modelo de recreación histórica. De tal modo me valdré del mismo mucho más allá de las concretas referencias que obligadamente se harán a esa tradición jurídica, en cuyo meollo se halla el Derecho romano en sus diferentes niveles temporales y espaciales de creación y expansión. Sin su presencia nuestro tema acaso hubiese perdido comprensión.

d) *Las nuevas contribuciones de la metodología jurídica, la Filosofía y la Sociología del Derecho*

En un campo distinto encontramos a un selecto núcleo de estudiosos de la metodología jurídica y de la Filosofía y Sociología del Derecho. Estos autores, frente a la crisis del “sistema de Derecho” empezaron, sobre la base de la reflexión crítica y del recurso a la historia, a esbozar —al principio de modo tímido— nuevas ideas destinadas a paliar esa

crisis y, eventualmente, a superar dicha construcción intelectual. El casuismo se presentó ante sus ojos como una de esas vías y bajo el estímulo que asomaba en la Roma clásica o en el mundo anglosajón de nuestro tiempo, empezó una lenta revalorización de aquella concepción, tratando de levantar la pesada losa que la sepultaba, bajo el epitafio de la razón y del progreso jurídico.

La aparición en 1953 de la fundamental obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* —traducida al español diez años después— constituyó un sólido punto de partida, seguido al poco tiempo por otros estudios. La preocupación de Viehweg era, por cierto, jurídica, pero recurría a la historia para avalar su tesis de que la ciencia del Derecho sólo podía satisfacer su objeto a través de la tópica, es decir mediante un procedimiento especial de discusión de problemas en torno a los casos que caen bajo su examen. El interés por conocer los precedentes históricos hasta el propio Derecho romano fue, pues, mera preocupación auxiliar de los estudiosos. Naturalmente, ni este interés pudo ser plenamente satisfecho por falta de estudios de tal índole, ni siempre los autores fueron fieles expositores de ese pasado, tratando a veces de acomodar la historia a sus propias reflexiones.

Se abrió así una senda, cada vez más nítida y ancha, en la cual se fue exteriorizando una, directa o indirecta, estimación del casuismo jurídico, con todos los matices propios de los movimientos intelectuales en crecimiento, en juicios ya contrastados con el orden actual, ya dirigidos a establecer nuevas pautas en la solución de los problemas, ya destinados a poner de relieve la labor de los juristas en la elaboración del Derecho. No corresponde ocuparse en particular del despliegue que ha tenido esta temática. En una reciente obra puede verse un balance de lo que ha llegado a constituir esta importante corriente de la actual metodología jurídica²⁴.

²⁴ GARCÍA AMADO, *Teorías*.

De tal modo, hasta la denostada casuística ha podido ser considerada como “un nuevo tipo epistemológico en la estructura del conocimiento jurídico”²⁵, y valorada especialmente en el terreno de la decisión de los casos por las mayores posibilidades de adecuada solución que ofrece frente a un orden dogmático. Esto mismo ha llevado al profesor belga Perelman a presentar nuevos instrumentos de trabajo para el jurista, elaborados sobre la base de la retrospección histórica, bajo el criterio de que cada caso, gozando de una cierta independencia, debe ser decidido particularmente. Y ha conducido también a Luigi Lombardi a un replanteo histórico y actual del denominado “derecho de juristas”, sentando las bases de una teoría general del Derecho jurisprudencial, luego de observar su despliegue en los derechos romano, común y moderno.

Ha permitido, en fin, a Vallet de Goytisoalo establecer una ríspida contraposición entre ambas líneas: “De una parte —dice— a los juristas racionalistas y uniformistas, que siempre sueñan en recoger todo el derecho en Códigos completos y de aplicación lo más general posible; y de otra, a los juristas que por su modo de pensar y sentir han buscado el derecho en el orden de las cosas, como ínsito por Dios en su obra creadora, y que por consiguiente han estimado que sólo en la realidad concreta puede ser encontrado e inducido ese orden, pues en ella es donde se encarna vitalmente el pueblo en una tradición, progresiva pero siempre arraigada, que cabe rectificar y corregir en cuanto suponga desorden, pero que precisamente para eso, y también para mejorarla en lo posible, no se puede desconocer ni destruir”²⁶.

Para nuestra tarea, esta dirección de los estudios ofrece bases de reflexión muy útiles, que permiten penetrar con más rigor conceptual en el conocimiento de los antiguos modos de razonar de los juristas. Ahora bien, este rico acervo debe ser recibido con alguna cautela. Si ya antes

²⁵ MARTÍNEZ DORAL, *La estructura*.

²⁶ VALLET DE GOYTISOALO, “Plenitud...” 471.

prevenía sobre la fiabilidad de la recreación histórica practicada por estos estudiosos, del mismo modo cabe apuntar que ellos no siempre se proponen reconstruir con fidelidad los métodos jurídicos, pues —no debe olvidarse— su oficio no es el de historiadores sino el de juristas empeñados en hacer sus reflexiones y propuestas, apoyados en la historia, pero no sujetos a ésta.

e) *El aporte de otras áreas historiográficas*

Quisiera destacar también la contribución de la extendida y vigorosa historiografía americanista, que en las últimas décadas, tanto en Europa como en América, viene desplegando líneas de trabajo de particular interés para nuestros estudios de Derecho indiano. Es necesario que la observación del historiador del Derecho se extienda más allá del meollo jurídico, para percibir las relaciones con la sociedad toda, en sus diversas manifestaciones. Algunas de ellas conciernen a nuestra investigación. Tales, por ejemplo, las indagaciones de historia social que enfocan los estudios universitarios, la integración de los tribunales de justicia o, de modo genérico, se interesan por el papel social de los juristas. Las de historia política que apuntan a detectar las distintas posturas adoptadas por la Corona ante los vasallos americanos; las que penetran en el atractivo campo de las mentalidades, donde lo jurídico es asunto central de exploración.

Es más, nuestra vista se extiende hacia hispanistas no juristas que han ofrecido investigaciones originales sobre la España peninsular, desde enfoques histórico-sociales, como Kagan y Pelorson, arrojando luz sobre el mundo de los juristas. O hacia estudios sobre la génesis del Estado moderno, como el sobresaliente de Maravall, en donde se consagran páginas a la cuestión que nos ocupa²⁷.

²⁷ MARAVALL, *Estado moderno*, II, 424-430.

El cultivo de una línea de trabajo donde el Derecho aparezca relacionado con la Sociedad, mostrándonos el proceso dinámico de la Historia, es hoy requerimiento generalizado, que está en el germen de esta investigación y que ha sido constante estímulo en su desenvolvimiento.

3. Planteo del tema

Me propongo examinar el Derecho indiano a partir de dos conceptos que resultan aptos para definir a los ordenamientos jurídicos: *casuismo* y *sistema*. Como lo afirma Max Weber²⁸, estos tipos ideales no se dan puramente en la realidad, pero resultan útiles como instrumentos teóricos para acercarnos a ella, tratando de fijarla conceptualmente, a despecho de la inevitable fluidez histórica. Sirven, pues, para ordenar el tratamiento de la materia, y de este modo permiten alcanzar una comprensión de esa realidad. La Historia, como conocimiento científico —dice Maravall— “no puede prescindir de conceptos de cierto grado de generalidad, conceptos categoriales que se aplican a un conjunto de hechos o datos y nos hacen entender éstos”²⁹. Es cierto que los hechos y las situaciones son tantos y tan heterogéneos que fácilmente esos conceptos suelen aparecer desbordados en todas sus direcciones. Esta misma impresión de caudaloso movimiento que ofrece el pasado histórico es componente natural de nuestro estudio y aviso cierto de nuestra limitación para acertar en su recreación.

Con la antedicha reserva, *casuismo* y *sistema* me parecen “conceptos categoriales” apropiados para penetrar profundamente en las bases de sustentación de determinado orden jurídico y en la comprensión de los procesos de cambio histórico. De su uso no puede prescindirse si se pretende alcanzar una idea plena de determinado Derecho. Si por un lado son conceptos expresivos, en cuanto permiten aglutinar

²⁸ MAX WEBER, I, 16-17 y 173.

²⁹ MARAVALL, “El concepto...”, 38.

componentes básicos de un determinado estado histórico del Derecho, por otro lado, presentan el inconveniente de ser ambiguos y estar cargados de ingredientes actuales.

Casuismo y *sistema* son vocablos anacrónicos —en distinta proporción según veremos— en el sentido de que no fueron históricamente utilizados con la categoría y generalidad que hoy les damos. Ya tendremos oportunidad de verificar el uso que tuvieron estas voces y otras derivadas y afines, procurando observar su cambio de sentido, con el consiguiente alcance sobre nuestro tema. Además, no son vocablos simples, sino todo lo contrario, pues están cargados de diversos significados y matices, y de mutaciones temporales, cuando no espaciales. Si fuésemos demasiado rigurosos con esta “tipología” podríamos pulverizarla al preguntarnos acerca de la pluralidad de casuismos y sistemas dados en el tiempo y en el espacio y al empeñarnos en establecer si responden esas voces a una clasificación lógica, filosófica o jurídica. No obstante, estos inconvenientes y riesgos palpables, verdaderas trampas que nos acechan, estamos en presencia de unos vocablos-guía que permiten fijar conceptualmente el tema e intentar una comprensión de la cuestión, sin quedar amarrados a su inmovilismo. Estimo que el historiador puede servirse excepcionalmente de vocablos actuales siempre que encuentre en su contenido una significación que permita expresar mejor una observación histórica y para la cual no existan palabras de época que sean tan comprensivas de la realidad que se procura recrear. A mi juicio, esta excepción se da en la presente investigación³⁰.

La elección de estos vocablos —que en mi ánimo he madurado largamente— no es empero arbitraria. Proviene de una clasificación actual que hacen los juristas y que aspira a ser abarcadora. En efecto, se suelen agrupar los ordenamientos jurídicos —tanto los del pasado como los

³⁰ Algunas consideraciones análogas sobre el uso de la voz *elite* en MARAVALL, *Poder...*, 151-152. El problema de la nomenclatura en BLOCH, *Introducción*, 121 ss.

hoy vigentes— en torno a esos dos tipos fundamentales. Extraigo libremente del acertado esquema de Helmut Coing las características que se atribuyen a cada uno. Los *sistemáticos* consideran al Derecho como un conjunto estructurado de normas jurídicas, racionalmente elaborado que, además de un orden externo, tiene una conexión interna conceptual y encierra en sí mismo todas las soluciones a los posibles problemas que se plantean en la vida social. La decisión adecuada y justa es, pues, el resultado de la aplicación estricta de aquellas normas. Los *casuistas*, en cambio, sostienen que el Derecho, aunque apoyado en normas, sólo se realiza en la decisión de los casos, tal como se van presentando, de modo que la búsqueda de la solución reposa en la percepción del problema concreto, examinando las circunstancias de tiempo, lugar y calidad de las personas. De ahí que hagan residir la justicia en el adecuado desenlace de cada situación y no en la mera aplicación de un cerrado sistema normativo³¹.

Nadie supone que los ordenamientos jurídicos responden con pureza a uno u otro tipo. Esta separación sólo puede hacerse con fines de estudio, pues es necesario tener presente que ambos tipos se suelen hallar yuxtapuestos dentro de un mismo orden, en variada proporción. De modo tal que cuando definimos a determinado ordenamiento como casuista o sistemático, estamos estableciendo un predominio de elementos provenientes de uno u otro tipo, pero sin rechazar totalmente la presencia de rasgos provenientes de la otra concepción. En este sentido debe, a mi juicio, entenderse la afirmación de que la concepción casuista tuvo mucho peso hasta el siglo XVIII en los países de Europa continental e Iberoamérica, pasando desde entonces a predominar el tipo sistemático.

En todo ordenamiento jurídico es preciso establecer diversos campos. A primera vista se pueden distinguir cuatro: la enseñanza jurídica, la creación legal, la elaboración ju-

³¹ COING, Historia y significado, 22-24.

risprudencial y la aplicación del Derecho. Si a esto agregamos que sobre esos campos inciden de modo constante las ideas y la práctica, y que hay entre ellos una natural comunicación, nos encontramos con una intensa combinación de formas e intereses que hacen problemático todo intento de reducción imitaría de tan vasto y heterogéneo movimiento.

La complejidad se plantea además en el mismo contenido del Derecho, que no ha sido ni es un conjunto uniforme. Veamos. El Derecho común, cuya presencia se prolonga vigorosamente en la Edad Moderna, tenía dos brazos principales: el civil y el canónico. Sobre el primero actúa acumulativamente el Derecho real. Desde fines del siglo XV se fueron separando las cuestiones de ordenación política, que plasmaron en una singular y temprana manifestación estatal en el Nuevo Mundo y en el surgimiento de lo que más tarde se denominó Derecho público. En otro orden, desde el siglo XVI se fue configurando dentro del Derecho civil una separación entre las materias civil y criminal. El ordenamiento mercantil, a su vez, nació y se desarrolló con vigor en los tiempos modernos, al margen del Derecho civil³². Desde el mismo siglo XVI, en fin, empezó a incidir sobre aspectos básicos del ordenamiento una disciplina pujante: el Derecho natural. Se hace difícil la uniformidad en tan distintos campos y áreas, donde casuismo y sistema se dieron en distinta proporción, con un ritmo histórico peculiar.

Cabría también preguntarse si ciertas pretensiones de orden externo deben ser consideradas dentro del casuismo o ciertas atenciones hacia los casos no podrían pertenecer a la sistemática, en cuanto ni aquél se consustancia con una anarquía jurídica, ni éste olvida que el Derecho debe aplicarse a casos concretos. Queda entonces a la vista una fluida conexión entre una y otra concepción que, a la manera de los elementos de la naturaleza, convergen en el sustento de los ordenamientos jurídicos. Así von Schwind considera que de

³² Véase DIEZ PICASO, "El sentido histórico...".

ambas tendencias contrastantes se compone el “sistema jurídico moderno”³³.

Pero ¿podemos referirnos a casuismo y sistema como concepciones unitarias que responden a unas mismas características en el tiempo y en el espacio? Si teóricamente hay casuismos y sistemas, el historiador debe afrontar una multiplicación de esa pluralidad. Ante asunto tan problemático, yo escojo para esta investigación un sentido amplio de esas voces. Así la de casuismo nos lleva a la atención al caso, que implica estimar por encima de todo las circunstancias de persona, tiempo y lugar que rodean a aquél; y la de sistema nos conduce a un esquema de orden que aprecia la presentación de reglas generales y abarcadoras.

No olvidemos que el casuismo puede ofrecerse de distintas maneras: el caso hipotético o real puede aparecer tanto como técnica de formulación legal, como de elaboración jurisprudencial o de decisión judicial. Surge además como estímulo concreto para expedir disposiciones, lo que es notorio en nuestro Derecho indiano. Tampoco olvidemos que el sistema puede ser concebido como ordenación de materias construida sobre la observación de datos, como ordenación racional abstracta y a priori, o como instrumento de clasificación científico-didáctica. Ninguno de estos supuestos queda excluido de nuestra indagación, en la que me propongo mostrar las peculiares formas en que casuismo y sistema se exteriorizaron en el marco jurídico castellano-indiano, sin pretender encerrar esa compleja realidad en estrechos tipos conceptuales.

Otra dificultad es determinar el momento preciso en que se produjo, en general o en particular en algunos de sus campos, el paso de una a otra concepción. Dado que se trata de un lento proceso evolutivo en que ambas concepciones se solapan, habrá que fijar tal vez más de un “punto de inflexión”, sobre el cual se puede trazar la frontera intelectual que separa casuismo y sistema.

³³ SCHWIND, 14.

Cuando líneas antes señalaba el propósito de ubicar mi investigación en el marco jurídico castellano-indiano estaba anticipando ya el doble problema del espacio y del tiempo. En efecto, la sabia recomendación general de Alfonso García-Gallo de estudiar combinados ambos Derechos para así obtener una imagen integral del orden vigente en las Indias³⁴, con más razón se impone cuando se trata de indagar en el espíritu mismo de dicho ordenamiento. Si bien lo aquí estudiado tiene muy nítidas peculiaridades indianas, su conexión con los Derechos castellano y común, y con el contorno cultural europeo es tan estrecho, que la indagación no puede quedar artificialmente contenida en este lado del espacio atlántico. Así como lo indiano lleva con frecuencia el sello castellano, no es infrecuente que la relación se reproduzca a la inversa. Es más, ¿podríamos negar la presencia del fenómeno americano en los juristas castellanos de la época? Por ello he utilizado con amplitud la literatura hispana, aunque buscando que los ejemplos elocuentes tengan, en lo posible, vinculación con las provincias indianas.

Estudiar un tema como el propuesto en un Derecho que ofrece tanta complejidad en su formación como en su desarrollo —raíces medievales y orientación renacentista—, y tanta expansión en un ámbito extraño a la cultura en que se acunó, es un desafío singular en sí mismo. Pero es aún mayor al comprobar que la vida de ese Derecho se extendió durante las centurias que transcurren desde el apogeo del casuismo hasta el surgimiento de la mentalidad sistemática. ¡Como si estuviese hecho a medida para estudiar en su despliegue la tensión con que operaron ambos elementos en un proceso de transformación y cambio históricos! Después de esta observación es innecesario explicar por qué nuestra investigación tiene que extenderse a través de las tres largas centurias que abarca la vigencia plena del Derecho indiano. De los niveles históricos que establece Fernand Braudel —el episódico, el coyuntural y el estructural—, es induda-

³⁴ GARCÍA-GALLO, "Panorama actual...", 51, 61 y 73 ss.

ble que nuestro tema pertenece al último de ellos, que abarca siglos enteros. El ritmo histórico es lento, se halla en el límite de lo móvil y de lo inmóvil. El cambio estructural es poco perceptible, pero de mayor profundidad. Es la historia de “larga duración”³⁵. Aun así, con tanto tiempo por delante, sólo llegaremos a los umbrales del “sistema de Derecho”, plasmado en el curso del siglo XIX. Si bien el ordenamiento castellano-indiano persistió parcialmente en los países hispanoamericanos hasta la codificación —culminación legislativa de la concepción sistemática—, ya intervinieron otros factores, cuyo análisis resulta ajeno a este libro.

Cabe agregar algo más en cuanto al alcance temporal de esta investigación, esta vez sobre el beneficio que arrojan a nuestro favor los casi dos siglos que nos separan de la fecha en que concluye. Es precisamente en estas dos centurias escasas en donde nuestro tema se nutre de sentido. Un jurista del siglo XVII —o aún quizá del XVIII— nunca pudo avizorar la magnitud del problema ni tampoco percibir el juego de tensiones entre nuestros vocablos-guía porque no alcanzó a vivir el triunfo aplastante —¿o no tanto?— de la concepción sistemática en el XIX. A su vez, un jurista de esta última centuria no hubiese quizá distraído su tiempo en ocuparse de indagar en un fenómeno que pertenecía a un período recientemente sepultado y superado, al parecer de modo definitivo. Lo que para un hipotético historiador situado en esos siglos hubiese carecido de estímulo, cobra, en cambio, para el estudioso de hoy un interés impulsado por el puesto de observación temporal en que se encuentra, desde donde advierte cómo, amortiguados los aires triunfalistas de la concepción sistemática, se registran ya síntomas de su declinación. Desde luego que en esta ocasión alcanza pleno sentido la afirmación tantas veces oída en nuestro ámbito intelectual de que la Historia se piensa y escribe desde el presente.

³⁵ BRAUDEL, “La larga duración”, 64 ss. E “Historia y sociología”, 122-123.

PRIMERA PARTE

El Casuismo, creencia social

CAPÍTULO PRIMERO

EL CASO: UNA PALABRA, UN CONCEPTO CON ARRAIGO SOCIAL

1. El casuismo, una larga tradición... 2. Entre vocablos y refranes. 3. El casuismo de Dios. 4. En el mundo de los casos morales. 5. “Todo ha de ser al caso”, o una valoración de lo empírico. 6. Unas nociones del Barroco, en apoyo del casuismo. 7. El *caso*, eje de la reflexión jurídica.

Empecemos por examinar la presencia del casuismo como concepción dentro de la sociedad de la época, determinando su grado de estimación colectiva. Es decir, llegar, más allá del orbe jurídico, a la mentalidad social en el entendimiento de que fenómenos de esta magnitud raramente quedan acotados en el reducido campo de un área del conocimiento.

Inicialmente nos podemos preguntar si el casuismo estaba subyacente en la sociedad, tal vez en sus capas más profundas, o era meramente una enunciación controvertible. Para esto puede ayudar la distinción orteguiana entre creencias e ideas, que ha desarrollado Julián Marías¹ y que Maravall incorpora a la historia del pensamiento². *Creencias*

¹ MARÍAS, *La estructura*, 123 ss.; ORTEGA Y GASSET, *Ideas*, 15-61.

² MARAVALL, “Problemas”, 63-67.

como una manifestación profunda y elemental de apreciar la realidad, más vital que intelectual, de las que poco o nada se habla y a las que se considera como supuestos básicos de la sociedad. Sólo excepcionalmente aparecen formuladas en los escritos de época, no necesitan ser probadas y gozan de una muda aprobación. Las recibimos de atrás. En cambio, las *ideas* son mucho más epidémicas y problemáticas. Necesitan en todo caso ser enunciadas y probadas mediante una precisa operación intelectual. No obstante, son fluctuantes e inestables. Creencias e ideas tienen una compleja interacción que se revela en grados y matices. El esquema posee una riqueza teórica considerable, pero parece suficiente reducirlo por ahora a estos enunciados fundamentales que sirvan de aguijón intelectual en nuestra indagación. ¿El casuismo a fines del siglo XV era una creencia o una idea?, ¿estaba arraigado en las capas profundas del sentir colectivo o era una idea enunciada por algunos? La respuesta está dada por anticipado en el *título* de la primera parte. La demostración de ello se desplegará a través de toda la obra.

1. El casuismo, una larga tradición...

Desde nuestro punto de observación inicial, ubicado a fines del siglo XV, es posible constatar que los Derechos común y castellano —raíces culturales del indiano— estaban impregnados de una sólida creencia casuista, que respondía a una larga tradición, asentada sobre dos modelos principales, el romano y el medieval. Los juristas hispanos de los siglos XVI y XVII eran así herederos de un legado transmitido dentro de un proceso de continuidad cultural. Esos juristas incorporaban a su propia mentalidad esa visión casuista del fenómeno jurídico, sin contradicción alguna, ya que no encontraban otro modo mejor de concebirlo. Ello explica que el casuismo gozara de una aprobación silenciosa —salvo muy contadas excepcio-

nes— y que ni siquiera hubiese un vocablo representativo de ese modo de sentir.

La ruptura de esa tradición, en el siglo XIX, produjo que los juristas contemporáneos perdieran la conexión directa con aquel legado cultural a través de su trasmisión espontánea. Sólo por medio de los modernos estudios histórico-jurídicos ha sido posible la recreación intelectual de aquellos modelos, permitiendo su recuperación fragmentaria.

Hay disparidad de opiniones entre los estudiosos sobre las características, influjo y grados de evolución experimentados por el Derecho civil desde la época arcaica hasta la compilación justiniana, en parte debido a la falta de profundización de los materiales históricos existentes, en parte también atribuido al criterio con que han sido examinados. Pese a ello, es posible extraer algunas ideas sustentadoras que nos permiten avanzar en nuestro camino.

En el Derecho civil romano, a través de sus distintos periodos históricos, dominó una concepción casuista en virtud de la cual se partía de la atención al caso concreto, con frecuencia casos hipotéticos. El jurista manifestaba resistencia a fijar los conceptos jurídicos y a establecer clasificaciones más allá de la conveniencia que éstas podían tener en la valoración del problema existente. Rehuía también hacer definiciones comprensivas de una compleja realidad jurídica por mero afán intelectual, pues las estimaba inútiles, cuando no dañosas. Sólo recurría a las mismas si eran necesarias para su labor en pos de la solución del caso concreto³. Este pensar problemático operaba con ciertos conceptos rectores, tales como *aequitas*, *bona fides*, *animus*, *utilitas*, que fueron concebidos no como categorías abstractas, sino como criterios de valoración de las circunstancias que rodeaban a cada caso⁴.

La separación entre teoría y práctica —hoy tan comúnmente utilizada en la ciencia jurídica— resulta inviable en la

³ GARCÍA GARRIDO, *Casuismo*, 92-93; BIONDI, "Objeto", 94-95.

⁴ Fernández Barreiro, 54.

jurisprudencia romana, pues un sentido práctico y realista dominaba en ella. Los juristas no desdeñaban la elaboración de teorías si éstas contribuían a la solución adecuada del caso, pero no lo hacían con propósitos meramente especulativos. Para los romanos, el Derecho no era una ciencia con principios ordenados y sistematizados ni con una teoría metodológica, sino era una actividad humana que de modo impecable Celso definió como “arte de lo bueno y equitativo”. Era así el resultado de una reflexión sobre el Derecho teniendo en cuenta la multiplicidad de sus situaciones⁵. Estas características daban lugar a una activa participación de los expertos en la creación del Derecho, configurando lo que se ha denominado “un derecho de juristas”, entendiéndose por tal —según Lombardi— cuando la esencia y existencia de las normas procede de los juristas, tanto en su elaboración como en su fuerza vinculante⁶. Aquella creación se alimentaba constantemente de su propia tradición, adecuándola a la realidad.

En el Derecho postclásico se introdujo una técnica legislativa con tendencia a cristalizar las soluciones casuistas en textos escritos que regulasen los nuevos casos. De tal modo, penetraron rasgos propios de un Derecho legal. Pero ello no significó el desplazamiento de las decisiones de los juristas de la época anterior, las cuales, apreciadas por las escuelas orientales, se transmitieron a las siguientes generaciones principalmente por vía del *Digesto* de Justiniano.

El modelo del casuismo romano es importante como guía, y puede servir para penetrar en el examen de muchos puntos, pero es insuficiente en sí mismo, sobre todo por su embarazosa continuidad a través de los largos siglos alto-medievales. Cabe recordar que ese “casuismo puro”, recreado por los romanistas, sufrió mutaciones y desplaza-

⁵ GARCÍA GARRIDO, *Casuismo*, 68-69, 71-72; BIONDI, “Objeto...”, 32-39, 58-59; FERNÁNDEZ BARREIRO, 50.

⁶ LOMBARDI, 381 ss.; GUZMÁN BRITO, “La seguridad”, 57.

mientos a través de la larga historia posterior del Derecho romano.

De tal modo, a la hora de determinar la procedencia de formas casuistas en los tiempos medievales y modernos no podemos explicarlo todo a la luz de aquél y debemos acudir a otros factores y elementos actuantes, algunos de los cuales parecen ciertamente más influyentes. La existencia, pues, de una concepción casuista en determinada época, no significa necesariamente la prolongación de análogos elementos procedentes de períodos muy anteriores. Con mayor razón, cuando dentro de una misma concepción caben diferentes métodos, grados, matices...

El Derecho común europeo, surgido en el siglo XII, floreciente en las centurias siguientes y persistente, pese a sus crisis sucesivas, hasta la época de la codificación, fue el modelo más directo del Derecho castellano-indiano, sustentado también en una concepción casuista. El principal legado romano fue el *Corpus Iuris*, de índole y procedencia heterogénea, en donde el casuismo estaba presente a través de los libros más apreciados y usados, el Digesto y el Código. Su fuerza vinculante, originada en su sanción imperial, se mantuvo ya por esto mismo, ya como expresión de la “razón escrita”. Sobre este *Corpus* operaron los juristas bajomedievales en una labor de estudio, armonización y aplicación a problemas particulares, sin ánimo de construir un sistema⁷. La lógica aristotélica y la retórica se pusieron al servicio de la interpretación de las fuentes y de su desarrollo. Si bien el punto de partida era el cuerpo legal, su tarea llegó a tener cierta independencia del mismo. El legista apreciaba un texto del Digesto o del Código, generalmente casuístico, como base de un argumento para sostener determinada proposición dentro de una *disputatio* y como una regla general a aplicar. He ahí la diferencia con el posterior razonamiento deductivo cartesiano, dice Coing⁸. La diná-

⁷ COING, Historia..., 31.

⁸ COING, “Trois”, 537-538.

mica de esta jurisprudencia encontraba su lema en un texto del propio Digesto: “Los casos nuevos necesitan nuevas disposiciones”, cuyos ecos llegaron también —según veremos— a formar refranes usados en el lenguaje corriente⁹.

Dentro de esta jurisprudencia corresponde función importante a la *communis opinio doctorum*. Según Coing, se apoyaba en una idea bien conocida de Aristóteles en el sentido de que, en los dominios del saber, cuando no es posible arribar a una certidumbre absoluta, se puede tomar como base de la argumentación “lo probable”¹⁰. Así el razonamiento de la mayoría de los doctores constituyó una vía de creación e interpretación del Derecho fundada en el criterio de autoridad. Era un nuevo modelo de “derecho de juristas”, como lo han puntualizado, entre otros, Calasso y Lombardi. Los letrados constituyeron por entonces un significativo estamento o grupo social, cuya presencia han constatado, en el ámbito hispano, Moxó y Maravall.

No es mi propósito examinar este complejo y cambiante modelo, integrado por los Derechos civil y canónico, junto a los ordenamientos locales. El papel de los juristas no se reducía a emitir dictámenes. También redactaban preceptos, dentro de una orientación legalista que surgía con vigor, y atendían a la costumbre particular. Pero, en ambas situaciones, puede detectarse un origen casuista que influía a veces hasta en el estilo en que se formulaba el precepto. Aun cuando faltan estudios sobre el grado y alcance del casuismo en el Derecho común-castellano al final de la Edad Media, su presencia es evidente.

2. Entre vocablos y refranes

En una primera aproximación a la cuestión, es conveniente esclarecer el sentido de nuestro vocablo-guía *casuismo* y de aquellos otros afines que pueden considerarse

⁹ Sobre lo tratado en este párrafo, véase COING, *Europäisches*, I, 20 ss.

¹⁰ Coing, “Trois”, 536.

relacionados con esta concepción, rastreando tanto sus orígenes lingüísticos como su uso¹¹. De este modo procuraremos, sin recrearnos meramente en una indagación erudita, llegar a la raíz misma de esa creencia social, a través del lenguaje. La tarea se hace difícil y encuentra límites temporales infranqueables, ya que la mayor parte de los diccionarios, vocabularios y refraneros corresponden a época tardía, lo cual deja en la nebulosa la etapa de los orígenes. Esto por cierto no ocurre —como lo veremos en su oportunidad— con el vocablo-guía antagónico.

Ya señalé que nuestra voz es anacrónica. No fue usada por los juristas de los siglos XVI a XVIII con el sentido que hoy le damos, ni con ningún otro. Tampoco aparecía recogida en diccionarios o vocabularios. Surgió, como vocablo nuevo, a partir del siglo XIX en su acepción general de “conjunto de casos particulares o modo especial de ellos”. Su parentesco con las voces *casuística* y *casuístico* nos permite acercarnos al empleo que se les daba en la Teología moral, pero la acepción propiamente jurídica que se obtiene es muy parcial, ya que *casuismo* o *casuístico* se aplica a “las disposiciones legales que rigen casos especiales y no tiene aplicación genérica”¹². No encontramos así en estas fuentes el sentido más amplio que hoy la ciencia jurídica reconoce y que sustenta el desenvolvimiento de esta investigación. Esto nos lleva a pensar: ¿era tan profunda la creencia que no hubiese una voz que la representase?

Acudamos a otro vocablo estrechamente emparentado con los anteriores: *casuista*. Su origen, probablemente dieciochesco, está referido a los doctores o teólogos que trataban o resolvían casos de conciencia, y sólo por extensión se introdujo más tarde en la ciencia jurídica, seguramente en una época posterior a la que cae bajo nuestro examen. Pero es significativo traerlo a colación por el sentido negativo,

¹¹ Además de la consulta de diccionarios, vocabularios y refraneros que se citan, he acudido al gran fichero de vocablos de la Real Academia Española. Estoy muy reconocido por las facilidades y atenciones recibidas en dicha Corporación.

¹² Real Academia Española, *Diccionario*, 281.

casi despectivo, en que fue degenerando su uso en la Moral para apellidar sobre todo a los probabilistas. Basta un ejemplo. Para Terreros y Pando, en 1786, “los casuistas, que los ha habido insignes, han menester mucha ciencia, piedad y penetración” para cumplir con su misión¹³. De esta alta consideración, el vocablo cayó tan vertiginosamente que en un diccionario regional americano de principios de nuestra centuria la voz se aplicaba al “jurista o teólogo que, no teniendo ciencia suficiente, lo resuelve todo por la jurisprudencia”¹⁴. Sospecho que la introducción de esta acepción desdeñosa procede de la vía francesa, por obra de la crítica de Pascal a ciertos teólogos casuistas y por posteriores escritores incrédulos que contribuyeron a generalizarla. Es probable que de allí provenga ese cierto menoscabo o desprecio que asoma hoy en el uso de este vocablo entre los juristas, que se hace específico en el mismo, sin afectar a las voces afines.

Vayamos a lo voz-madre de esta concepción que estamos examinando: *caso*. Esta no ha caído víctima del desprecio que aflige a su pariente cercano. Es aceptada, incluso, desde una visión sistemática. Su registro es más antiguo que las voces anteriores. En realidad, es la única que fue usada en los siglos XVI y XVII, convirtiéndose así en la más representativa de la concepción que ahora nos ocupa. Por cierto, la voz contiene una variedad de sentidos y matices, en su mayor parte ajenos a nuestra materia concreta.

Interesa destacar el significado que le atribuía Sebastián de Covarrubias en el siglo XVII —y que en lo sustancial recogió la Real Academia un siglo más tarde—: “Vale suceso que haya acontecido; y así los juristas llaman caso la ocasión o proposición sobre que se funda la determinación de la ley o decreto; y en los pleitos lo primero en que se concuerdan es en el caso o en el hecho, que es todo una

¹³ TERREROS Y PANDO, I, 379.

¹⁴ SEGOVIA, voz “casuista”.

cosa”¹⁵. A nuestros fines concretos apunto dos direcciones que asoman en esta definición: el caso como sustentador de la ley, y como sostén de la actividad judicial. Es significativa la construcción de la frase en donde destaca la imagen de una creencia aceptada por los juristas en el sentido de que el *caso* —real o ficticio— era la base de la determinación legislativa.

Esta sugestiva exaltación del caso dentro del modo de actuar del jurista, convirtiéndolo en el eje en torno al cual se elaboraba el Derecho, encontraba apoyo en distintas expresiones acuñadas y difundidas por el uso corriente, como aquella de “vamos al caso” para significar la decisión de ir a lo principal o concreto de la cuestión, con prescindencia de lo accesorio; o la de “en cada tierra su uso y en cada caso su costumbre”, refrán típicamente consuetudinario¹⁶, que ponía también énfasis en dicha valoración.

La dinámica creadora que esta concepción imponía a la vida jurídica ha quedado registrada en el antiguo refrán “a caso nuevo, consejo nuevo”¹⁷, en aquella otra expresión “las leyes que son justas en un caso, no lo suelen ser en otro”¹⁸. El caso aparecía como sustentador del Derecho, al propio tiempo que, por contraposición, quedaba señalada la falibilidad de la regla general. La voz estaba insertada con este sentido dentro de la mentalidad de los juristas de la época y así, por ejemplo, se puede detectar en la Indiana de Solórzano, donde la he registrado en dos centenares de veces, algunas de ellas con referencia especial al caso nuevo¹⁹.

Se puede reforzar lo dicho si acudimos a otra voz: *hecho*. Hermana de la anterior en el significado que destacamos, es también compleja por sus muchas variantes. Tiene un perfil jurídico que interesa particularmente. La creencia que “del

¹⁵ COVARRUBIAS, *Tesoro*, 316. También REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de autoridades*, II, 217

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de autoridades*, voz “uso”, VI, 399-400.

¹⁷ CORREAS, 8; ficheros Real Academia.

¹⁸ Lo registra TERREROS Y PANDO, I, 375.

¹⁹ SOLÓRZANO, IV, VII, 54-55.

hecho nace el derecho” o que “todo el derecho consiste en hecho” era difundida entre juristas y moralistas de la época. A veces se destacaba un punto de vista más general, otras veces se particularizaba en la formación de la ley o en la decisión judicial, pero en cualquier modo apuntaba hacia una estimación de lo acontecido como punto de arranque del fenómeno jurídico. Veamos la curiosa glosa que a propósito de aquel proverbio escribió Horozco en el siglo XVII, utilizando nuestras palabras:

Para que diga el letrado
 La verdad de lo que siente
 del caso que es preguntado
 a de ser bien informado
 del *hecho* muy claramente.
 No lo debe dorar
 cada cual a su provecho
 sino verdad informar
 porque para sentenciar
 del hecho nace el derecho²⁰.

Cabe también recordar una locución que no es de introducción reciente en nuestra lengua: “Hecho y derecho”²¹. Su uso se hizo corriente para designar algo que está plenamente logrado, acabado. Un hombre —o un objeto— hecho y derecho, es algo cabal, perfecto. Sospecho que esta difundida locución proviene del campo del Derecho, bajo lo dicho anteriormente: hecho y derecho, unidos, hacen pleno, acabado el fenómeno jurídico.

La antes aludida hermandad entre *caso* y *hecho* aparecía reflejada en una variante de formulación que se registra en uno de los refranes que mencionamos: “A nuevos hechos, nuevos consejos”. Este refrán es explicado por el diccionario académico como que “según las circunstancias, tiempos y costumbres, varían las leyes, o la conducta de los hom-

²⁰ HOROZCO, I, 558.

²¹ COVARRUBIAS, 680.

bres”²². Alusivo pues —según ya vimos— de la mutación constante de los fenómenos jurídicos.

En los siglos XVI a XVIII el *caso* o *hecho* aparecía como elemento generador del Derecho en una proporción más elevada que en épocas recientes, al punto de originar expresiones que hasta hoy son utilizadas en el lenguaje corriente. Su acuñación no hubiese sido posible con la mentalidad jurídica hoy predominante. Es conveniente insistir en que si bien el jurista sistemático no ha abandonado su atención al caso, sobre todo en el nivel de la decisión judicial, se ha permitido trabajar más alejado del mismo. El que la Sociología —disciplina en actitud reflexiva y crítica frente al Derecho positivo— haga una tímida valoración del *hecho* con relación al Derecho en la creación legislativa²³ —cuando esto era una creencia antiguamente tan arraigada— es un síntoma más de esa separación que el jurista ha establecido, al menos en el plano teórico. Separación que a veces es sólo de matiz, pues no debemos olvidar que el Derecho vivo en ningún tiempo aparece como reflejo de una sola manera de concebirlo, sino que es, en suma, un complejo de elementos, donde los matices tienen papel decisivo.

No creo impropio abundar con otra expresión que Maravall considera precepto por excelencia: “atenerse a la *ocasión*”, en el sentido de “modo fugaz y sin estructura racional aparente de presentarse ante nosotros la realidad”²⁴. La necesidad de aprovechar la oportunidad, dada su fugacidad, actuando conforme a ella, estaba presente en los escritos y en la mentalidad de los pensadores de la época. De ahí las recomendaciones que aparecieran en aforismos o avisos, entonces tan frecuentes. Así, se decía que “del asir de la ocasión y del saber aplicar los medios convenientes nacen los buenos sucesos”. Las “reglas del gobierno público” debían entenderse y estudiarse conforme a la ocasión, para

²² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario, 669, CORREAS, 55.

²³ CARBONIER, 241-242.

²⁴ MARAVALL, *La cultura...*, 388.

que el gobernador acertara en los negocios extraordinarios que se le presentaran. Y también se advertía sobre la fugacidad de la cuestión y la necesidad de actuar presto cuando se establecía que “el que pierde la ocasión, en vano la busca”²⁵. Hasta el jefe militar que ejecutaba las órdenes del príncipe podía mudarlas ante un daño notorio “conforme a las ocasiones que se ofrecen ...”²⁶. En las instrucciones para situaciones de guerra o piratería —frecuentes en el siglo XVII— se solía incluir el encargo de obrar en todo “conforme lo que ofreciesen los casos y ocasiones”.

Con un carácter más general un autor, sobre el filo del primer cuarto del XVIII, decía que era propiedad del sabio mudar de consejo porque “los accidentes y las ocasiones varían las reglas generales, que siguiéndose siempre, casi siempre se errará”²⁷. Los juristas no aparecían ajenos al tema²⁸. Aun cuando la voz *ocasión* tuviese un matiz peculiar, en los ejemplos aquí considerados era palpable su afinidad con nuestro vocablo mayor caso, punto de partida y punto de llegada de esta breve incursión por el mundo de las palabras y los dichos en donde se entrelazaban lo jurídico con lo social.

3. El casuismo de Dios

Al penetrar en otras áreas de la mentalidad social en la búsqueda de manifestaciones casuísticas, puede servimos de planteo y estímulo la lúcida perspectiva que ya hace muchos años ofreció Huizinga en su recordada obra sobre la tardía Edad Media en Francia y los Países Bajos. Según decía, no solamente los problemas de la moral y del Derecho encontraban su solución en el casuismo, sino que éste dominaba otras esferas de la vida social. Constituía una de “las formas

²⁵ SETANTI, fs. 4, 7, 32v., 47-48 y 56.

²⁶ ARIAS MONTANO, núm. 268, fs. 51.

²⁷ FRANCISCO ANTONIO DE CASTRO, 210.

²⁸ Como ejemplo, CASTILLO DE BOBADILLA, II, XIV, 103 y IV, II, 54.

del pensar en la vida práctica”, que él tan sutilmente presentaba, y primeramente lo percibía en el ceremonial y la etiqueta, en el juego del amor y en los usos de la guerra, aspectos todos ellos tan importantes en la vida material y espiritual de entonces. Huizinga, yendo más allá, afirma como tendencia medular de la época “la necesidad de aislar cada caso como algo dotado de una existencia independiente, de verle como una idea peculiar”, y de buscarle una solución ideal propia²⁹. Aunque nuestras sendas nos llevarán hacia otros rumbos y tiempos, resulta halagüeño sentirnos acompañados —y respaldados— por juicio tan fino y agudo del eminente historiador holandés.

El espíritu de la sociedad castellano-indiana aparece como primer punto necesitado de indagar. Dios estaba en el centro de la vida y el pensamiento hispano, medieval y moderno. De ahí derivaba la idea del gobierno divino sobre el mundo, en el sentido de cuidado de todos los asuntos humanos. Estaba encerrada en el concepto de *Providencia*, uno de los más destacados del cristianismo. Ya enunciado por Platón en una teología natural, el concepto surgía en las Escrituras y fue desarrollado por los grandes pensadores de la Iglesia, entre los que sobresalieron San Agustín y Santo Tomás de Aquino³⁰. Dios no sólo vela por la especie humana en general sino sobre cada acción libre particular del hombre, atendiendo a sus necesidades personales. Era una creencia básica de aquella sociedad durante la época que comprende nuestro estudio.

Los escritores españoles reelaboraron y aplicaron dicha noción a la marcha histórica de la Monarquía. Entre los políticos, Rivadeneyra fue uno de los que mejor la expresó³¹. A principios del siglo XVII, Gregorio de Alfaro sostenía que era “la razón de estado que Dios tiene en el gobierno del universo” y como tal “acude y provee a todas las partes del

²⁹ Huizinga, 366-369.

³⁰ Sobre la Providencia cristiana en el mundo medieval, véase GILSON, 157-176.

³¹ RIVADENEYRA, 468-469. La doctrina de la Providencia como clave del pensamiento político español en GÓMEZ ARBOLEYA, “Perfil...”, 126.

mundo en particular...”³². Juan de Palafox, desarrollando la idea en Nueva España, expresaba que “todo el poder humano sin el favor de Dios, es viento y polvo”, de modo que el príncipe y los súbditos debían ajustar sus virtudes para lograr la protección divina³³. Ferrer de Valdecebro en las últimas décadas del XVII insistía con vigor: “Todo cuanto ha sucedido, sucede y sucederá cae debajo de la providencia de Dios, sumo hacedor del universo. Esta da los puestos y los quita; levanta y abate; escoge y deshecha, entroniza y avasalla; hace ricos y hace pobres; y a quien se sujeta y rinde todo lo criado”³⁴. En la pluma de un reformista de fines del Setecientos, la existencia de la Providencia divina “que todo lo gobierna” era un consuelo para los males de la sociedad³⁵. También místicos como fray Luis de Granada³⁶ y fray Juan de los Ángeles³⁷ acudieron a esta creencia.

El desarrollo de esta noción de Providencia tuvo, en el mundo hispánico, frecuentes ratificaciones ante el surgimiento de la idea de Fortuna en su expresión maquiavélica, que significaba en parte una secularización de aquel concepto, pero que llevaba otros ingredientes irracionales y opresivos contra los libres designios humanos, por lo cual fue rechazada o, al menos, reelaborada con sentido cristiano³⁸.

La idea de un Dios atento a las particulares necesidades de los hombres fue inspirando un elocuente y muy difundido refranero popular, del que valga recordar ahora aquello de “Dios aprieta, pero no ahoga” o de “Dios todo lo ve y lo oye, y da lo que conviene al hombre”, refranes que se mantienen en el lenguaje corriente como testimonios de una arraigada creencia social en un Dios personal que atiende a

³² ALFARO, Prólogo y fs. 6. También 2ª parte, 27.

³³ PALAFOX Y MENDOZA, *Historia*, 285-289.

³⁴ FERRER DE VALDECEBRO, *El Templo...*, 89.

³⁵ VILLAVA, 101.

³⁶ GRANADA, 1ª parte.

³⁷ ÁNGELES, *Diálogo* 1º, 26-27.

³⁸ MARAVALL, *La teoría...*, 390-391.

cada uno en la medida de sus conveniencias y necesidades, espirituales y materiales.

Esta relación Dios-hombre, en un sentido plenamente casuístico, se encuentra desarrollada en un clásico de la literatura castellana: la obra de fray Luis de León, *De los nombres de Cristo*, publicada por vez primera en 1583 y muy difundida en el mundo hispánico de la época³⁹. De clara inspiración religiosa, fundada en las Escrituras, su propósito era mostrar a Cristo a través de sus diversos nombres. Sobresalía entre ellos el de Pastor, en torno al cual fray Luis —bajo la forma de diálogos— desplegaba sus ideas, abrevando en la tradición teológica y en las lecturas platónicas. Empezaba diciendo que Pastor “es oficio de gobernar y regir, pero es muy diferente de los otros gobiernos” porque “no consiste en dar leyes ni en poner mandamientos, sino en apacentar y alimentar a los que gobierna” y, además, “no guarda una regla general con todos y en todos los tiempos, sino en cada tiempo y en cada ocasión ordena su gobierno conforme al caso particular del que rige”. Agregaba más adelante que el ejercicio del Pastor “es gobernar dando pasto y acomodando su gobierno a las condiciones particulares de cada uno...”⁴⁰.

Así llegamos a lo que propiamente constituye el sustancioso párrafo central, donde la pluma de fray Luis desenvolvía una verdadera teoría del casuismo en la relación de Dios con los hombres. Empezaba afirmando que “si Cristo es pastor porque rige apastando y porque sus mandamientos son mantenimientos de vida, también lo será porque en su regir no mide a sus ganados por un mismo rasero, sino atiende a lo particular de cada uno que rige”. Y continuaba:

³⁹ Me he ocupado de esta cuestión en “Elogio”. En estas páginas sintetizo la parte principal de este escrito, aunque mayores precisiones y ampliaciones sobre el significado de la obra se encontrarán en el mismo.

El pasaje de fray Luis ha sido mencionado por algunos autores, pero sin extraerle tal vez toda la riqueza que contiene. La valoración más adecuada en MARILUZ URQUIJO, *Ensayo*, XVI-XVII.

⁴⁰ LEÓN, FRAY LUIS DE, 95-96. En letra bastardilla destaco las palabras salientes del texto con relación a nuestro tema.

“Porque rige apacentando y el pasto se mide según la hambre y necesidad de cada uno que paze. Por donde, entre las propiedades del buen pastor, pone Cristo en el Evangelio que llama por su nombre a cada una de sus ovejas (Job, 10, 3), que es decir que conoce lo particular de cada una de ellas, y la rige y llama al bien en la forma particular que más le conviene, no a todas por una forma, sino a cada cual por la suya. Que de una manera paze Cristo a los flacos, y de otra a los crecidos en fuerza; de una a los perfectos, y de otra a los que aprovechan; y tiene con cada uno su estilo; y es negocio maravilloso el secreto trato que tiene con sus ovejas, y sus diferentes y admirables maneras. Que así como en el tiempo que vivió con nosotros, en las curas y beneficios que hizo no guardó con todos una misma forma de hacer, sino a unos curó con su sola palabra, a otros con su palabra y presencia, a otros tocó con la mano, a otros no los sanaba luego después de tocados, sino cuando iban su camino y ya de Él apartados les enviaba salud; a unos que se la pedían, y a otros que le miraban callando; así en este trato oculto y en esta medicina secreta que en sus ovejas continuo hace, es extraño milagro ver la variedad de que usa, y cómo se hace y se mide a las figuras y condiciones de todos”.

Poco más adelante insistía en la misma idea al decir que “el gobierno de Cristo y el sustento que da a los suyos es de muchas faces... porque se hace con cada uno según su manera. Y como en el maná dice la Sabiduría (16, 20) que hallaba cada uno su gusto, así diferencia sus pastos Cristo, conformándose con las diferencias de todos”. Enseguida agregaba en expresión decisiva: “Por lo cual su gobierno es gobierno extremadamente perfecto. Porque, como dice Platón, no es la mejor gobernación la de leyes escritas; porque son unas y no se mudan, y los casos particulares son muchos, y que se varían, según las circunstancias, por horas; y así, acaece no ser justo en este caso lo que en común se estableció con justicia. Y el tratar con sola la ley escrita es como tratar con un hombre, cabezudo por una parte y que no

admite razón, y por otra poderoso para hacer lo que dice; que es trabajoso y fuerte caso”.

Tras tan amplias consideraciones, en las que se percibe una abundancia expresiva, con repeticiones deliberadas en torno a la misma cuestión —el trato particular de Dios con sus criaturas—, fray Luis establecía la proposición fundamental de este pasaje en términos precisos: “La perfecta gobernación es la ley viva, que entienda siempre lo mejor, y que quiera siempre aquello bueno que entiende; de manera que la ley sea el bueno y sano juicio del que gobierna, que se ajusta siempre con lo particular de aquel a quien rige”. De inmediato, después de tan segura afirmación, venía la advertencia no menos firme de que este gobierno no era posible hallar en la tierra y por eso “es imperfecta la gobernación de los hombres, y solamente no lo es la manera con que Cristo nos rige”⁴¹.

Según anticipé, este texto literario estaba fundado en una consolidada tradición teológica y literaria. El mismo fray Luis citaba a Platón, cuya influencia se percibe en el conjunto de sus obras. Encontraba, además, muy sugestivo precedente en las lecciones de cátedra, recogidas en su tratado *De Legibus*, y en las que seguía a Aristóteles y Santo Tomás de Aquino a propósito de la disyuntiva entre ley viva o ley escrita. Es decir, el pasaje extraído iba más allá de una mera expresión literaria, de repentina inspiración. Se trataba de una idea largamente madurada. De igual modo, la figura del Pastor era una de las predilectas de fray Luis, y seguramente la mejor para simbolizar el ansiado reino de Dios. Cabe precisamente recordar que el ideal humanista de la vida rústica y del gobierno pastoril destacaba la figura evangélica del “buen Pastor” como modelo del buen príncipe, corriente literaria que se exteriorizó en la España del XVI, con énfasis en su primera mitad⁴².

⁴¹ Ídem, 105-107.

⁴² Sobre esto último, véase MARAVALL, *Carlos V...*, 224-231.

Esto mismo nos lleva a preguntar por la relación entre esta expresión de índole religiosa y el gobierno regido por los hombres. La imperfección radical que afirmaba fray Luis para este último ¿implicaba una resignación, sin posibilidad de valerse del modelo celestial para corregir el vicio natural de la gobernación mundana? Pese al carácter religioso del libro, el autor atendía la idea de que el gobierno de Dios pudiera ser paradigma para el humano sin que se alcanzara la perfección de aquél. La misma alegoría del “buen pastor” tenía entonces una derivación política, imposible de ocultar. Una vigorosa corriente literaria, en el siglo XVII, se encargaría de resaltar el gobierno de Dios o de Cristo como modelo que los príncipes, gobernadores y ministros debían seguir en todo lo posible. Francisco de Quevedo⁴³, Gaspar de Seixas y Vasconcellos⁴⁴ y Francisco Ugarte de Hermosa⁴⁵ son algunas muestras de ese sentir generalizado.

De tal modo el pasaje luisiano examinado debe ser considerado más allá de su sentido religioso, como modelo de gobierno humano, asimilando el casuismo al regir perfecto y las reglas universales a un orden imperfecto. Aunque para establecer el impacto de este texto sobre los juristas sería de mucho interés hallar expresas invocaciones del mismo en escritos de tal procedencia, a falta de ello cabe tener en cuenta que se trataba de una lectura espiritual muy difundida.

Esta visión del orden casuista como el más perfecto y el de reglas universales como necesariamente imperfecto, puede aún ser observada desde distinto ángulo, a través de otro testimonio muy sugerente. Coetáneamente con el libro de fray Luis, Pedro Simón Abril publicó la *Primera parte de la filosofía llamada la Lógica*, en donde al ocuparse de la división en géneros y especies decía que ello se refería sólo en cuanto a “nuestra manera de entender y no en cuanto a la

⁴³ QUEVEDO VILLEGAS, 13.

⁴⁴ SEIXAS Y VASCONCELOS, 110 y 113.

⁴⁵ UGARTE DE HERMOSA Y SALCEDO, 205.

real existencia”. Y agregaba: “Porque en realidad de verdad Dios y la naturaleza no producen géneros ni especies, sino cosas particulares y singulares, como son este hombre, esta yegua, esta blancura, y en todo lo demás de la misma manera. Pero nuestro entendimiento no pudiendo comprender todas las cosas por menudo, por su natural flaqueza, redúcelas a consideraciones comunes como hacen los astrólogos a las estrellas, que no pudiéndolas comprender por menudo divídelas por constelaciones... Así también todos los hombres no pudiendo comprender todas las cosas por menudo comprendemos todas las que son del todo conformes con la naturaleza sin discrepar en nada...”⁴⁶. De tal modo el humanista castellano explicaba el origen de la división en géneros y especies como una exteriorización de la flaqueza del entendimiento humano y como un reconocimiento de su imperfección, que en cambio no se daba en la obra de la creación y conocimiento de Dios y la naturaleza. Lo perfecto en este supuesto eran las cosas particulares y singulares y lo imperfecto la clasificación en géneros y especies. Aun cuando este párrafo no pueda tener influencia decisiva, me parece que es una nueva muestra de esa concepción que advertíamos en la relación Dios-hombre, dada en la misma dirección apuntada.

Tal imagen intelectual del mundo, incubada en el seno de la religión, impregnaba sin duda la mentalidad colectiva y contribuía a ubicar el casuismo dentro del conjunto de creencias subyacentes.

4. En el mundo de los casos morales.

La atención primordial del caso aparecía exaltada en una disciplina que durante la época tuvo mucha relevancia, la Teología Moral. Desde la Edad Media actuaba la Moral, junto al Derecho, como un elemento ordenador de la so-

⁴⁶ Simón Abril, Primera parte, fs. 28v.

ciudad, no sólo inspirando a aquél en sus soluciones sino regulando por sí algunos aspectos⁴⁷. A partir del siglo XVI encontró, en el mundo hispánico, nuevos estímulos para su desarrollo, tanto a raíz de la reforma protestante como por el descubrimiento y colonización del Nuevo Mundo. En efecto, al acentuar la doctrina católica la importancia concedida a las obras y a la voluntad humana para alcanzar la bienaventuranza eterna, se hizo preciso atender con mayor esmero a la regulación de los problemas de conciencia que se presentaban. A su vez, éstos aumentaron —y surgieron también otros nuevos— al producirse la expansión castellana en las Indias.

Dado que en la vida moral es prácticamente imposible actuar sólo cuando se tiene certeza absoluta sobre la licitud de una acción, es necesario contentarse con una certeza menos rígida. Es aquí donde empieza a pesar la que viene a ocupar un lugar intermedio entre la duda y la certeza. Dicha opinión actúa directamente sobre los—sean reales o ficticios—, y se funda en la probabilidad, que puede alcanzar distintos grados. Esto ha dado origen a diversas tendencias desenvueltas a lo largo de la Edad Moderna, llegando hasta nuestros días la controversia desatada⁴⁸. En el meollo de esta cuestión anida una tensión entre las reglas generales y el caso concreto. Aunque ninguna de las posiciones desconoce los extremos planteados, en sus propuestas predominan, ya soluciones rígidamente desprendidas de principios universales, ya soluciones ajustadas al examen de las circunstancias de cada caso.

Por la naturaleza misma del acto moral, es en esta esfera donde seguramente la estimación del caso concreto llegó a más alto grado. La dificultad con que el hombre enfrenta las distintas acciones de su vida queda patentizada en sus dudas y escrúpulos de conciencia y en su actitud ante el pecado.

⁴⁷ GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 166.

⁴⁸ Sobre el tema véase ROYO MARÍN, 148-158.

Dentro de estas características y del contexto histórico en que tuvo lugar, no resulta extraño que haya surgido y alcanzado su plenitud una doctrina que admitía la libertad de seguir una opinión probable, aunque no fuese la más probable, en la solución de los casos morales. Era el *probabilismo*. Se trataba de un criterio que ponía su acento en la solución del caso concreto y buscaba tener a su disposición una mayor cantidad de elementos reguladores para aplicarlos conforme lo requiriesen las circunstancias de lugar, tiempo y calidad de las personas. No en vano sus cultivadores recibieron el nombre de casuistas, voz que, según vimos, apareció precisamente para designar a los teólogos morales en general y que tuvo luego una notoria derivación despectiva.

Pues bien, el *probabilismo*⁴⁹ fue doctrina española, nacida en las primeras décadas del siglo XVI, justamente con la eclosión renacentista. Según algunos, su iniciador fue fray Bartolomé de Medina, pero a partir de la defensa que hizo de la misma el jesuita Gabriel Vázquez, se hizo doctrina de la Compañía de Jesús, expandiéndose por el mundo hispánico y también por Europa, con amplio éxito hasta mediados del siglo XVII. Fue entonces cuando por parte de los frailes dominicos y de otras plumas —entre las que sobresalió la de Pascal— se inició un vigoroso ataque contra la misma, exagerándose sus defectos. Esta crítica europea no alcanzó a hacer mella en la difusión de dicha doctrina en España e Indias, donde hasta avanzado el siglo XVIII tuvo influjo, seguramente avalada por la activa presencia de los jesuitas en el campo educativo. La expulsión de éstos en 1767, la condena oficial de sus opiniones al año siguiente y un movimiento crítico —del cual es muestra la vehemente obra de Juan Lope de Rodo, publicada por las prensas limeñas en 1772— marcaron la declinación del *probabilismo*.

⁴⁹ ANDRÉS, *La teología...*, II, 342; ABELLÁN, *Historia crítica*, II, 536-537; SOLANA, III, 170. También como obra específica de época, RODO, 7 ss.

No obstante, aún en la década siguiente parecía mantener su fuerza en el Río de la Plata⁵⁰.

Es sugestiva la coincidencia en el tiempo histórico de esta doctrina del *probabilismo* moral con el auge del casuismo en el plano jurídico. De igual modo su declinación europea e hispana se produjo con los fuertes arrebatos racionalistas.

La figura del moralista ocupó lugar prominente en la sociedad hispana. Se recurrió a su consejo o dictamen para que determinase la licitud de actos privados y públicos, conforme a la moral cristiana, e indicara la conducta a seguir para tranquilidad de la conciencia. El carácter problemático de las cuestiones aparecía constantemente en esta esfera. La inseguridad y la incerteza, motivada por la infinita variedad de los casos, hacían titubear a los moralistas más experimentados. Un casuismo esencial envolvía a este mundo de la moral.

Azorín ha trazado un cautivante retrato de un anónimo profesor salmantino de Teología entre 1560 y 1570: “El matiz lo es todo en la vida. En la trama del mundo moral un pormenor casi imperceptible basta para dar un valor u otro valor a un acto. El buen profesor, para quien el accidente tanto monta, sabe perfectamente el valor del matiz. Los actos humanos varían según estén teñidos, tenuemente, de estos o los otros colores. Y estimar y justipreciar en la vida esas variantes, esos matices, esos colores, en los diversos y variadísimos casos, es hacer obra de humanidad y de tolerancia”. Y concluye: “Ha escrito muchos libros el maestro; pero su obra grande será este libro que prepara sobre los matices y variantes de los hechos. En la primera página del manuscrito se lee: *Summa de casos de conciencia*”⁵¹.

Esta estimación de los matices y las variantes de los hechos, espléndidamente peraltada en el retrato literario de Azorín, es corroborada por el testimonio de un destacado

⁵⁰ RÍPODAS ARDANAZ, *El obispo...*, 174.

⁵¹ AZORÍN, 95.

moralista de carne y hueso de fines del XVII. En efecto, Martín de Torrecillas al presentar su obra miscelánea, que contenía consultas y otros escritos, advertía a los lectores que “algunas y muchas veces hallarán doctrinas encontradas unas a otras (y aun a otras, de las que en otros tomos tengo estampadas). Pero no por eso debe alguno juzgar, que me contradigo; sino que atemperándome a la exigencia y consuelo de los que me consultan, respondo unas veces *affirmativè*, y *negativè* otras: y así defiendo *problematicè* dichas encontradas sentencias, cuando son ambas probables, y conduce esta variedad para quitar escrúpulos, y consolar a los que en sus consultas es eso lo que pretenden”⁵².

La falta de coherencia doctrinaria llevaba a desencuentros o simplemente insatisfacciones, cuando se trataba precisamente de hacer colección de consultas. Otro moralista indiano, del siglo XVIII, fray Casimiro Díaz Toledano exponía, desde un distinto ángulo, la misma cuestión al presentar una obra de este tipo: “Es empeño arduo —decía— resolver casos prácticos y rara vez sale la resolución a gusto de todos. Los escrupulosos quieren no salgan los Autores de lo más seguro. Los relajados quisieran resoluciones anchas. Los Doctos fundamentos graves. Los ignorantes brevedad y compendio. Considera cómo se podrá ajustar el Autor a tan opuestos gustos. Yo no tengo otro norte que la mayor probabilidad; aquello me lleva la atención en lo que encuentro mayor fundamento de razón. Bien podrá ser me yerre en la resolución del caso, arrimándose a lo menos probable, pero será porque como mi entendimiento es tan corto no alcanzará otra cosa...”⁵³.

En los testimonios transcritos y en el boceto de Azorín se percibe una idea dominante: el, moralista aparecía atendiendo sustancialmente al caso, examinaba sus circunstancias y matices, pues su finalidad era satisfacer a un interrogante humano concreto, imbuido de peculiaridades, y no

⁵² TORRECILLAS, I, Prólogo.

⁵³ DÍAZ TOLEDANO, Canónicas Prólogo.

establecer reglas fijas. Tenía que aconsejar, consolar, quitar escrúpulos. Su pensar era pues problemático. Su bagaje doctrinal —las leyes divinas y humanas, los cánones de la Iglesia, la razón natural— debía ser sólido pero amplio y variado, suficientemente abierto para encontrar un ancho cauce de soluciones adecuadas. No le importaba que en una obra que reuniera esos casos, las doctrinas pudieran hallarse en pugna y las soluciones no fuesen del agrado de todos. Eso no era contradicción, propiamente dicha, pues lo que debía tenerse en cuenta era la adecuada respuesta a cada problema y no la posible armonización teórica de las mismas. La estimación pasaba por los casos, con su atención particular a los matices, y no por las doctrinas. Bajo esta verificación se hacen patentes las palabras de Ayala cuando afirma que “la pedagogía política del Barroco es moral y casuística antes que racionalista y generalizadora”⁵⁴.

5. “Todo ha de ser al caso...” o una valoración de lo empírico

El acento puesto en los hechos, en el valor de los casos, es verificable en una amplia gama del saber durante los siglos XVI y XVII. La medicina, la milicia, la política, la administración, entre otras, ofrecen ejemplos de esa convicción. Así como las leyes no podían abrazar todos los casos ocurrentes, las instrucciones del rey a sus generales o gobernadores tampoco podían abarcar la variedad de sucesos que acontecían en el campo de batalla o en el regir de una provincia, más todavía cuando se trataba de lugares distantes⁵⁵. De igual modo, erraría el médico que, en la cura del enfermo, sólo se atuviera a reglas generales y no se

⁵⁴ AYALA, 16. Es medular la indagación que hace Julio Caro Baroja —no solo por lo que descubre, sino aún más por lo que sugiere— acerca de “esta flora rara de la casuística” en materia moral producida por la sociedad hispana de los siglos XVI y XVII, y enmarcada dentro de la modernidad (véase especialmente pp. 296-305 y 450 ss.).

⁵⁵ MERCADO, 150.

serviese de las particulares adecuadas a la enfermedad⁵⁶. Gracián sintetizaba este espíritu al expresar que “el gobernar, el discurrir, todo ha de ser al caso”⁵⁷.

Con referencia a los negocios que debía atender el príncipe, se oía la misma reflexión. Faltaría él a las reglas de gobierno, si no se valiese de los documentos particulares para cada negocio⁵⁸. Es más —señalaba otro escritor a mediados del XVII— el número “casi infinito de los casos y circunstancias del gobierno no es posible ser comprendido con reglas universales, que no padezcan otras tantas excepciones como accidentes...”⁵⁹. A su vez, Setanti remarcaba que el acierto de gobernar residía en saber aplicar las reglas a las ocasiones que se ofreciesen⁶⁰.

No se trataba sólo de una resignada conformidad a una evidencia que sobrepasaba a todo artificio humano, sino que hasta se vislumbraba en alguna opinión la conveniencia que ofrecía esta realidad. Así Zevallos estampaba como aforismo que “el arte de gobernar se ha de ejercitar según los tiempos y casos, porque las Repúblicas más bien gobernadas, tienen necesidad de nuevas reformaciones”⁶¹. De acuerdo a esta imagen dinámica, el casuismo permitía dar al gobierno una saludable acción reformadora, frente a una presunta rigidez que podía devenir de las reglas universales.

Dentro de este clima no era extraño que los escritores —como lo ha destacado Maravall— aparecieran siempre dispuestos a llamar la atención sobre las circunstancias de tiempo, lugar y personas que conferían concreta individualidad al caso. Era frecuente la invocación de casos y ejemplos para que sirvieran de orientación en la resolución de los nuevos hechos. Es que —como decía Setanti— “no se juzga bien de las cosas factibles, por sólo el discurso de buena

⁵⁶ DEZA, 115; ZEVALLOS, *Arte...*, 19.

⁵⁷ GRACIÁN, *Oráculo*. 301.

⁵⁸ ZEVALLOS, *Arte...*, 19.

⁵⁹ TOBAR Y VALDERRAMA, 185.

⁶⁰ SETANTI, núm. 428, fs. 56.

⁶¹ ZEVALLOS, *Arte*, Tabla de aforismos y reglas, núm. 3.

razón: porque muchas veces suele ser la práctica diferente, y aun contraria”⁶². De ahí la importancia que se le concedía a la *experiencia*, como vía para acceder al conocimiento de las cosas, aunque ya por entonces se insinuara la preocupación por elaborar reglas o principios fundados en los hechos, según veremos⁶³.

La copiosa literatura política de los siglos XVI y XVII refleja la atención que merecía la esfera de la práctica. Actuaba en el doble papel de receptora e impulsora de estímulos para utilizar el caso o ejemplo —real o de ficción, humano o animal— como elemento de apoyo de sus argumentos y máximas. La reedición constante durante estos siglos de las colecciones de “ejemplos” medievales revela el gusto que por ellos tenía el pensador moderno⁶⁴. La idea del caso concreto, pues, aparecía en la base de todo discurso de esta índole.

Durante el siglo XVII se expandió el género literario de “máximas”. Estas, en forma breve y adecuada a la ocasión, establecían cómo se debía obrar ante una determinada coyuntura, tanto por parte del príncipe como por los vasallos. Aparecían de este modo como un amplio repertorio de enseñanzas sueltas para tener presentes en los hechos que acaecieran⁶⁵. Pero no significaba que la mera aplicación de la “máxima” resolviera el caso. Su valor era relativo. Esta natural endeblez del género era advertida por el autor de una obra cuando decía a los lectores que “nunca las máximas y direcciones que se deducen de un suceso, pueden ser regla precisa para los que no le fueren en todo semejante; porque cualquiera circunstancia del hecho, altera la más asentada, y constante resolución del derecho”⁶⁶.

⁶² SETANTI, núm. 58, fs. 7v.

⁶³ Véase MARAVALL, “Empirismo...”, 20 ss. También del mismo autor, “Culturas...”, 115.

⁶⁴ Sobre esto, MARAVALL, “La literatura...”, 205-211.

⁶⁵ MARAVALL, *La teoría...*, 31.

⁶⁶ PALAFOX Y MENDOZA, *Historia...*, 295.

Dada como supuesto la falibilidad de la “máxima” —o de la regla, según se quiera— ante la variación de los casos, era necesario saber buscar las soluciones más apropiadas a la ocasión. Juan de Palafox llevaba el asunto a una sabrosa comparación de este género literario con la armería del guerrero. Atendamos a sus palabras: “Es la doctrina universal de las Historias y Libros Sagrados, una pública armería, donde cada uno ha de ir a medir su cuerpo con las armas, vistiéndose sólo aquellas que se le ajustan. Así el arnés de Saúl no le vino a David, y no fue desestimación en David el no llevarlo al desafío y volvérselo a Saúl”. Y agregaba enseguida: “Cuando se dicen acaecimientos públicos, y de ellos se deducen dictámenes políticos, proposiciones asentadas, máximas constantes, supone la razón el mismo caso: mire el Príncipe si se ajusta a su caso, y los buenos Ministros si le vienen aquellas armas al Príncipe; pues claro está que si es diverso el sujeto, es fuerza que diversas circunstancias le formen, y le reformen”⁶⁷.

La estimación hacia el saber empírico relucía, más que en cualquier otro lugar, dentro de la vastísima Monarquía española, que abarcaba reinos y provincias tan disímiles, imposibles de regir de modo uniforme. Sólo las Indias en sí mismas constituían una diversidad. Si en la elección del oficial público castellano, la experiencia tenía mucho peso⁶⁸, acaso esto era más necesario en la administración indiana. Según Mariluz Urquijo, durante los siglos XVI y XVII, gobernantes, tratadistas y funcionarios estimaban, sin menospreciar el conocimiento teórico, que la verdadera escuela era el escritorio y que el mejor maestro era un oficinista veterano, capaz de transmitir su experiencia⁶⁹. Este recurso al saber empírico, este modo de aprendizaje práctico —que Mariluz encuentra parecido al que recibía el aprendiz en el taller del maestro artesano— se extendía a los diversos

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ GARCÍA MARÍN, “El dilema...”, 185.207.

⁶⁹ MARILUZ URQUIJO, “El saber profesional...”, 259.

aspectos del gobierno indiano. Así, entre otros muchos documentos y escritos que contenían la misma idea, vemos que un memorial redactado hacia 1570 encarecía como requisito para regir las Indias, desde el Consejo, “la experiencia ocular de haberlas visto y hallado; porque faltándoles esto, jamás tendrán el asiento y gobierno necesario”⁷⁰.

Con esta misma convicción, Antonio de León proyectaba medio siglo después su *Política del Supremo y Real Consejo de las Indias*⁷¹. Su finalidad era transmitir la experiencia indiana a los ministros del Consejo. El mismo León confesaba su poca ciencia, pero reconocía “su mucha noticia y experiencia”, en una expresión que, a mi juicio, no debe interpretarse como muestra de modestia intelectual, sino todo lo contrario. Lo hacía bajo el entendimiento general de que aquello que decía poseer era el atributo de mayor aprecio para los hombres de la época, como lo ha destacado Maravall. En el prólogo de otra de las obras de León, se volvía a ensalzar la experiencia visual como necesaria para escribir sobre las Indias⁷².

Ahora bien, esta estimación del saber empírico no tenía un valor absoluto. Los casos y ejemplos no se aplicaban deductivamente a nuevos sucesos. Aquéllos nutrían un tipo de saber que era problemático, es decir que exigía una decisión nueva y ajustada a cada situación. Decía León que su propósito no era ofrecer preceptos rígidos, sino una nutrida información de las Indias que permitiera dar bases sólidas a la reflexión, y así afirmaba que “si la variedad de las circunstancias hacen tal vez vacilar la resolución, el que está firme en la verdad, y entiende los fundamentos, fácilmente sale de la dificultad”. Esta búsqueda y enriquecimiento de los fundamentos era —agregaba— el objeto perseguido por los libros, las *Historias* y las *Artes*, en donde “si no hallamos decidido el caso que buscamos”, encontramos sí “funda-

⁷⁰ Memorial de Diego de Robles sobre el gobierno de las Indias, sin fecha (PACHECO, *Colección de documentos*, 1^ªs. XI, 20).

⁷¹ LEÓN, *Política...*, 20 fojas, impreso en 1624 o 1625.

⁷² LEÓN, *Tratado...*, Prólogo de Juan Rodríguez de León.

mentos científicos, ejemplos históricos y preceptos políticos con qué discurrir, hasta calificar y resolver”. Reforzaba esta postura más adelante al dar como doctrina admitida que “la primera parte de resolver bien, es el saber dudar y la del buen escritor, saber disponer”⁷³. De tal modo se volvía otra vez a encarecer la necesidad de un saber problemático en el ministro que tenía que resolver y de una disposición del escritor orientada hacia la satisfacción de esa necesidad.

6. Unas nociones del Barroco en apoyo del casuismo

Es posible penetrar más en la mentalidad social de la época mediante la verificación del sentido y frecuencia con que fueron utilizados, sobre todo ya avanzado el siglo XVI y durante el XVII, algunas ideas, vocablos, giros, casi siempre insertos en un discurso de mayor extensión. En la medida en que podamos extraer esas expresiones y compaginarlas, veremos cómo esa sociedad sentía aprecio por una concepción casuista, que, emergiendo de la vida misma, nutría el orbe jurídico. Participan de este carácter las nociones desplegadas en torno a vocablos como *movimiento*, *variedad*, *mudanza*, *tiempo*, las estimaciones que despertaban otros, como *circunstancias* y *ocasión*, y la valoración que puede hacerse en la relación entre *jerarquía* e *igualdad*. Sobre casi todo ello, Maravall nos ofrece lúcidas consideraciones y ejemplos con referencia a España⁷⁴.

En estos planteos anidaba un aprecio —o al menos aceptación— ante una realidad incontrastable: el mundo natural y social no respondía a reglas fijas ni enunciados uniformes. Estos resultaban impensables en una vida dinámica, presidida por las notas de variedad y mutabilidad. La creencia se repetía sin cesar en diferentes saberes y estilos. En esa reiteración —que sería fatigosa traer a cola-

⁷³ LEÓN, *Política*, fs. 2 y 3.

⁷⁴ MARAVALL, *La cultura...*, 356 ss.

ción— residía sin duda una aceptación de esa realidad por parte del hombre, su deseo de ajustarse a ella y, es más, valorarla y encontrarle rasgos de armonía y belleza. Era, al fin, una creación divina y por lo tanto objeto de la admirada contemplación de los mortales.

Estas nociones dominantes en la mentalidad social aparecían entrelazadas con la esfera de los juristas, al punto que resulta difícil establecer una nítida separación entre ambas y hasta estéril apuntar posibles influjos de una sobre otra, ya que, al menos para nuestro propósito, interesa reflejar su compenetración, y sobre todo percibir su alejamiento de un mundo regido por preceptos fijos y uniformes, ideal que sólo veremos desarrollarse al avanzar el siglo XVIII. De tal modo, la utilización de testimonios provenientes de obras jurídicas para caracterizar esta mentalidad social tiene —contra lo que a primera vista puede suponerse— un valor especial, ya que revela hasta qué punto se daba el enlace entre el Derecho y el contorno social.

Sostiene Maravall que el movimiento era el principio fundamental de la cosmovisión del Barroco, reflejado en todos los sectores de la ciencia, el arte y la política donde, frente a los planteamientos dinámicos, no se concebía la obra perfecta o el tratado sistemático que congelara la realidad. Uno de los ejemplos salientes es, en el campo de la plástica, la rueda de la rueca en el célebre cuadro *Las hilanderas* donde Velázquez plasmó en la tela el movimiento mismo⁷⁵. Para la mentalidad barroca, todo era mudable. Este concepto aparecía limitado por la creencia en un mundo regido por Dios en su ordenación perenne⁷⁶. Esa continua mutabilidad que ponían de relieve poetas, moralistas, políticos y economistas, era también expresada por hombres de Derecho, para quienes las leyes “se hacen y deshacen con la mudanza de los tiempos”⁷⁷.

⁷⁵ Ídem, 360-365.

⁷⁶ Ídem, 369-375.

⁷⁷ Expresión recogida en CASTILLO DE BOBADILLA, III, VIII, 163.

Engarzada con este concepto estaba la noción de *variedad*, surgida en el Renacimiento y muy estimada en el siglo XVII. Según Maravall “la conciencia de la variedad, como un dato positivo enriquecedor de la experiencia y condicionante de los comportamientos humanos, informa la concepción barroca de la política y de la sociedad”⁷⁸.

Exteriorizaba esta idea un escritor a fines del XVI al decir —con evidente intención de trasladar la imagen al campo jurídico— que “así como en todas suertes de animales vemos gran variedad, y en cada especie algunas diferencias notables, por causa de la diversidad de las Regiones; también podemos decir que hay casi tanta variedad en el natural de los hombres y en el gobierno de las tierras”⁷⁹. De esta simple constatación de la realidad podemos pasar a concretas valoraciones sobre esta idea. Así para un místico, como fray Luis de Granada, sobresalía la reflexión de que un mundo —tierra y cielo—, en el que se halla tan enorme variedad y mudanza, con cosas tan hermosas y bien ordenadas, debe tener “un sapientísimo hacedor y gobernador”⁸⁰. Otro místico coetáneo encontraba que “la variedad alivia y entretiene en todo género de cosas”⁸¹. Desde otro plano había quien apuntaba que “la diversidad de las cosas hace mucho al caso para la hermosura de ellas”⁸². Parece que este mismo hubiese sido el criterio artístico de quien un siglo antes había labrado la sillería del coro del monasterio de Santa María la Real, en Nájera, donde la variada y diferente ornamentación es la que precisamente otorga belleza al conjunto. No era puramente estética, pero también respondía a una estudiada variedad la traza de la urbe medieval, mal compuesta y desigual si se la observa desde la perspectiva de un orden racional.

⁷⁸ MARAVALL, *La cultura...*, 376.

⁷⁹ CASTILLO DE BOBADILLA, I, VI, 29.

⁸⁰ GRANADA, 1ª parte.

⁸¹ ANGELES, prólogo.

⁸² CASTILLO DE BOBADILLA, IV, IV, 1

La diversidad, en cuanto estuviese bien dispuesta, contribuía a la armonía. Si la sillería de Nájera puede también representar plásticamente esta idea, era Saavedra Fajardo quien la desarrollaba con relación al Estado, en donde apreciaba una armonía en la diversidad, que le llevaba a compararlo con el arpa⁸³. Tal vez esta lectura fuese la fuente de inspiración de aquel virrey peruano, el duque de la Palata, quien escribía que la armonía del gobierno de ese reino “se forma de tantas y diferentes cuerdas que han de templar a un oído”⁸⁴.

Juan de Palafox sostenía que grande debía ser el arte y prudencia de los reyes cuando tenían bajo su poder diversidad de Coronas —como era la Monarquía española de la época— y describía así, de modo grandilocuente, esta variedad política siguiendo la senda de Saavedra Fajardo: “Y de la manera que se compone de diversos humores, calidades, actos, hábitos y accidentes la condición y fortuna de cada hombre; así en los Reinos, del concurso, y variedad de condiciones de tantos hombres, se compone aquel todo universal, que forman los individuos, y viene a ser una inquieta tempestad de costumbres, pasiones, humores y condiciones, que causan en la República tantas tormentas políticas. Porque si un hombre es un mar inquieto, lleno de inconstancias y miserias, y así es sumamente dificultoso su gobierno ¿qué será una ciudad llena de hombres? ¿qué una Provincia que está llena de ciudades? ¿qué una Corona llena de muchas Provincias? ¿qué una Monarquía llena de muchos Coronas?”⁸⁵. Se trataba, pues, de la exteriorización de un particularismo multiforme en los gobiernos⁸⁶ que aparecía estrechamente vinculado a una concepción análoga en el campo del Derecho, que el mismo Palafox se encargaba de apuntar en otra de sus obras. Decía entonces que en los

⁸³ SAAVEDRA FAJARDO, *Idea...*, 169.

⁸⁴ Relación a su sucesor, 18 de diciembre de 1689 (HANKE, *Los virreyes...*, Perú, VI, 13-14).

⁸⁵ PALAFOX Y MENDOZA, *Historia*, 650-651.

⁸⁶ MARAVALL, *La cultura...*, 378-379.

reinos creados por Dios con diversas inclinaciones “necesario es que sean diversas las leyes y formas de su gobierno”, y también necesario que las leyes siguiesen, como el vestido, la forma del cuerpo⁸⁷.

En el pensamiento barroco, según Maravall, la idea de *tiempo* —unida a aquella otra del *movimiento*— cobró significativo relieve al punto que la temporalidad fue concebida como “un elemento constitutivo de la realidad”, al que los escritores de todas las áreas hacían constante referencia, uniendo a veces el concepto con el de variedad, expresándolo otras veces de modo específico⁸⁸. Era pues el *tiempo* un patrón que todo lo modificaba, que perfeccionaba las cosas, pero también su paso exigía reformas o alteraciones. Las leyes, los estilos jurídicos, eran tributarios del mismo. Lope de Deza afirmaba que el tiempo hacía inútiles y caducas las leyes⁸⁹. Castillo de Bobadilla consideraba a “la mutación y variedad de los tiempos” como criterio para ajustar las leyes⁹⁰. El autor de un nuevo formulario notarial argüía que, con “la mudanza del tiempo los contratos se diferenciaban en el estilo y la sustancia⁹¹”.

Los efectos de estas nociones de variación, mutación y tiempo se multiplicaban a los ojos de quien contemplaba el Nuevo Mundo. La frecuencia y el movimiento adquiría proporciones que llamaban la atención al observador europeo, como lo veremos con particular atención unas páginas más adelante. Esos cauces abiertos en el mundo hispano tenían origen y desarrollo común. La diferencia entre uno y otro continente era más de grado que de sustancia. Queda siempre flotando la duda de si estas imágenes, en cuanto incubadas en el Renacimiento, no debían también su buena cuota al descubrimiento del nuevo orbe.

⁸⁷ PALAFOX Y MENDOZA, *Juicio*, 46.

⁸⁸ MARAVALL, *La cultura*, 382-386.

⁸⁹ PALAFOX Y MENDOZA, *Juicio*, 109v.

⁹⁰ CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 34.

⁹¹ PALOMARES, “Al que leyere”.

Cuando Gracián escribía que “el sabio sabe que el norte de la prudencia consiste en portarse a la ocasión”⁹² estaba enfatizando el aprecio que los hombres de su tiempo sentían por el vocablo *ocasión*, en cuanto patentizaba el carácter temporal y cambiante de las cosas y mostraba una realidad que se presentaba de modo fugaz y sin estructura racional⁹³. De ahí la necesidad de aprovecharla, ya que “del asir de la ocasión y del saber aplicar los medios convenientes, nacen los buenos sucesos”⁹⁴. Esta misma convicción llevaba a Castillo de Bobadilla a enfatizar el valor de la ocasión en el arte de la guerra, sosteniendo que es necesario valerse de la misma, dada su fugacidad, sin atenerse a providencias generales o a órdenes venideras provenientes de una lejana autoridad⁹⁵. El hecho de que el vocablo adquiriese un sentido más amplio del que hoy le damos y que pudiese establecer casi un parámetro de conducta en diversos campos, está marcando nitidamente que el sentir colectivo de la época valoraba los hechos, los casos, en su fugaz pasar y en la necesidad de atender a ellos, dado que allí radicaba el verdadero arte de resolver las situaciones de toda índole.

Otra voz, *circunstancias*, era utilizada en la misma dirección que vengo apuntando. Frecuentemente los autores se referían a ella como accidente de tiempo, lugar, persona o modo que rodeaba el hecho y que producía una alteración de la regla o principio general. Era pues necesario atender a ella. No sólo se encontraban recomendaciones genéricas, como la que expresaba Setanti: “Las circunstancias de las cosas mira y acertarás mejor lo que emprendieses”⁹⁶, o la que llevaba a Rivadeneyra a decir que había que “mirar mucho la circunstancia del tiempo, sin la cual se hace muy difícil y aun imposible lo que con ella es fácil y

⁹² GRACIÁN *Oráculo...*, 301.

⁹³ MARAVALL, *La cultura*, 391-392. RIVADENEYRA señalaba que “es cosa increíble cuán presto vuela y huye la ocasión” (*Tratado*, II, XXXI) y CASTILLO DE BOBADILLA se refería a “lo mucho que vuela y huye la ocasión” (IV, V, 28).

⁹⁴ SETANTI, núm. 28, fs. 4. Centellas.

⁹⁵ Castillo de Bobadilla, IV, V, 28.

⁹⁶ SETANTI, *Avisos*, 81.

llano”⁹⁷. También se daban frecuentes estimaciones acerca del valor de las “circunstancias” para el ejercicio del gobierno⁹⁸, para ajustar y medir la ley⁹⁹ o para determinar el alcance del pecado¹⁰⁰.

La apreciación de este vocablo reforzaba la convicción de la época acerca del carácter contingente que tenían los casos, rodeados de unas condiciones que se alteraban y variaban. El mundo jurídico hizo suya esta estimación a través de la expresión: “el Derecho tiene calificada por prudente acción mudar de parecer mudadas las circunstancias de los hechos”¹⁰¹. Y los juristas recurrían a ella para poder interpretar y aplicar el Derecho, tal como lo ofrecen, de manera ejemplar, algunas páginas de Castillo de Bobadilla¹⁰², que nos ocuparán en el momento oportuno.

La relación entre *jerarquía* e *igualdad* es, por último, otro punto de mira que puede ayudar en el examen de nuestro tema. Mi propósito se limita a comprobar hasta qué punto una concepción jerárquica de la sociedad pudo respaldar al casuismo jurídico, al constatarse la imposibilidad de que una normativa general y uniforme pudiese resolver los problemas concernientes a cada grupo o estamento, o a las diversas personas. Esta situación, a mi juicio, apareció más nítidamente en el siglo XVII.

La sociedad hispana era jerárquica, pero con menor rigidez que en otras partes de Europa. Moldeada en raíces medievales, esta concepción se trasplantó al Nuevo Mundo, donde los conquistadores encontraron también en las culturas aborígenes más desarrolladas un tipo análogo de conformación social. La existencia de esta estratificación no impidió que, dentro de las tensiones y crisis propias de toda vida social, se despegase en América durante el siglo XVI

⁹⁷ RIVADENEYRA, II, XXXI.

⁹⁸ ZEVALLOS, *Arte...*, 47.

⁹⁹ CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 34.

¹⁰⁰ *Manual de confesores...*, 19-25.

¹⁰¹ Lo recoge LADRÓN DE GUEVARA, *Disertación...*, fs 3.

¹⁰² CASTILLO DE BOBADILLA, II, IV, 1 a 19.

un espíritu favorable a la igualdad, o que al menos la tolerase en determinadas ocasiones. Los vivísimos testimonios que ofrece Vial Correa son elocuentes en tal sentido, y así es posible apreciar, dentro de una sociedad donde sobresalía el blanco, cómo indígenas, mestizos, mulatos y aun negros engrosaban también las nóminas de propietarios, mineros o encomenderos, artesanos, predicadores, obispos, y hasta un mulato —Martín de Porres— subía a los altares¹⁰³.

Esta tendencia hacia la igualdad se explica tanto por profundas creencias espirituales, enraizadas en el cristianismo, como por las nuevas circunstancias originadas en el hecho americano. De un lado, la descendencia de un mismo acto de creación divina, condicionado por el nacer y el morir, une a todo el género humano. De otro, la heterogeneidad racial de los propios españoles, algún relajamiento de las convenciones sociales y cierta concesión al mérito, dieron a la sociedad hispánica en América unos aires nuevos en aquella centuria. Este ánimo igualitario —agrega Vial Correa— fue desapareciendo lentamente en el siglo siguiente, entronizándose en su lugar un creciente menosprecio hacia las clases inferiores, por razones étnicas, que se hizo patente en el XVIII. Esa decadencia del ánimo nivelador obedeció —según Vial Correa— a múltiples causas, entre las que coloca en primer plano al factor religioso¹⁰⁴.

Precisamente es en el siglo XVII donde encontramos acentuada la rigidez jerárquica de la sociedad estamental española, tal como lo registra la investigación fundamental de Domínguez Ortiz, centrada en esa centuria¹⁰⁵. De igual modo, encontramos para entonces los más estimables testimonios justificativos de una desigualdad social que para muchos era un calco de la desigualdad celestial.

La idea cristiana de una igualdad esencial del hombre en el nacer y en el morir continuaba entonces vigente¹⁰⁶, pero

¹⁰³ VIAL CORREA, "Teoría y práctica...", 87-130.

¹⁰⁴ Ídem, 130 ss.

¹⁰⁵ DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Las clases...*

¹⁰⁶ ALFARO, *Silva...*, 1ª parte; y FERRER DE VALDECEBRO, *El templo...*, 198.

seguramente empezaba a enfatizarse más aquella otra según la cual en el tiempo que mediaba entre uno y otro hecho la naturaleza “quiere que no haya cosa igual, porque no hay tiempo igual”¹⁰⁷. Ferrer de Valdecebro era uno de los escritores de la segunda mitad del XVII que más empeñosamente puntualizaba estas cuestiones. Consideraba que “todas las desigualdades del mundo y su gobierno eran hijas de la providencia divina”¹⁰⁸, ofreciéndonos unos sustanciosos párrafos sobre el tema al ocuparse del gobierno de los eclesiásticos¹⁰⁹. Veamos esta singular apología de la desigualdad que brotaba de su pluma: “Un templado instrumento en manos de quien no sabe tañerle, hará estruendo y disonancia; en quien sabe, armonía. Todo linaje de gobierno, es instrumento. Ha de saber templarle quien lo tuviere, dando términos a las cuerdas desiguales, bajo, alto, medio. Lo que pide el punto de cada una, parece disonancia, y es fundamento de lo armónico y sonoro. De la desigualdad se compone la mejor, y la más suave armonía en todas Repúblicas. Con ella fabricó Dios los cielos y la tierra, allí jerarquías superiores e inferiores, aquí montes altos y valles humildes”.

Según se advierte, la idea de desigualdad era admitida como propia de la naturaleza, creada por Dios, y a partir de ella se mostraba cómo componer la más perfecta república. La comparación entre un instrumento musical a cuerda y el gobierno de los hombres permitía a dicho escritor político penetrar en su tratamiento. Para tocar aquel instrumento, y por consiguiente para ejercitar el gobierno, era preciso manejarse con unas desigualdades que se manifestaban tanto en las cuerdas como en los hombres. La atención a cada una en particular podía parecer disonancia, pero ello era el fundamento de la armonía, que conducía al buen gobierno, a imitación de la creación divina.

¹⁰⁷ FERRER DE VALDECEBRO, *El templo...*, 198.

¹⁰⁸ Ídem, 89-90.

¹⁰⁹ FERRER DE VALDECEBRO, *La vara*, 45-47.

Lo ya dicho era reforzado y añadido con estas palabras: “Premiar igualmente y hacer estimación igual de todos, es armonía tan desacorde, que es confusión y tiranía. Todos no pueden ser iguales, ni posible es que lo sean. Debe premiar al que merece, castigar al que yerra, escoger al más digno, desechar al que no lo fuese; que las cuerdas, unas se hieren, otras se pisan, y de esta disonancia resulta la melodía. Saber templar, y saber tañer, es tan necesario, como forzoso, para que haya consonancia y sea gobierno del Cielo”.

Aun con las sensibles diferencias que los separa, este texto recuerda aquellos significativos párrafos de fray Luis de León, escritos un siglo atrás. La convergencia no viene por cierto por una inclinación a la desigualdad social, sino porque de ambos textos surgía una estimación hacia el gobierno casuista, bajo el modelo divino.

Para apuntalar lo expuesto podemos acudir a otro testimonio coetáneo que recogía un difundido sentir. En este caso, para ensamblar esta idea de la desigualdad con otras que hemos considerado propias del Barroco. Allá por 1655 Ugarte de Hermosa decía que, así como en el cielo había órdenes y jerarquías, “tampoco hay cosa estable en el estado humano, porque todo él consiste en un perpetuo movimiento, según lo dijo Justiniano, es necesario que haya diversos grados y diversos órdenes en todas las cosas, para que de la obediencia de los menores, y de la dilección y caridad de los mayores, se administren bien los oficios de cada uno en tanta diversidad de oficios y ocupaciones, que constituyó Dios en diversas personas, para el gobierno del mundo y conservación de la vida humana”¹¹⁰. Aun sin la presencia del vocablo mismo, la idea de desigualdad aparecía en este párrafo engarzada con las nociones barrocas de movimiento y diversidad.

Se puede advertir, pues, que aquella relación entre jerarquía e igualdad, que estaba en el Quinientos indiano en

¹¹⁰ UGARTE DE HERMOSA Y SALCEDO, 19.

tenso equilibrio, se definía en la centuria siguiente a favor de la primera, justamente cuando la concepción casuista pareció gozar de preeminencia en el sentimiento colectivo. Esto llevó, seguramente, a profundizar el principio medieval de que cada estamento —sobre todo la nobleza y el clero— tuviesen su estatuto jurídico y sus tribunales de justicia, desplegándose nuevas categorías que fueron aspirando y logrando análogos privilegios¹¹¹. No resulta entonces extraño que en una difundida obra jurídico-moral de fines de la centuria se estampase que “un mismo derecho se ha de reputar por diverso respecto de diversas familias y de diversos sujetos”¹¹².

7. El caso, eje de la reflexión jurídica

Vamos, por último, a ocuparnos de unos testimonios correspondientes a los siglos XVI y XVII que permiten observar cómo se daba relevancia al *caso* en toda reflexión sobre el Derecho y cómo ello era el resultado de una elección que el jurista hacía frente a la regla fija y general.

De singular valor es un breve capítulo que encontramos en el *Arte legal para estudiar la jurisprudencia* de Francisco Bermúdez de Pedraza, publicado en 1612. Su título ya presentaba el problema en toda su dimensión: “De la razón porque los Jurisconsultos procediesen más por hechos, que por reglas generales”¹¹³. Según lo veremos más adelante, Bermúdez era un humanista que apuntaba tímidamente hacia el sistema. Al plantear la cuestión en este capítulo se limitaba a explicar esa situación, sin emitir juicio de valor, pero se percibe una aceptación de la misma, como una creencia arraigada. Esto no le impedía, sin embargo, buscar

¹¹¹ Véase LEVAGGI, “Los fueros...” 44-48; y DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Las clases...*

¹¹² TORRECILLA, *Enciclopedia*, art. “Derecho”, núm. 22 (Cit. PUY MUÑOZ, 8).

¹¹³ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 134-135

en el terreno de la enseñanza el “arte” que se había propuesto.

Según Bermúdez de Pedraza, los jurisconsultos por dos razones enseñaban el Derecho por casos y no por reglas universales. La primera, porque el *iurisconsulto* era antiguamente el encargado de responder con prudencia a todas las cuestiones consultadas, las cuales “no se proponían de materias generales, sino particulares del hecho especial, que a cada uno le sucedía”. Este hecho particular era el que determinaba el jurisconsulto “porque cada uno pide consejo en su caso propio y no en el ajeno”.

La segunda razón —agregaba— era “porque todo el Derecho consiste en hecho, y cualquier pequeña variedad de hecho, varía también el Derecho”. En estas condiciones se hacía dificultoso dar “regla universal para todos”. Sostenía que, así como las definiciones, eran también peligrosas las reglas jurídicas porque ellas “han de ser universales y para quitarles de ser universales basta dar una instancia de un caso, que no lo comprendan”. Y enseguida se preguntaba: “¿Pues quién negará que las excepciones y falencias vician las reglas? Pues la humana fragilidad, qué otra cosa hace sino producir variedad de hechos, y diversidad de circunstancias, que son las que forman las instancias y excepciones?”. Bermúdez remataba su justificación de este modo: “A esto se allega la oscuridad de la generalidad: la cual aborrecen las leyes en gran manera. Porque como la ley no desea otra cosa más, que claridad, y de lo general las más veces nazca incertidumbre, pareció ser más útil aplicar una ley a cada causa”.

Esta reflexión de Bermúdez estaba elaborada sobre el modelo romano, tanto en lo que hacía a la imagen del jurista como a la disyuntiva que planteaba entre la regla y el caso. Se afirmaba en la constatación de que el contenido del Derecho civil, salvo el título de *regulis iuris*, eran “casos de sucesos particulares”. Es decir, en este capítulo apreciamos tanto argumentos de autoridad como de razón para explicar

el porqué de este Derecho decididamente volcado a atender los casos y desconfiado de la formulación de reglas. Había, pues —y esto es lo que conviene resaltar aquí— una consciente elección entre dos concepciones jurídicas posibles.

La contraposición entre *caso* y *regla* asomaba en otros juristas de la época, ya con el empleo de los mismos vocablos, ya en alusión incluida dentro de una idea más amplia. Así Solórzano, al tratar una cuestión específica y referirse a su regulación, afirmaba que, aunque “ésta sea la regla, no podemos ni debemos medir con ella igualmente todos los casos que se ofrecen en esta materia; porque éstos se alteran y varían, según la diferencia, y variación de sus calidades y circunstancias”. Y enseguida añadía: “Y la misma regla tiene en sí tantas falencias y limitaciones, que de ellas se podría hacer otra no menos cierta y casi tan general...”¹¹⁴, afirmación que daba paso a un extenso desarrollo, apoyado en la glosa y en otros autores.

La estimación del *caso* era también el meollo de una idea que expresaba otro clásico de la jurisprudencia hispana. Como cuando Castillo de Bobadilla decía que “verdad es que no todas las leyes cuadran a todas las provincias, ni a todos los tiempos, ni a todos los negocios; y así, según las costumbres de las ciudades y la mutación y variedad de los tiempos y las circunstancias y emergencia de los negocios, se ajusta y mide la ley: por lo cual, y porque la inconstancia de las cosas hizo variar los gobiernos y las leyes, dijeron los sabios: que el derecho y la ley eran de cera, y que varían las formas como Proteo”¹¹⁵.

Esta sensibilidad se agudizaba tratándose de los negocios indianos, como lo veremos más extensamente en el capítulo siguiente. Como anticipo cabe señalar que Juan de Matienzo atribuía el mal gobierno en los asientos mineros del Perú a la pretensión de guardar inviolablemente las ordenanzas en vez de implantar un gobierno regido por “la

¹¹⁴ SOLÓRZANO, V, XI, 5. En bastardilla he destacado las palabras salientes.

¹¹⁵ CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 34. También II, IV, 1-3 y 10-19.

presencia y buen entendimiento” del ministro, donde la experiencia actuara como criterio de análisis ante la mutabilidad de las situaciones¹¹⁶. En la misma época, el avezado virrey novohispano don Antonio de Mendoza, explicaba a su sucesor que “en las cosas espirituales y que tocan a la doctrina cristiana no se pueden dar reglas generales, porque el gobierno es todo cabeza y está según el religioso o clérigo, porque con unos conviene alargar y con otros acortar”. Y agregaba que él se había ayudado de todos según “la calidad de los negocios y de las personas y del estado en que estaban las cosas en las provincias y pueblos donde tales clérigos y frailes estaban...”¹¹⁷. Según se aprecia, en estos juicios —expuestos sobre la palpitante realidad indiana— se llegaba ya a una postura extrema, en cuanto a la inutilidad de las reglas generales para hacer frente a cuestiones en donde sólo cabía la intervención decisiva del ministro atento a la situación particular.

El contrapunto entre *caso* y *regla* también aparece sugestivamente en un curioso documento del XVI. Se trata de un interrogatorio preparado en 1582, en el Cuzco, para la averiguación de los usos y costumbres de los antiguos incas en la administración de justicia civil y criminal. Una de las preguntas, precisamente, era la de si el Inca “tenía leyes universales o particulares por donde se juzgaba o por donde se guiaba el juicio y la sentencia y orden de proceder”. Y en la siguiente se insistía en saber si esas leyes eran “diversas en una jurisdicción que en otra”. El mayor valor de este testimonio reside precisamente en el planteo de esta doble alternativa, la de leyes universales o particulares, y la de leyes uniformes o distintas en cada jurisdicción. Se trata de resaltar la aptitud mental de indagar en un orden jurídico desconocido a través de estos interrogantes-claves, que podían ayudar a profundizar su conocimiento. Ello revela la presencia de una preocupación en quien formuló dicho

¹¹⁶ LEVILLIER, *La Audiencia*, I, 57.

¹¹⁷ HANKE, *Los virreyes...*, México, I, 38-39.

cuestionario. Doy mayor relieve a las preguntas en sí mismas, ya que las respuestas no son, a mi modo de ver, ilustrativas. Salvo una, que afirmaba la existencia de leyes universales en toda “la provincia del inca”, las demás no esclarecieron el asunto¹¹⁸.

Cabe iluminar aún este punto desde otro ángulo visual: la postura del jurista ante la variedad regional. Para esto acudimos a otro testimonio de Solórzano. Como frecuentemente ocurría, a propósito de una cuestión determinada —en esta ocasión, el servicio personal de los indios—, sentaba con visos de generalidad la afirmación de que “cada Provincia necesita de leyes y costumbres particulares que ajusten a ella, como a cada paso nos lo enseña el Derecho”. El ejemplo del pulpo —que muda sus colores según el lugar donde se pega— le servía para decir que “el Legislador, que es atento y prudente, debe variar sus mandatos según las Regiones, a cuyo gobierno los encamina, y esta es su mejor ley”, en la convicción de que “no puede darse ley antigua de tal suerte uniforme, que cuadre y ajuste en todas partes igualmente a todo el género humano”¹¹⁹. De tal modo, apoyado en autoridades y en el saber común, exteriorizaba esta creencia que mostraba —como en la recordada cita de Castillo de Bobadilla— la prevención del jurista ante todo intento de una uniformidad dirigida por artificio humano, y más bien la inclinación del legislador en sus decisiones a atender la peculiaridad regional o provincial.

De los testimonios expuestos puede extraerse, como convicción dominante, que el Derecho no podía exponerse por medio de una regla general, ni con una uniformidad abarcadora de muchos reinos o provincias, ni con la pretensión de ser invariable en el tiempo. El caso, el lugar y el tiempo eran centros de preocupación de ministros y juristas. El Derecho debía ajustarse constantemente a las nuevas

¹¹⁸ LEVILLIER, *Gobernantes...*, 268-288.

¹¹⁹ SOLÓRZANO, II, VI, 23-24.

situaciones en un proceso dinámico de renovada creación. Esta creencia se nutría en una larga tradición y era apoyada por el contexto social. Los dichos de antiguos sabios, los aforismos, los ejemplos, la misma naturaleza, contribuían a sustentarla.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PROGRESION DEL CASUISMO A TRAVES DE LA PECULIARIDAD INDIANA

1. El precedente castellano. 2. Hecho y Derecho: ¿un divorcio? a) La estimación de lo fáctico como elemento de la juridicidad, b) Hecho indiano y ley peninsular. 3. Diversidad, mutabilidad y distancia, nociones diferenciadoras: a) “El de acá es otro lenguaje...”; b) “Las cosas de las Indias no duran mucho tiempo en un mismo ser”; c) “Una tierra tan grande y remota y apartada, no se puede desde lejos gobernar”. 4. El conocimiento de la tierra. 5. El casuismo en el desenvolvimiento de la Monarquía Universal. 6. El casuismo en los negocios de gobierno. 7. ¿Un casuismo más intenso y diversificado?

1. El precedente castellano

Puesta en evidencia la presencia del casuismo como creencia social en el mundo hispano de los siglos XVI y XVII, cabe ahora preguntarse por el despliegue de una tendencia propiamente indiana, surgida al ritmo de la nueva situación que ofrecían las extendidas tierras descubiertas, los grupos humanos aborígenes y el complejo proceso de conquista y asentamiento de la población.

No debe sorprendemos encontrar, desde los primeros tiempos, una buena disposición para atender las particularidades de las provincias y comarcas y para admitir las

cambiantes situaciones, pues —como dice Altamira— esa predisposición ya se hallaba en la propia tradición castellana medieval y aun en la más reciente. Maravall señala la presencia firme en Castilla, para finales del siglo XV, de una opinión generalizada que concebía a cada comunidad o reino con su propio Derecho, particular y cambiante, y recuerda al respecto una expresión del célebre Alfonso de Madrigal, el Tostado: “las leyes que a una tierra son buenas, en otras son malas, e las leyes que en un tiempo son buenas, en otro son malas en ella misma”¹. En cambio, Mariluz Urquijo hace hincapié en la existencia de posturas más rígidas que advertían los riesgos que acompañaban a todo cambio legislativo, aunque advierte una conciliación entre ambas actitudes, en atención a las diferentes situaciones que ofrecían, de una parte de un reino consolidado como Castilla, y de otra las nuevas tierras americanas². Lo cierto, pues —más allá de los matices—, es que una larga tradición peninsular fue estimulada en su trasplante indiano por —al decir de Altamira— “una necesidad más aguda que las sentidas hasta entonces”³.

Esa tradición obró como punto de referencia en quienes trataron el tema con relación a Indias y seguramente estimuló, tanto a quienes escribían memoriales o libros como a sus consiguientes lectores, a comprender esa nueva realidad. Hubo algunos que no se conformaron con una evocación implícita, sino que prefirieron recordarla expresamente para dar mayor claridad a su exposición. Así el capitán Andrés de Tapia, en una carta crítica sobre los legisladores que desconocían la realidad americana, sostenía desde suelo novohispano, a mediados del siglo XVI, que unas leyes generales para toda la tierra no eran admisibles ni aun en Castilla, donde no sería buen orden que “en Sevilla haya las mismas ordenanzas que en Vizcaya o en Galicia”⁴. Otro

¹ MARAVALL, *Estado moderno*, II, 420-421.

² MARILUZ URQUIJO, “El concepto de tierra nueva...”, 389-390.

³ ALTAMIRA, “Autonomía...”, 47-51.

⁴ Paso y Troncoso, VI, 7.

hombre de armas —también cultor de la pluma—, Bernardo de Vargas Machuca, sentaba hacia fines de la centuria una tesis más amplia a propósito del fenómeno indiano: “Pues —decía— no con unas ordenanzas se gobiernan los reinos, ciudades y pueblos menores, aunque militen debajo de una ley divina y humana... Y así vemos que en cada república tienen sus ordenanzas acomodadas; porque mal se gobernará Sevilla con las ordenanzas de Madrid, ni Burgos con las de Bilbao, ni una aldea con las de una ciudad populosa. Y así el príncipe debe gobernar sus reinos diferenciando las ordenanzas reales, acomodando sus causas y calidades”⁵. De tal modo, estos y otros hombres, conocedores de fenómenos de igual naturaleza en sus tierras de origen, recibían y explicaban con mayor naturalidad el despliegue amplio de ese particularismo indiano que avanzaba hacia grados hasta entonces desconocidos. Si aquella tradición les servía para absorber el impacto de la novedad americana, cabría conjeturar también sobre la proyección que esta realidad indiana pudo tener, en dirección inversa, sobre la mentalidad castellana.

2. Hecho y Derecho: ¿un divorcio?

Una vía metódica para destacar la peculiaridad del fenómeno casuista en el Nuevo Mundo se ofrece a través de la ya clásica oposición entre hecho y Derecho, establecida por algunos historiadores. O más precisamente entre hecho indiano y ley peninsular. Se llega así a constatar la frecuencia con que esta norma legislativa aparece sin efecto o aplicación en una realidad que parecía atenerse al mundo de los hechos y no de las leyes. Esta separación entre uno y otro término de la relación es, en efecto, bastante amplia si aplicamos con ligereza categorías conceptuales posteriores que, en gran parte, provienen del positivismo formalista del

⁵ VARGAS MACHUCA, I, 34-35.

siglo pasado. Así, cuando confundimos Derecho con ley y excluimos del fenómeno jurídico otras vías creativas propias de la época como la costumbre, la opinión de los juristas, las interpretaciones equitativas, y las propias leyes criollas. Mario Góngora ya hace muchos años ha señalado los peligros de este anacronismo, que lleva a quitar juridicidad a cualquier infracción o incumplimiento de una norma legal peninsular⁶. Es necesario, pues, recomponer esa relación dándole ajustados términos, para obtener por vía de este enfoque provechosas consecuencias, una de ellas en nuestro tema.

Esta contraposición entre hecho y Derecho parte, sin duda, de la suposición de que el hecho es un acontecimiento social desprovisto en sí de juridicidad. Debe quedar a salvo entonces la posibilidad de admitir que toda ley por sí misma puede ser considerada como hecho social en el momento de su aparición, aunque no la conserve en su posterior consolidación normativa. Así entendida aquella relación, en el mundo castellano de la época ambos términos guardaban una estrecha aproximación, al punto —según vimos— que se reducía el Derecho al hecho o se aludía con la expresión “hecho y derecho” a aquello que había sido plenamente logrado, acabado. Es decir, que la estimación colectiva se inclinaba entonces a que —dentro del juego de tensiones propio de la vida social— la separación entre ambos componentes fuese la menor posible. De ahí la existencia de distintos mecanismos para dar juridicidad a ciertas situaciones desprovistas de apoyo legal, cuando las mismas no afectasen valores religiosos o morales superiores.

Esta relación pareció desequilibrarse en el Nuevo Mundo por diversos factores —que examinaremos más adelante—, poniéndose de relieve unas situaciones que desbordaban no sólo los derechos civil y canónico sino las propias regulaciones legales especiales que, para Indias, se dictaban en la Península. De este desequilibrio se hicieron eco, preocu-

⁶ GÓNGORA, *El Estado*, 307-308.

pados, desde los días de la conquista, hombres de distintos oficios y actividades, quienes, al contraponer el orden legal con la situación dada, hacían una nítida estimación de ésta y buscaban otras vías jurídicas para encuadrar esos hechos nuevos. La separación notoria en la relación hecho-derecho se imponía pues como un problema, pero —contra lo que supone cierta historiografía superficial— no se trataba de una realidad sin remedio. Era sí una cuestión que preocupaba a aquellos hombres —juristas o no— y constituía un estímulo en la búsqueda de nuevas modalidades jurídicas. Era, pues, rico en consecuencias, y tan rico que posiblemente a esa contraposición se debe precisamente el origen del dinamismo jurídico indiano. Su verificación en nuestro tema tiene un objeto muy preciso, es decir constatar la progresión del casuismo a partir de esa estimación del hecho con relación a los demás territorios hispanos, pero el asunto ofrece otras posibilidades de desarrollo que no cabe atender en este momento.

Esta oposición entre hecho y Derecho ha quedado plasmada en numerosos testimonios desde los comienzos de la colonización, procedentes de conquistadores, letrados, misioneros, virreyes, oidores, etc. Se explica su mayor abundancia durante los siglos XVI y XVII, pero no desaparecieron en el XVIII, a pesar de que las ideas más rigurosamente legalistas penetraban en la mentalidad colectiva y de que se habían atenuado algunos factores estimulantes de esa separación. Me parece necesario distinguir dos aspectos en esta oposición denunciada. De un lado, la inaplicabilidad de los ordenamientos civil y canónico en el Nuevo Mundo; y de otro, la dificultad de legislar acertadamente desde la Península para atender a las nuevas situaciones.

a) *La estimación de lo fáctico como elemento de la juridicidad*

En cuanto a la primera cuestión, me parece necesario recordar el punto de vista de Góngora, que ha estudiado con

lucidez la forma inicial de la conquista, especialmente el asentamiento de la población española sobre la base del trabajo aborigen. Advierte dicho autor que los problemas y soluciones se dieron en modo, tiempo e intensidad diferentes en todas las provincias, pero siempre sobre el eje de una polaridad entre lo que era un Derecho por “la necesidad fundada en la situación” —como propio de tierras nuevas y tiempos de conquista— y un Derecho de raigambre castellana, formado por el romano-canónico, el real y la idea del Derecho natural. Agrega Góngora que aquel Derecho surgido de la necesidad —a veces extrema— era rico en formas, amparándose en el primado del bien común sobre la ley⁷.

Más allá de esta precisión conceptual, es necesario acudir a algunos significativos testimonios que nos muestren o insinúen distintas facetas de esta cuestión. Desde luego, los más nítidos se ofrecen al abordarse la relación con los aborígenes. Satisface este aspecto el que extraemos de un sesudo informe del oidor Vasco de Quiroga al rey en 1535, en el cual planteaba de modo general la necesidad de que en el Nuevo Mundo se pusiera en todo “orden y concierto de nuevo, así en lo espiritual como en lo temporal”. Esto se debía hacer “por tales modos, medios y arte y por tales leyes y ordenanzas” que se adapten al saber y uso de los aborígenes “sin los entrecamientos y oscuridad y multitud” de las castellanas, que resultaban extrañas a su entendimiento. Es decir, como el mismo Vasco de Quiroga lo puntualizaba más adelante, el Nuevo Mundo era en verdad todo nuevo, y como tal surgía la exigencia de “proveer y ordenar las cosas de nueva manera”⁸. Reparemos en el sentido absoluto con que el oidor novohispano planteaba la necesidad de una regulación nueva, diferente a la castellana en la forma y en la sustancia. Pero no olvidemos que Vasco de Quiroga no era un letrado común, sino que pertenecía a la stirpe de los

⁷ Ídem, 167 y 261.

⁸ *Informe en Derecho* en CASTAÑEDA DELGADO, 147-148.

reformadores apostólicos y, como tal, su distanciamiento del Derecho, como complejo normativo, era mayor y más explicable⁹.

De manera frontal planteaba la cuestión, algún tiempo después, fray Jerónimo de Mendieta. Como es sabido, estamos en presencia de un representante de la línea del pensamiento apostólico, vinculado al misticismo medieval franciscano. Su idea era reemplazar a la jurisprudencia clásica por una disciplina paternal y pedagógica en las comunidades aborígenes¹⁰. En carta al licenciado Juan de Ovando se refería a la aplicación de las normas canónicas a los indígenas de modo tal que daba preeminencia a la situación fáctica sobre aquéllas. Luego de admitir que en oposición a las mutaciones indianas se podrían alegar “las disposiciones del Derecho”, advertía que “los hombres no fueron hechos por las leyes ni por los decretos, por muy santos que sean, sino que por el contrario las leyes y decretos todos fueron instituidos por causa de los hombres para su utilidad y provecho”. Y agregaba, reforzando lo dicho: “Recia cosa sería decir que vale más que lo instituido por los Sagrados Cánones se guarde inviolablemente en las Indias, aunque los naturales de ellas nunca lleguen a ser buenos cristianos, variándose algunas de las sanciones y decretos de los que los Santos Padres establecieron”¹¹.

Esta oposición a la ejecución de unas normas canónicas que se consideraban inaplicables, se completaba con la fuerte crítica que, en otra ocasión, dirigía al Derecho civil y particularmente a la audiencia y letrados, proponiendo el establecimiento de un nuevo orden, muy sencillo, para los indígenas. Con evidente fastidio concluía entonces que “ni Código ni Digesto, ni hombre que había de regir a indios por ellos pasara a estas partes; porque ni Justiniano hizo leyes,

⁹ Sobre su personalidad, véase ZAVALA, *Ideario y Recuerdo*.

¹⁰ Véase PHELAN, 11 ss. y 93.

¹¹ GARCÍA ICAZBALCETA, *Nueva colección*, I, 113-114.

ni Barthulo ni Baldo las expusieron para este nuevo mundo y su gente...”¹².

Según se aprecia, estos testimonios contraponían el Derecho conocido entonces a la situación del aborígen americano. Ambos optaban por una estimación de lo fáctico frente a una rigurosa aplicación de la normativa existente. No deja de ser sugestivo que Mendieta, en la citada carta a Ovando, apoyara su idea precisamente en la antigua y difundida definición de ley expuesta por San Isidoro y en la convicción de que el verdadero legislador debía “ordenar y proveer en utilidad de los hombres”. Es decir, que para postular esa radical renovación acudía precisamente a un texto del gusto de los juristas.

Estos testimonios pueden ser tachados de parciales, en cuanto pertenecen a una corriente de pensamiento que, orientada por una finalidad apostólica, tendía a alejarse de la más ruda realidad en la cual se desenvolvía la sociedad hispano-indígena. No era éste el caso de un fino observador del mundo natural y físico, como el padre José de Acosta, quien decía que en las Indias ningún Derecho, fuera del natural, podía tener firmeza y consistencia y que las leyes romanas o castellanas repugnaban a las antiguas de los aborígenes¹³. El valor de este juicio no reside en su originalidad —según hemos visto— sino en la autoridad de quien lo hacía y también muy particularmente en que años después lo recogió Solórzano, haciéndolo suyo, en la *Política Indiana*¹⁴ y asegurando su consagración y difusión.

Podemos también encontrar otros juicios que, ampliando el horizonte, nos muestran a la realidad indiana como difícilmente compatible con unas normas legales rígidas. Buen ejemplo de esto rezuma el *Gobierno del Perú* de Juan de Matienzo, quien predicaba un Derecho ceñido a la realidad,

¹² Carta a Fray Francisco de Bustamante, comisario general de las Indias en San Francisco de México. Toluca, 1 de enero de 1562 (Texto en GARCÍA ICAZBALCETA, *Nueva Colección*, I, 19).

¹³ ACOSTA, lib. 3, cap. 4 (I, 402-412).

¹⁴ V, XII, 11 y V, XVI, 4.

al tiempo que revelaba desconfianza hacia consideraciones genéricas o reglas fácilmente inducidas. De modo particular es sugestivo aquel consejo que daba a quien gobernase la tierra, en el sentido de que frenase su ímpetu renovador “hasta conocer muy bien las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y de los españoles que en ella habitan”, pues solo una vez acomodado a ellas, podía introducir las reformas requeridas¹⁵.

Prestemos atención a lo que, desde Potosí, escribía un agudo observador de la realidad en esa provincia de los Charcas, don Luis de Ribera, en una fecha —1620— en que se penetraba en la etapa de consolidación indiana. En este testimonio aparece claramente contrastada la situación en uno y otro mundo, esbozada la singularidad de estas tierras, y sugestivamente expuesta la separación entre hecho y Derecho. Señalaba la dificultad de gobernar un reino “que no tiene semejanza ni proporción alguna con los vasallos de Flandes, Italia y España, ni con ningunos otros que Dios haya criado en el mundo, ni con sus costumbres y leyes, inclinaciones y ejercicios, sin verlo y tantearlo y vencer hoy una dificultad, y mañana otra y restarse a la ejecución, acordados los medios más suaves, más justos y más útiles del hecho y del derecho”¹⁶. En estas palabras se reflejaba la singularidad del gobierno y Derecho indianos, dentro de la Monarquía y aún más allá de la misma. También —y esto deseo remarcar— aparecía ese gobierno como necesitado de una conducción empírica, en la que había que atender con medida y equilibrio tanto al hecho como al Derecho, con la evidente intención de aproximar uno al otro. Si volvemos sobre la última parte del párrafo transcrito encontramos una lúcida descripción de ese arte que consistía en alcanzar lo más justo y más útil, extrayéndolo tanto de lo fáctico como de lo normativo, en la convicción de que allí se encontraba la realización del Derecho. Era, por lo demás, una

¹⁵ MATIENZO, 201.

¹⁶ Carta al rey. Potosí, 15 de marzo de 1620 (AGI, Charcas, 54).

fin a expresión de esa mentalidad casuista predominante y una nueva muestra de preocupación por estrechar la distancia que separaba a ambos términos de la relación que venimos estudiando.

Por último, me parece conveniente, dando un pronunciado salto en el tiempo, acudir a un jurista de la Ilustración y experimentado magistrado indiano, don Benito de la Mata Linares, quien nos ofrece un singular testimonio en las postrimerías del período que examinamos. Desde su sitial de ministro del Consejo de Indias, don Benito, en clara disidencia con las pretensiones uniformadoras de la Constitución de Bayona, señalaba en 1808 la formación casuista de la Recopilación indiana en consonancia con la variedad provincial. Recordaba las notables diversidades del Nuevo Mundo en la parte legislativa y puntualizaba el predominio de la materia gubernativa formada sobre el propio terreno sin sujeción a determinada teoría¹⁷. La larga experiencia adquirida por Mata Linares en la labor gubernativa y judicial era preciosa base de sustentación de este juicio, en donde —como ya lo vimos en Ribera— aparecía nítidamente la imagen de un Derecho que debía elaborarse en la permanente actividad de los ministros y magistrados sobre la situación dada, sin quedar constreñidos por la rigidez de normas jurídicas inaplicables. Se trataba, pues, de una labor creativa para dar a cada situación su adecuada solución.

b) *Hecho indiano y ley peninsular*

La discrepancia entre la situación indiana y la ley proveniente de la Península es un tópico utilizado por los historiadores para caracterizar la vida social americana. Así, si el Derecho castellano no satisfacía plenamente la exigencia indiana, tampoco las normas especiales dadas por el rey, a través del Consejo de Indias, alcanzaban ese objetivo.

¹⁷ TAU ANZOÁTEGUI, “Las observaciones...”, 260.

En 1518 fray Bernardino de Manzanedo, haciéndose eco de lo que “todos dicen”, exponía al rey que “uno de los principales daños de aquella Tierra, ha sido querer proveer de Castilla cada cosa de las que se habían de hacer en ella”¹⁸. Otro religioso, en el mismo sentido, afirmaba que tenía por casi imposible “poder ser bien regidas ni gobernadas aquellas partes desde acá”¹⁹. Este presunto sentir colectivo, recogido en memoriales de la primera época, fue ratificado por sucesivos escritos de la más variada índole, en los cuales aparecía expresada esa imposibilidad de resolver con acierto las situaciones planteadas en un ámbito distinto, que exigía la presencia en el lugar de una autoridad que decidiera y ejecutara. Así, en oidores de Santo Domingo decían al rey que, con relación a la creación de pueblos en la Isla, “no se puede dar regla cierta”, siendo lo mejor que la propia Audiencia lo proveyera conforme a las situaciones²⁰.

La conquista de Nueva España abrió un amplio cauce de opiniones coincidentes, que fluían hacia la Corte. En 1524 Hernán Cortés, al encabezar una serie de observaciones a las instrucciones que se le habían enviado y que él no había ejecutado, sostenía que “las cosas juzgadas y proveídas por ausencia no pueden llevar conveniente expedición, por no poder comprender todas las particularidades del caso...”²¹. Esta desaveniencia entre preceptos dados desde lejos y situaciones locales complejas, era también abordada unas décadas después por el oidor Vasco de Quiroga, al formular una crítica a cierta disposición real. Su propósito era alertar a los que gobernaban la Nueva España, tanto en “ausencia” como en “presencia”. Refería entonces que, habiendo tantos inconvenientes y perjuicios, “razón es de abrir los ojos y las puertas al remedio, y con ello también la voluntad y el entendimiento a la verdad y

¹⁸ PACHECO, *Colección...*, 1ª, t. XXXIV, 306.

¹⁹ *Ídem*, 1ª, XI, 252.

²⁰ *Ídem*, 1ª, XI, 356.

²¹ GARCÍA ICAZBALCETA, *Colección*, I, 471.

existencia de los casos y de las cosas, y no a las apariencias, y que se haga en todo de manera que no sea dar ley a solas las palabras y dejar sin ley las cosas, y sin remedio posible, probable y practicable; porque, el que no es posible ni practicable, no es remedio, sino color para el mal...”²². En este párrafo, de difícil lectura por su estilo rebuscado, reposa, sin embargo, con claridad, la idea de contraste entre la ley carente de sustento y posibilidad de aplicación y la realidad apremiante que exigía remedios adecuados. Aquella expresión central —no “dar ley a solas las palabras y dejar sin ley las cosas”— es el meollo de este pensamiento que, reconociendo la tensión entre ambos términos, buscaba su conciliación a través de esta solución: ni ley sin posibilidad de aplicación ni situación fáctica fuera de la juridicidad.

La oposición que venimos considerando no sólo surgía de nuevos testimonios novohispanos hacia mediados de la centuria, sino que hasta cobró ciertos aires de reproche hacia quienes no parecían entender aquella disparidad. De la pluma del virrey Antonio de Mendoza brotaban estas significativas palabras: “... tengo gran lástima de ver que S. M. y los consejos y los frailes se han juntado a destruir estos pobres indios y gasten tanto tiempo y tanta tinta y papel en hacer y deshacer y dar provisiones unas en contrario de otras, y mudar cada día la orden de gobierno, siendo tan fácil de remediar con sólo proveer personas calificadas que tengan en razón y justicia la tierra”²³. En otros escritos de la época podemos leer expresiones coincidentes, expuestas con mayor o menor desenfado. El licenciado Altamirano decía que “no se puede proveer por leyes ni provisiones ni cédulas de vuestra majestad en todas las cosas y negocios de esta tierra”²⁴; el conquistador Andrés de Tapia estampaba en una sabrosa carta, con

²² *Informe en Derecho* en CASTAÑEDA DELGADO, 122.

²³ HANKE, *Los virreyes... México*, I, 57-58.

²⁴ MONTOTO, *Colección*, I, 214.

buena dosis de exageración, que “no sé cómo a esos señores del Consejo les parece que basta ordenallo desde allá una vez para toda la vida, y unas leyes generales para toda la tierra...”²⁵; y el licenciado Diego Téllez, al quejarse de los oidores, ponía de relieve la necesidad de un gobierno con hombres honestos, dada la dificultad y tardanza de legislar desde tan lejos²⁶.

No trepidaba Pedro de Meneses en denunciar al rey que la Nueva España se iba perdiendo “por no atenderse allá y acá por las novedades y mudanzas que de allá vienen y acá es imposible entenderse”. Para él “las cosas de acá... tienen necesidad de enmendarse acá y no remitirse allá...”²⁷. Aún algo más puede destacarse. No sólo se aludía al lugar desde donde se legislaba, sino a las pautas seguidas. En este sentido, el fiscal novohispano Cristóbal Bustamante afirmaba que “querer regular esta tierra al modo de España... no se sufre ni se ha de tener a mal que por la diversidad de los tiempos y tierras los estatutos se alteren y muden...”²⁸.

Según se aprecia en la precedente muestra selectiva de juicios del Quinientos novohispano —la mayoría remitidos al rey—, la contraposición entre hecho indiano y ley peninsular constituía una preocupación constante para conquistadores, gobernantes, oidores, letrados, que se inclinaban en todos los casos por una preferente estimación y atención de las situaciones concretas, al punto que se solía poner de relieve la importancia que en la solución cobraba la presencia directa del ministro o magistrado. Que este sentimiento no era sólo patrimonio exclusivo de las décadas duras de la conquista, puede probarlo la memoria que el duque de Escalona dirigía a su sucesor en el virreinato de Nueva España en 1642, en la cual se traslucía una mayor estima por la propia experiencia surgida del ejercicio del gobierno que por las cédulas y leyes provenientes de la

²⁵ PASO Y TRONCOSO, VI, 7.

²⁶ Ídem, XIV, 155.156.

²⁷ Ídem, VI, 148.

²⁸ GÓNGORA, *El Estado*, 266.

Península, dando como supuesto la particularidad del fenómeno indiano²⁹. Esto mismo seguía siendo destacado un siglo después, cuando Manuel Joseph de Ayala mostraba la misma trama al revés, al decirnos la extrañeza con que en la Corte —ya seguramente impregnada con gustos uniformadores— se recibían ciertas providencias de virreyes, gobernadores y tribunales indianos, cuya singularidad el erudito panameño justificaba por la diversidad de negocios y regiones³⁰.

A través de estas páginas me parece que ha quedado en claro la existencia de una separación entre hecho y Derecho en grado seguramente mayor que en otros ordenamientos jurídicos, propios de sociedades consolidadas. También ha quedado en evidencia la preocupación con que en memoriales, cartas y piezas de toda índole se expresaba tal disparidad, y la insistencia con que se manifestaba la inaplicabilidad en el Nuevo Mundo de las leyes canónicas, civiles y castellanas, y aun de muchas leyes especiales dadas para Indias desde la Península. De estos escritos rezuma una decidida estimación por lo fáctico, en claro rechazo de una mera legalidad formal, siendo el testimonio de Vasco de Quiroga tal vez el más significativo en este sentido. Al mismo tiempo se percibe el deseo subyacente de aproximar el hecho al Derecho, estrechando la distancia que los separaba. Esta constatación permite entrever un orden que aparecía fundado más sobre el hecho o situación que sobre un ordenamiento legal general, en intensidad progresiva con relación al resto del mundo hispánico y europeo, lo que significa que las soluciones que se iban alcanzando tenían un carácter precario, conforme a los tiempos, lugares, personas y casos. Interpretadas en este sentido me parecen muy expresivas aquellas palabras del historiador Ots Capdequí, cuando describe los orígenes del Derecho indiano “con una nota de casuismo muy acen-

²⁹ HANKE, *Los virreyes... México*, IV, 31.

³⁰ MANUEL JOSEPH DE AYALA, Discurso, fs. 322-323.

tuada y con una tendencia reglamentarista minuciosa”³¹. De tal modo, esa prevención hacia lo hasta entonces conocido por Derecho o hacia la norma legal proveniente de la Península no debe ser entendida —como muchos creen— como una manifestación de desprecio hacia lo jurídico, sino por el contrario como un intento —expresado de muy diversas formas y hasta de modo irracional— de alcanzar una regulación nueva que satisficiera las exigencias de las situaciones diferentes que ofrecía el suelo americano.

3. Diversidad, mutabilidad y distancia, nociones diferenciadoras

La peculiaridad indiana que venimos puntualizando aparecía sustentada en tres nociones, frecuentemente invocadas en documentos peninsulares y americanos desde los comienzos hasta las postrimerías de la Monarquía Española: la diversidad, la mutabilidad y la distancia. A través de las mismas percibiremos un entrelazamiento con el tema anteriormente tratado, aunque enfocado desde otros ángulos de observación.

a) “*El de acá es otro lenguaje*”

La noción de diversidad puede desdoblarse: la diversidad entre ambos mundos y la propia entre las diferentes regiones americanas. De ahí surgirán no sólo las diferencias con el Derecho castellano, sino la pluralidad normativa indiana.

Esta noción puede encontrarse en textos de diversa índole desde los comienzos de la colonización, aun cuando —según dice Demetrio Ramos— en los primeros tiempos se actuase y pensase en España en un plano de generalización³². Altamira aporta en este sentido abundantes testimo-

³¹ OTS CAPDEQUÍ, *Historia*, 88.

³² RAMOS PÉREZ, 89.

nios, pero especialmente ha puesto énfasis en los que emergen de las propias leyes peninsulares, a la cabeza de las cuales aparece aquella disposición de Felipe II, de 1571, incorporada luego a la Recopilación de 1680, en la cual se establecía que el gobierno de las Indias debía hacerse conforme al “estilo y orden” castellano-leonés “en cuanto hubiere lugar y se sufriese por la diversidad y diferencia de las tierras y naciones”³³. Esta regla general se desplegó en numerosas expresiones legislativas peninsulares referidas a asuntos concretos en los que se invocaba dicha diversidad, o se aludía a la misma, para justificar la separación del ordenamiento castellano. Aún más, aquellas disposiciones muchas veces expresamente se sujetaban a leyes o costumbres locales, aun sin tener certeza sobre su existencia, lo que demostraba el fuerte influjo de esa noción de diversidad en el ánimo del legislador, al punto que consideraba prudente dejarla a salvo y aun anteponerla a su propia determinación. El empeño de Altamira apuntaba, como es sabido, a descubrir lo que él denomina “autonomía y descentralización legislativa” en las Indias, dejando planteada la posibilidad de un derecho positivo propio, en algunos casos hasta opuesto al proveniente de la Península³⁴.

Acudamos a distintas expresiones del siglo XVI, extraídas de un inagotable arsenal de testimonios coincidentes en marcar esta noción de diversidad. Cuando en 1526 se envió un gobernador a Tierra Firme, el rey estableció que “por ser la tierra nueva y muy diferente de ésta”, no se le diera particular regla o instrucción sobre su actuación ni se lo limitara a guardar las leyes, reduciéndose la orden a “encargaros la conciencia, confiando de vuestra persona”³⁵. Reparemos en que la fundamentación de una medida tan singular se hacía sobre esos conceptos de “tierra nueva” y “muy diferente”, y a través de la misma se facultaba a no

³³ R. I., II, 13 y II, IV, 2. Véase ALTAMIRA, “Autonomía”, 17-23 y 65-66.

³⁴ ALTAMIRA, “Autonomía”, 346-361, 466-468 y v. XXI, 37 ss.

³⁵ GÓNGORA, *El Estado*, 254.

guardar las leyes —la referencia posiblemente por la época estuviese principalmente referida a las castellanas, ya que las indianas eran todavía escasas—, actuando de modo casuístico ante una realidad que, se confesaba implícitamente, escapaba al poder regulatorio del gobernante peninsular. Los mismos conceptos sustentaban, medio siglo después, una queja de la Audiencia de Quito ante el rey. Decía entonces el tribunal que “por no estar asentadas del todo las cosas de esta tierra y por ser tan nuevas y diferentes de las de allá, parece que lo más que se ofrece acá se puede decir que es de gobierno”. Interpreto esta expresión como orientada a señalar que los casos y las situaciones debían ser atendidos conforme a soluciones nuevas y particulares, diferentes de las ya consolidadas por una jurisprudencia conocida, y resueltos en consecuencia de la misma forma que el rey había autorizado en 1526, como vimos anteriormente. A raíz de esta queja, el Consejo de Indias ordenó al virrey Toledo —contra quien estaba dirigida la denuncia— que atendida “la distancia de la tierra y cualidad de los negocios”, dejase en ciertos casos conocer y determinar a dicha audiencia³⁶.

De modo más tajante se establecía la separación entre ambos mundos en un escrito novohispano que, en 1547, elogiaba la labor gubernativa del virrey Mendoza: “los de allá entenderán mejor los negocios de allá porque los tratan y así los harán y los negocios de acá no los harán porque no los entenderán ni a ellos ni a la tierra, ni a la gente porque el de acá es otro lenguaje y ha menester entendello y sabello”³⁷. Es que, como decía el mismo virrey, América era “un mundo nuevo sin ninguna orden ni razón ni cosa que parezca a lo de allá”³⁸. Esta misma era la convicción del virrey Enríquez cuando en 1580 afirmaba la profunda diferencia entre el gobierno de las cosas de España y de las Indias³⁹.

³⁶ SÁNCHEZ BELLA, “Quito”, 33.

³⁷ PASO Y TRONCOSO, V, 13.

³⁸ HANKE, *Los virreyes...* México, I, 57-58.

³⁹ Ídem, I, 202 y 212.

Aparecía, en consecuencia, el gobierno indiano como una diversidad y especialidad que necesitaba de un aprendizaje y sin duda de algo más, de una mentalidad abierta para apreciar esas nuevas situaciones sin precedentes. Precisamente el referido elogio al virrey Mendoza radicaba en que él había logrado captar esa peculiaridad y plasmarla en su actuación.

No era, pues, suficiente un conocimiento ligero de la nueva tierra para penetrar sus misterios. Resultaba preciso una dedicación muy intensa a sus distintas materias. Viene en apoyo de esta precisión una observación que, a comienzos de la centuria siguiente, hacía el marqués de Montesclaros, virrey de Nueva España, con referencia a la persona que debía efectuar las visitas de oficiales y cajas reales en su jurisdicción, dando como cosa cierta que los visitadores que venían de Castilla entraban a ciegas en su tarea cuando no habían manejado las materias hacendísticas indianas, las cuales “en nada se parecen a otras”⁴⁰.

La diversidad apuntada dio carácter al uso de la voz para designar la particularidad de las distintas comarcas y gentes que componían el continente americano. De modo más acabado surgió con vigor en el siglo XVI la expresión “tierra nueva” para reclamar o justificar determinadas medidas que se apartaban de las pautas dadas en el modelo castellano. Mariluz Urquijo, al establecer esa expresión como uno de los fundamentos de la peculiaridad indiana, sostiene que fue “un fecundo expediente para impulsar la formación del Derecho indiano”, ya que evocaba para el contemporáneo “una precisa constelación de circunstancias”⁴¹.

La noción de diversidad se extendía también a las nuevas regiones en las cuales se iba asentando el dominio español. De ahí que bien pronto “tierra” y “tierra nueva” se nutrieran de un contenido mayor, expresando la riqueza y complejidad del crecimiento interno de la colonización. Así tendie-

⁴⁰ Ídem, II, 279.

⁴¹ MARILUZ URQUIJO, “El concepto”, 395.

ron a utilizarse para designar a los lugares donde la vida social se desenvolvía en condiciones más precarias con relación a los más asentados, perdiendo paulatinamente su primer significado. Los textos legales, memoriales, discursos, empezaron a colocar el acento de las circunstancias propias o concurrentes en cada provincia, como condicionantes de la adopción de una medida o de la aplicación de determinada norma. Especialmente esto se hace palpable en la cuestión indígena, en cuyo tratamiento bien pronto se abandonó el seguimiento de una normativa general para atender a cada grupo de manera diferente, conforme a “la orden y costumbre de estos naturales y la calidad de la tierra”, según lo decía el virrey Toledo⁴².

Ya años antes un jurista, atento observador de la realidad aborígena, había señalado que en la gobernación costumbre de los naturales “no se puede poner ni dar regla general, porque casi en cada provincia hay gran diferencia en todo... y esto es general en todas las Indias, según he oído, y de lo que yo visto e andado en ellas, que ha sido mucho, puedo afirmar ser así verdad”⁴³. Esta estimación de Zorita, contraria a todo tipo de regulación general, era compartida por otro jurista coetáneo al referirse al modo y forma del antiguo tributo, expresando que no era posible sacar “regla general por la diversidad que en esto había en cada provincia y cacique y pueblo...”⁴⁴. El criterio era también sustentado en favor de los indios por los obispos novohispanos, quienes peticionaban ante la Audiencia para que en esta materia “se tenga respeto y atención a la diversidad de las personas y tierras”⁴⁵.

De igual modo, con relación al Perú, Juan de Matienzo sostenía, a propósito de la ocupación que había de hacerse de ciertos aborígenes, que “dar regla general en esto es imposible, porque en cada tierra se ha de hacer de diversa

⁴² ALTAMIRA, “Autonomía”, 21-23.

⁴³ ZORITA, 77.

⁴⁴ PASO Y TRONCOSO, VII, 252.

⁴⁵ CUEVAS, 284.

manera”⁴⁶. Y el virrey Toledo ampliaba este juicio al decir que “no es posible que por la orden de una ley ni ordenanza” se pueda gobernar a tanta diversidad de tierras, temples y personas⁴⁷. El mismo Matienzo, en otros pasajes de su obra, retomaba esta idea de diversidad, haciéndola extensiva a los dos grandes centros del poder político, Nueva España y Perú, e incluyendo en ella tanto a los aborígenes como a los españoles. Aún más, dentro de la última jurisdicción —objeto de su estudio— advertía que debido a la vastedad de la tierra, eran muy diversos las costumbres y los temples, al punto que “el que está en Lima no puede saber lo que conviene al gobierno de la Sierra, si no es por relación, porque es muy diverso del de los Llanos”⁴⁸.

La diversidad aparecía, pues, estrechamente relacionada con la formulación de un nuevo orden jurídico para estas tierras, que se procuraba ir esbozando conforme lo exigía la ocasión. Este planteo ya lo había hecho Vasco de Quiroga sobre el presupuesto irreprochable de que “según la diversidad y variedad de las tierras y gente, se variasen y diversificasen también los estatutos y ordenanzas humanas”⁴⁹. En este mismo entendimiento, a mediados del siglo XVI, la Audiencia de los Confines expresaba al rey la necesidad de que se le diesen unas ordenanzas propias, tal como las tenían otros tribunales indianos, pues —agregaba— “aunque guardamos las ordenanzas de Granada y Valladolid como las cosas de acá son diversas convendría que en algunas cosas se proveyese”⁵⁰.

La diversidad de gentes o naciones se daba en las Indias de la manera más compleja. No sólo ocurrió durante esa centuria inicial, de creaciones y tanteos en el conocimiento y regulación, sino que el fenómeno se extendió a lo largo de los restantes dos siglos. Los testimonios constantemente se referían

⁴⁶ MATIENZO, 63.

⁴⁷ *Disposiciones gubernativas*, I, p. XXI.

⁴⁸ MATIENZO, 106 y 201.

⁴⁹ CASTAÑEDA DELGADO, 147-148.

⁵⁰ *Colección Somoza*, XV, 44.

a los dos órdenes o repúblicas: españoles y aborígenes, cada uno rebotante de pluralidad. Desde el principio, el establecimiento de los grupos de españoles en las Indias llevó a una relación con los naturales en las que operaban diversas alternativas: evangelización o explotación servil, esclavitud o libertad, casi siempre atendidas con soluciones intermedias. De igual modo, al concretarse la conquista mediante capitulaciones con mercedes que alentaron algunas pretensiones feudales o señoriales, obligó a la Corona a desbaratarlas imponiendo típicas formas estatales, aunque sin impedir la persistencia hasta el siglo XVIII de concesiones de aquella naturaleza, si bien fueron escasas y controladas⁵¹.

La Corona pudo detener a esas tendencias que se desarrollaron, con variantes, al amparo de las formas institucionales que se dieron en tiempos y regiones diferentes y que dejaron su huella en la pluralidad jurídica manifestada en reinos y provincias. Estas tendencias encontradas tuvieron su más espectacular choque en la controvertida ejecución de las Leyes Nuevas, en la década de 1540, principalmente en Nueva España y en el Perú. Como las disposiciones dictadas alteraban profundamente las bases patrimoniales de la conquista, las reacciones se expresaron en casi todos los ámbitos, pero el modo de ejecutarlas —con rigidez e inflexibilidad en el sur, con moderación y tacto en el norte— condujo a resultados diferentes. Esto llevó a Góngora a sostener que la Corona debió aprender, a través de la experiencia arrojada por este hecho, “la imposibilidad de tratar con uniformidad el gobierno de las Indias”⁵².

En la etapa de consolidación del Derecho indiano, nuevas voces recuerdan que esta noción de diversidad ya estaba incorporada al común sentir de los juristas. Aguiar y Acuña, en el prólogo de los Sumarios, recogía nuevamente la idea al afirmar que, si bien en los negocios de justicia se observaban las leyes castellanas, era preciso que en las Indias “las

⁵¹ GÓNGORA, *El Estado*, 38.

⁵² Ídem, 274.

haya especiales y propias, no sólo para el gobierno por ser extraordinario y disímil del que en España se practica, sino aun para lo contencioso en que la diferencia de las circunstancias varía y altera los casos”⁵³.

La repercusión que este factor de diversidad producía en el Derecho podemos hallarla en otros juristas de la época, desenvuelta a veces con elocuencia. Solórzano ofrece repetidos ejemplos de su utilización. Ya en la exposición de las distintas opiniones en pugna, ya en la explicación de determinada situación, ya en la manifestación de su propio juicio, acudía a señalar la variedad de las provincias, tierras, gentes, ánimos o pareceres. Si ello era propio de la ciencia jurídica de entonces, el fenómeno indiano obligaba a acentuar ese despliegue. Solórzano lo puntualizaba al decir que el Consejo de Indias “ha procurado gobernar y contener las provincias de ellas en leyes y ordenanzas, no sólo justas, sino ajustadas y convenientes a lo que al gobierno, temple y necesidad de cada una de ellas le han prevenido convenir”⁵⁴.

La diversidad como rasgo distintivo, causante de la peculiaridad indiana, era también percibida por otros escritores ajenos a la esfera jurídica. Cuando Ferrer de Valdecebro —ese curioso autor del Barroco— buscaba en el mundo animal modelos para aplicarlos al gobierno moral y político que a él le preocupaba, no encontraba nada mejor que recurrir al unicornio para simbolizar a Nueva España y al Perú, por ser “esta fiera de tan extrañas partes compuesta y formada”, en clara alusión a la diferencia de naciones que integraban esos reinos⁵⁵.

La idea de la peculiaridad indiana fundada en la diversidad de tierras y gentes, que llevaba a establecer un orden jurídico particular, se mantuvo presente en la estimación colectiva del XVIII, tal como lo ha puesto en evidencia Altamira⁵⁶. Ello ocurrió a despecho de una tendencia uni-

⁵³ AGUIAR Y ACUÑA, prólogo.

⁵⁴ *Política Indiana*, V, XVI, 11.

⁵⁵ FERRER DE VALDECEBRO, *Gobierno general*, 136.

⁵⁶ ALTAMIRA, “Autonomía”, 58-62.

formadora, que fue ganando voluntades, según veremos más adelante. Recordemos, en aquella dirección, que en 1763 Manuel Joseph de Ayala escribía que el gobierno de las Indias “abrazaba y trata tanta diversidad de negocios, como todos los demás juntos, haciendo casi necesario, por la de sus Reinos y costumbres, tanta singularidad en las reglas de su gobierno como se admira en las raras copiosas producciones de aquellos vastos Dominios”. Agregaba que por ello no ha faltado quien sostuviera que “debían ser regidos por distintas leyes, pues las de unos, no adaptan a otros”, en una alusión clara a los escritores de siglos anteriores⁵⁷.

Pérez y López expresaba esta idea diferenciadora al presentar su difundido *Teatro de la Legislación*, obra práctica, con pretensiones de abarcar todo el ámbito hispano: “Nuestras Indias —decía— son un nuevo mundo, cuya suma distancia, diversidad de clima y de costumbres, y justamente su inmensa extensión y riquezas, exigen sus muchos particulares un derecho diferente del que se observa en la Península, y lo requieren más que cualquier otra provincia o reino situado en nuestro continente, cuya constitución física, moral y política, no se diferencia mucho dentro de su recinto”⁵⁸. La idea no era distinta a la que hemos venido apreciando en testimonios anteriores, pero, además de su reiteración, el valor radica en que este juicio se estampaba a fines del Setecientos. Aparecían los elementos que daban vida a esa peculiaridad —como la diversidad, la distancia, la extensión y las riquezas— frente al Viejo Continente y, como resultado de ello, la existencia de “un derecho diferente”. Para la estimación de esta idea expuesta en el *Discurso preliminar* en nada empaña el hecho, constatado por Mariluz Urquijo, de que fuese exigua la cantidad de textos indianos recogidos en el cuerpo de la obra⁵⁹. La misma convicción, de existencia de un

⁵⁷ MANUEL J. DE AYALA, Discurso, fs. 322-323.

⁵⁸ PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro*, I, p. XLI.

⁵⁹ MARILUZ URQUIJO, “El Teatro...”, 280.

gobierno y un Derecho diferentes en las Indias “por sus singulares causas y situación”, era expresada por Pablo de Mora y Jaraba al proponer reformas administrativas⁶⁰. De tal modo, se percibía la continuidad de una mentalidad que, pese a ciertos devaneos uniformadores, persistía arraigada en la praxis.

Precisamente ello se puso de manifiesto al tratarse de cuestiones concretas en el supremo gobierno indiano. Cuando, en 1772, se proyectaba trasplantar a Nueva España el Fondo de Renta Vitalicia, el fiscal y el contador del Consejo coincidieron en expresar sus cavilaciones acerca de la posibilidad de establecerlo, ya que —como decía el primero de ellos— “es indubitable que las diversas circunstancias, que se advierten entre aquellos Países y esta Península, instan a que se dude de si serán útiles en ellas las providencias que se han procedido a calificar en estos Dominios de proficuas a la Real Hacienda, y a los que viven dentro de su Demarcación...”. De este criterio se hizo eco el propio Consejo⁶¹. Pocos años después, otra vez el fiscal novohispano expresaba, acerca de la posibilidad de extender a América la pragmática sobre el matrimonio de hijos de familia, que “los Reinos de Indias se diferencian casi en un todo de los de Europa, no sólo por la diversidad de sus habitantes, sino es también por la distinción y variedad de sus climas”. De lo cual deducía que “rara vez se pueda prescribir y aplicar proficuamente una providencia común comprensiva de ambos reinos y así se ve que las reglas gubernativas que se adoptan en España no tienen lugar en las Indias si no es por medios condicionales y con modificaciones ampliatorias o restrictivas, y esto es puntualmente lo que debe premeditarse en el presente caso”⁶².

Bien vale completar la visión con otros dos testimonios originados en el enfrentamiento a disposiciones legislativas

⁶⁰ MORA Y JARABA, *La ciencia...*, f. 312.

⁶¹ AGI, *Indiferente General*, 62.

⁶² MARILUZ URQUIJO, “Una academia...”, 90.

tendientes a desdibujar la peculiaridad del gobierno indiano. Páginas atrás me ocupé de uno de ellos: los apuntes redactados por Mata Linares en 1808 para oponerse a la Constitución de Bayona, en los cuales precisamente afirmaba que América era en verdad un nuevo mundo, con rasgos particulares en su gobierno y orden jurídico, agregando que, en comparación con Castilla, en los juzgados y audiencias indianos “hay mucha diferencia en todo”⁶³. Un año después otro experimentado ministro, don José Pablo Valiente, hacía una fuerte crítica a la reforma de 1787, en cuanto había pretendido “uniformar el gobierno en todas las partes de la Monarquía”, contrariando la naturaleza. Decía entonces que “las Leyes y el Gobierno de la Metrópoli no podían ser a propósito para regir países tan extensos y distantes del centro, en los cuales ni el clima ni las producciones naturales, ni la índole y género de vida de sus habitantes, ni las diferentes castas, que señalan su origen, eran las mismas”. Agregaba que “estas esenciales diferencias habían sido entendidas y consideradas en las Leyes de Indias, y el gobierno de ellas desde el reinado de Carlos V separado enteramente del de España por el establecimiento de un Consejo propio” Sin embargo —continuaba— al imponerse esa reforma “prevaleció la idea de confundir el gobierno de Indias con el de esta península. La secta política que fomentaba el proyecto tenía por divisa ‘un sólo Rey una sola ley’, pero no entendió que iba a caer en una contradicción palpable dejando subsistir en aquellos dominios y en el Consejo la autoridad reunida, y dividiendo el Ministerio universal, que era el centro de aquella reunión”. La propuesta de Valiente tuvo buena acogida en el Consejo de Indias, no así en el rey⁶⁴. Este tardío escrito hacía una estimación de esa peculiaridad que venimos detectando a la luz de su desenvolvimiento histórico y de las condiciones naturales del Nuevo Mundo,

⁶³ TAU ANZOÁTEGUI, “Las observaciones...”, 265.

⁶⁴ Memoria de José Pablo Valiente, del Consejo de Indias. Sevilla, 16 de septiembre de 1809 (AGI, Indiferente General, 831). Una cita y breve glosa de esta memoria en BERNARD, 73-75.

precisamente para mostrar el error en que habían incurrido quienes, idealizando la cuestión, postulaban una uniformidad gubernativa entre ambos mundos. El asentimiento del Consejo es buena prueba de que la opinión de Valiente no era solitaria. Esta constatación confirma la tesis de Altamira, al sostener que la permanencia de aquella idea hasta el final de la Monarquía “no es más que la expresión de un buen sentido jurídico que saltaba a los ojos de todo el que iba a América”. De aquí este autor deducía una “libertad de proceder” en las autoridades residentes en América que daba origen a la ya mentada autonomía y descentralización legislativa⁶⁵.

b) *“Las cosas de las Indias no duran mucho tiempo en su mismo ser”*

Otra de las nociones básicas de la peculiaridad indiana es la de *mutabilidad*, en cuanto se trata de una mudanza de las cosas con un ritmo más acelerado que el percibido en otras sociedades ya consolidadas. Como dice Mariluz Urquijo, “el factor tiempo gravita para acentuar la diversidad que ya emanaba de la disímil calidad de la tierra”⁶⁶.

La convicción sobre un acentuado grado de mutación encuentra frecuentes atestaciones en toda época, pero el acento aparece colocado en el creativo siglo XVI. Ya la aseveración surge en un documento que puede fecharse hacia 1516, en el cual un religioso dominico afirmaba que “las cosas nunca están en un ser en este mundo y mucho menos en las Indias”⁶⁷. A lo largo de toda la centuria, las rápidas mudanzas de las situaciones o del orden gubernativo era asunto tratado casi siempre con el propósito de

⁶⁵ ALTAMIRA, “Autonomía”, 62 y 70. Esto mismo señala GÓNGORA, quien establece que el principio de autonomía legislativa se desarrolló y alcanzó su máximo contorno en el período posterior a 1540 (*El Estado*, 295-297).

⁶⁶ MARILUZ URQUIJO, “El concepto...”, 392.

⁶⁷ PACHECO, *Colección*, 1ª, XI, 252.

explicar al gobierno supremo, radicado en la Península, las características ofrecidas por unas tierras poco conocidas para aquellos altos ministros. Según Mariluz Urquijo, en Nueva España “se generaliza la idea de que les toca vivir en un mundo especialmente versátil en el que las cosas cambian con un ritmo desconocido en otras partes y en donde es necesario desarrollar una permanente acción reformista para salir al paso de accidentes que se suceden sin tregua”⁶⁸. A mediados de la centuria, un experimentado virrey novohispano como don Antonio de Mendoza, aseveraba que “en quince años que ha que estoy en ella, se ha mudado tres veces la manera de gobierno, tan diferente que ha sido siempre lo uno en opósito de lo otro”⁶⁹. No faltaba quien, como el conquistador Andrés de Tapia, llevaba a extremos exagerados esta idea, al decir que las tierras novo-hispanas “son tan mudables en sí y en sus calidades, que casi cada año es menester nuevo consejo y nuevas ordenanzas para las gobernar”⁷⁰. Autor también de otros conceptos recogidos en páginas anteriores, la evidente exageración no echa sombra sobre el interés de los dichos de este testigo ocular, antes lo acrecienta, pues —según Mariluz Urquijo— evidencia la ansiedad con que se reclamaba una actitud más favorable y rápida hacia los cambios para atender las nuevas situaciones⁷¹. En la misma dirección se orientaba aquella expresión, no menos ansiosa, que escribía Juan de Matienzo bajo el impulso de su propia experiencia en el Perú: lo que “hoy conviene mañana daña y no es necesario”⁷².

Sobre los finales de la centuria, este sentir colectivo fue recogido por el padre Acosta en una de sus certeras páginas: “... las cosas de las Indias no duran mucho tiempo en un mismo ser, y cada día cambian de estado, de donde resulta

⁶⁸ MARILUZ URQUIJO, “El concepto...”, 393.

⁶⁹ HANKE, *Los virreyes... México*, I, 58.

⁷⁰ PASO Y TRONCOSO, VI, 7.

⁷¹ MARILUZ URQUIJO, “El concepto...”, 393.

⁷² LEVILLIER, *La Audiencia*, I, 57.

que con frecuencia hay que reprobare en un punto como nocivo lo que poco antes era admitido como conveniente”. Y agregaba: “Por lo cual es asunto arduo, y poco menos que imposible, establecer en esta materia normas fijas y durables; porque como es uno el vestido que conviene a la niñez, y otro el que requiere la juventud, así no es maravilla que, variando tanto la república de los indios en instituciones, religión y variedad de gentes, los predicadores del evangelio apliquen muy diversos modos y procedimientos de enseñar y convertir”. Todavía Acosta alargaba el tratamiento de esta cuestión con una mención a la caducidad de las opiniones por el transcurso del tiempo: “Y esta es la razón de que los escritores que antes de ahora han escrito de cosas de Indias con piedad y sabiduría, en nuestra edad apenas son leídos, porque se les juzga, poco acomodados al tiempo presente; y no será mucho presumir que los que ahora escriben de modo conveniente, no pase mucho tiempo sin que sean también relegados al olvido”⁷³. Según se puede apreciar en esta madura caracterización, la mutabilidad de las situaciones indianas —tal vez con específica referencia a los indígenas, su gobierno y evangelización— era la causa de que no pudiesen establecerse reglas fijas y durables y de que el género literario pertinente tuviese una vida efímera, cosas ambas que debían sorprender a hombres habituados a medir el transcurso del tiempo con los criterios dominantes en sociedades consolidadas.

Esta referencia a la mutabilidad indiana se hizo moneda corriente en los principales juristas del XVII. Gaspar de Villarroel sostenía que “es imposible que en este nuevo mundo sea firme y fijo el gobierno, y que las leyes humanas sean duraderas: porque sobre ser tan sin número los casos particulares, a cuyo remedio asisten las leyes, es el hombre animal tan vario, que hoy le turba la salud la me-

⁷³ ACOSTA, premio (I, 54-56). Hay diferencias de forma en la traducción castellana de esta edición.

dicina que le sanaba ayer”⁷⁴. Al unir la noción de mutación a la de infinidad de casos, este breve párrafo constituía una explicación sobre la progresión del casuismo en Indias, debida a la precariedad temporal de las soluciones dadas. En Solórzano la idea estaba intensamente expresada en la doble vertiente barroca e indiana. Cada tiempo traía consigo sus leyes, opiniones, vocablos, desechando o enmendando los que resultaban inconvenientes. Pero en Indias ese factor intensificaba su presencia. Se encargaba Solórzano de establecer la fragilidad de las soluciones fijas ante las mudanzas y variedades que “cada día ocasionan los inopinados sucesos y repentinos accidentes que sobrevienen”⁷⁵. Y también él, como otras plumas lo habían hecho anteriormente, transmitía la imagen de la rápida mutación de los negocios indianos al aseverar que “las cosas que ayer se pudieron tener y juzgar por muy rectas y acomodadas, hoy, trocadas en todo, vendrían a ser muy injustas y perniciosas”⁷⁶.

Esta vigorosa tradición literaria se mantuvo vigente en el siglo XVIII. La idea de variedad y mutación del Derecho fue nuevamente alegada en un meduloso informe del fiscal José Agustín de los Ríos en 1714 —que hizo suyo el Consejo de Indias—, en donde luego de hacer una reseña del desenvolvimiento de ese Derecho, exponía que aquella era la causa que había provocado el aumento material de las leyes, era también lo que había llevado a disponer su recopilación y ahora exigía que se agregasen dos tomos más⁷⁷. En la segunda mitad de la centuria, desde el Perú afirmaba Perfecto de Salas que en las cuatro décadas precedentes, a su vez, las mutaciones del Derecho indiano habían sido tantas que muchas leyes ya tenían distinto

⁷⁴ VILLARROEL, *Gobierno...*, II, XVII, IV, 14.

⁷⁵ *Política Indiana*, V, XVI, 4.

⁷⁶ *Ídem*, V, XII, 11.

⁷⁷ Representación hecha a S.M. por el Consejo de Indias. Madrid, 26 de febrero de 1714 (BP, Mss. 844, folios sin numerar).

sentido e inteligencia, con relación a aquella época⁷⁸. Tal vez algo amortiguada esa visión acelerada de la mutación de las cosas, sin embargo, la preocupación se trasladaba, según vemos, a la necesidad de una renovación legislativa que en estos documentos se entendía más por el lado de la acumulación de las leyes que por el de su reordenamiento.

c) *“Una tierra tan grande y remota y apartada, no se puede desde lejos gobernar”*

Como impulsora de la peculiaridad que venimos examinando hay que mencionar la noción de *distancia*, en cuanto se refería al alejamiento existente entre la sede del gobierno supremo en la Península y los territorios americanos que caían bajo su jurisdicción. También podía hacerse extensiva a la separación de ciertas provincias de sus autoridades superiores residentes en la misma América. Se trataba por cierto de una situación nueva con respecto a la concepción dominante en la Castilla de fines del siglo XV, que fue necesario atender de inmediato. Resolver las cuestiones planteadas desde lugar tan alejado —en tiempo y espacio— de donde se producían los sucesos, implicaba tardanza en las soluciones, poca certeza en la información indispensable para fundamentar la decisión, y sobre todo falta de experiencia palpable en esa nueva realidad, que —tal como vimos— era caracterizada como diversa y mutable. Motolinía resumía claramente esta idea al decir que “una tierra tan grande y remota y apartada, no se puede desde lejos gobernar”⁷⁹.

Ya encontramos disposiciones reales de principios del siglo XVI que delegaban en ministros o enviados especiales la decisión de determinadas cuestiones, en las cuales incidían la apreciación de la situación concreta, el conocimiento de la tierra y la gente, y además la necesidad de evitar una

⁷⁸ SÁNCHEZ BELLA, "Los comentarios...", 435.

⁷⁹ ALTAMIRA, "Autonomía", 24.

demora perjudicial. Así la experiencia de las cosas, la inmediatez a los sucesos, el conocimiento de la tierra y de las gentes —todos elementos propios de una visión casuista— eran apreciados como indispensables para resolver acertadamente las situaciones que se ofrecían⁸⁰.

Esto mismo era lo que exigía muchas veces la solución de las cuestiones sin esperar la consulta al rey, pues —como alguien alegaba en el revuelto Perú de las Leyes Nuevas— él “está tan lejos de esta tierra que si se esperase a darle cuenta para las provisiones cuando viniesen no se podrían remediar los daños que estarían causados”⁸¹. Desde la menos lejana Nueva España el reclamo era análogo: los asuntos debían resolverse sin remitirse a la Península “porque la dilación las daña así por el tiempo como por la distancia de camino...”⁸².

La invocación de esta noción de *distancia* quedó pronto incorporada no solo al vocabulario legislativo de la época, para fundar nuevas medidas, excepciones a las vigentes, delegaciones e instrucciones, sino también se hizo voz corriente que ayudaba a explicar la peculiaridad indiana. De ahí que esa noción tanto la encontramos mencionada en un parecer de un religioso dominico en 1516⁸³ como, casi tres siglos después, en la ya mencionada memoria de José Pablo Valiente⁸⁴. Servía tanto a Solórzano para encarecer el cuidado que debía ponerse en la elección de los virreyes⁸⁵, como a Gregorio López y a Castillo de Bobadilla para admitir, como remedio excepcional, que el obispo o los jueces eclesiásticos amparasen a la viuda, los menores y otras personas miserables de las opresiones de los poderosos⁸⁶. Constituía pues, por sí, un factor que gozaba de preferencia

⁸⁰ Véase ídem, 39-42.

⁸¹ GÓNGORA, *El Estado*, 268.

⁸² Pedro Meneses al rey, 27 de febrero de 1552 (PASO Y TRONCOSO, VI, 148).

⁸³ PACHECO, *Colección*, 1^a, XI, 252.

⁸⁴ AGI, Indiferente General, 831.

⁸⁵ *Política Indiana*, V, XII, 11.

⁸⁶ CASTILLO DE BOBADILLA, II, XVII, 110.

en la fundamentación de la peculiaridad que estamos examinando.

Ahora bien, esta noción de *distancia* adquiriría plenamente su valor cuando aparecía enlazada con los otros factores que presentamos, pues componían un conjunto que explicaba acabadamente esa mayor progresión en el casuismo indiano. Esta unión se puede verificar en más de una argumentación. Cuando a mediados del siglo XVI, el licenciado Diego Téllez se quejaba al rey sobre los oidores novohispanos, eran éstas expresiones sustanciales de su reclamo: "... como esta tierra sea nueva y nuevamente fundada, requiere otra gobernación que la que hay en vuestros reinos de España...; en su gobernación hay tantas mudanzas a causa de las novedades de los naturales y el remedio de vuestro Real Consejo tan lejos que cuando se procura no hay con qué, y quien haya viene tan tarde que se halla otra mudanza en la gobernación..."⁸⁷. No menos sugestivo era el enlace que hacía Reina Maldonado al presentar su obra sobre el perfecto prelado, a mediados del Seiscientos. Attendamos a este párrafo destinado a señalar el provecho del libro: "Si para todos los de la Iglesia Católica conveniente, para los de las Indias necesario, si se debe algún crédito a los que en ella hemos trabajado. Así por lo que distan más aquellos Reinos de las originarias lumbreras del gobierno Eclesiástico, y secular: como porque las ocasiones de tierras nuevas, y abundantes de materias extrañas, y no bien entendidas, y de sucesos contingentes, y mal prevenidos pueden causar, sino yerros, descuidos; sino daños, peligros, sino caídas, tropiezos"⁸⁸. Como en tupido haz aparecían enlazadas las nociones de diversidad, mutabilidad y distancia, que acabamos de analizar. Pero juntas estaban también las de información y experiencia, como instrumentos aptos para entender las materias indianas, calando en su peculiaridad.

⁸⁷ PASO Y TRONCOSO, XIV, 155-156.

⁸⁸ REINA MALDONADO, I, p. s/n. "Al Rey".

4. El conocimiento de la tierra

Este párrafo medular de Reina Maldonado conduce a una cuestión que merece analizarse. Conocer las cosas de la tierra y haber adquirido experiencia en ella eran requisitos básicos para el buen gobierno y administración de justicia que se traslucían en la abundante literatura de obras y memoriales indianos. Si estas exigencias fueron particularmente novedosas en los escritos del Quinientos, no dejaron de puntualizarse en las obras más consolidadas de la siguiente centuria y aun perduraron bajo el clima diferente del XVIII.

A propósito del negocio indiano — y en contraste con Castilla— aquellos requisitos aparecían como punto de partida para alcanzar una solución que se pretendiera ajustada a la realidad. Cuando Vasco de Quiroga escribía en 1535 su lúcido *Informe* dirigido al rey, en el que proponía la adaptación del Derecho a la nueva situación, su propia experiencia era fuente de la propuesta. Cuando años después el virrey Mendoza informaba sobre la situación en México, consideraba que era inconveniente enviar gobernantes y jueces carentes de experiencia⁸⁹.

A su vez, toda deliberación sobre el gobierno indiano giraba en torno a la obtención de una buena información sobre estas tierras. Ello fue asunto clave en la década de 1560 cuando se establecieron nuevas directivas al respecto y particularmente el Presidente Juan de Ovando afirmó una orientación en la materia que, con altibajos, se mantuvo como norma constante en el gobierno supremo hasta la desmembración de la Monarquía. Para dar un ejemplo temporalmente distante, cabe traer a colación las ya citadas observaciones de Mata Linares a la Constitución de 1808, en las que remarcaba la necesidad de contar con personas expertas en los asuntos indianos y de “estar enterado de sus costumbres, prácticas, distancias, comunicaciones”, pues no

⁸⁹ HANKE, *Los virreyes... México*, I, 57-58.

sólo variaban dentro del continente, sino que no es “obra de un día el ejecutarlos”⁹⁰.

Acudamos a algunos escritos del siglo XVI para constatar cómo se podía llegar a obtener ese conocimiento de las cosas de la tierra. Desde ya detectamos alguna desconfianza hacia un gobierno supremo basado meramente en los informes que se recibían de América. Muy tempranamente un religioso dominico ya decía que “querer regir por relaciones y pareceres de los que de allá vienen, téngalo por muy recio, porque como sean hijos de diversas madres, los pareceres son diversos, y sólo Dios puede bastar a concertarlos...”⁹¹. Concretamente denunciaba que el mayor mal de que adolecía el gobierno de las Indias provenía de regirse por “letras o dichos de los que allá han ido y van por sus propios intereses”, y que no hubiese en el Consejo Real ministro alguno que “tuviese experiencia en aquellas partes”⁹².

Hay escritos más puntualizadores. El licenciado Lebrón de Quiñones decía, sobre la mitad de la centuria y con relación al repartimiento, que “es muy necesaria la experiencia grande de las cosas de esta tierra y para tener ésta y alcanzarla no basta haber estado en ella sin muy de raíz entender las cosas de estos naturales...”⁹³. Un cuarto de siglo después, en las advertencias del virrey Enríquez a su sucesor se leía este sugestivo consejo: “... si en lo tocante al gobierno y buen orden de las cosas de esta tierra hallare V.S. alguna que le parezca que está fuera de su lugar, o se la quisiesen pintar así muchos señores curiosos que aquí hay, que V.S. considere que lo que ahora mira con ojos de nuevo le parecerá lo que es andando el tiempo y pase V.S. por ello”, pues “... no se puede bien entender hasta que también se entiendan las cosas de la tierra, que como he dicho son

⁹⁰ TAU ANZOÁTEGUI, “Las observaciones...”, 254.

⁹¹ PACHECO, *Colección*, 1^a, XI, 252.

⁹² Ídem, 250-251.

⁹³ PASO Y TRONCOSO, VII, 253.

muy diferentes de las de España y no menos la gente de ella”⁹⁴.

Tanto Quiñones como Enríquez penetraban en la noción de experiencia para disuadir a quienes creyeran que la misma se podía adquirir sólo por residir en la tierra nueva. Había que entender las cosas “muy de raíz” para que esa experiencia pudiese apoyar favorablemente en la consideración de los asuntos propios del lugar. Enríquez recomendaba a su sucesor que dejara andar el tiempo, sin llevarse por las primeras impresiones o contactos, en la seguridad de que su transcurso le proporcionaría la visión más adecuada de las cosas. Claro que ello no se produciría por un mero paso del tiempo, en actitud pasiva, sino como resultado de la constante verificación que le permitiría la atención de la labor gubernativa. Era aquel “verlo y tantearlo”, al que aludía don Luis de Ribera desde Potosí. Enríquez iba más allá. Esa experiencia ostentaba el carácter de transmisible y era tan necesario que se produjera ese traslado que —decía— “si el gobernador nuevo no se vale de lo que puede advertirle el que acá ha estado, tenga por caso imposible poder acertar en muchas cosas, al menos al principio...”⁹⁵.

La desconfianza hacia simples relaciones o memoriales motivó que, en lo posible, los ministros y obispos recorrieran la tierra para conocerla personalmente y al mismo tiempo adquiriesen experiencia en el ejercicio de su ministerio. De ahí también que siempre se recomendase la visita periódica de los oidores, como se lee en una instrucción real al virrey Mendoza: “ande siempre uno de ellos informándose de la calidad de la tierra”, número de pobladores y demás necesidades⁹⁶. Esta misma idea fue la que impulsó frecuentes peticiones —con muy relativo éxito— para que el Consejo de Indias se integrase con ministros experimen-

⁹⁴ HANKE, *Los virreyes... México*, I, 212.

⁹⁵ Ídem, I, 202.

⁹⁶ Ídem, I, 36.

tados en la vida indiana, y además munidos de buena información. En las últimas décadas del siglo, un agustino preocupado por el buen gobierno le decía a Felipe II que los oidores que fuesen “rectos jueces” en las Indias “sean mudados al Consejo de Indias para que den luz y noticia de los negocios de aquestas partes”. Para dar mayor fuerza a su argumentación, el peticionante recurría a una ilustrativa comparación extraída del reino animal: “más claramente ve el hombre de corta vista el objeto que tiene presente, que el águila ni el lince si le tienen lejos o absente, aunque sean excelentes en la potencia visiva”. Era una directa alusión a los ministros de los Consejos⁹⁷. Aun cuando esta idea nunca se concretó plenamente, hubo siempre en el Consejo algunos ministros experimentados que habían cumplido una exitosa carrera judicial en las audiencias americanas. En otras ocasiones, el Consejo se valió del asesoramiento directo de quienes tenían buena experiencia en los negocios indianos a través de los oficios desempeñados o de otras actividades desenvueltas en las lejanas tierras.

Como ocurrió con otras materias, estos requisitos indispensables para acertar en el gobierno del Nuevo Mundo se hicieron moneda corriente en quienes trataron, en las centurias siguientes, los asuntos indianos. Ya vimos cómo el saber empírico fue en esas mismas centurias apreciado en el mundo hispano y antepuesto en todo caso al mero conocimiento teórico. Los escritores indianos, como Matienzo, León Pinelo y Solórzano, pusieron de resalto la estimación por la experiencia y el entendimiento de raíz de las cosas americanas como paso necesario para alcanzar el buen gobierno de sus vastos reinos y provincias.

No es extraño, pues, que cuando en 1714 —momento clave en la reorganización del gobierno indiano— el Consejo de Indias se dirigió al rey exponiendo cómo se había formado y desenvuelto dicho gobierno, incluyera el recordado informe del fiscal de los Ríos, en el cual se puntualizaba que las leyes

⁹⁷ PACHECO, *Colección*, 1ª, XI, 196 y 198.

de Indias habían sido laboriosamente compuestas en base a “verídicos informes y experiencias” y que el despacho en el Consejo se hacía con “hombres los más doctos y experimentados en todos los tiempos”⁹⁸. Es decir, que a la hora de hacer el balance de dos siglos y como argumento óptimo para defender el orden gubernativo existente —frente a los asechos reformistas— se hacía reposar la aptitud de gobierno del Consejo sobre los “verídicos informes” y la experiencia de sus ministros. Más allá de la precisión contenida en esta afirmación, cabe destacar el hecho de hacer valer estos requisitos como fundamento de una postura que tendía a proteger la continuidad de un estilo de gobierno.

5. El casuismo en el desenvolvimiento de la Monarquía Universal

En el despliegue de una tendencia propiamente indiana del casuismo es necesario atender a una nueva cuestión, aludida ya en páginas anteriores. Se trata de establecer la vinculación de dicha concepción con el naciente poder de naturaleza estatal, que cumplió un rol directivo en la conquista y colonización americana.

La formación en el mundo hispánico, a partir del siglo XVI, de una Monarquía Universal, con elementos que caracterizan al concepto moderno de Estado, es un poderoso factor a examinar en su doble y sistemática, y por ende también en el paso de una a otra concepción. El proceso de transformación fue lento —con avances y retrocesos—, con inserción de elementos heredados y nuevos, bajo la dificultad mayúscula representada por la incorporación de vastos territorios alejados de su centro político. De tal modo no puede extrañarnos la doble cara de la cuestión. Si, de una parte, podemos apreciar que en esos elementos estatales se exteriorizaba una inequívoca tendencia que empujaba hacia

⁹⁸ Representación del Consejo de Indias a S.M., 26 de febrero de 1714 (B.P., Mss. 844). Ya citada en nota 77.

la uniformidad, la adopción de reglas generales y en última instancia hacia la sistematización —como lo examinaremos más adelante—, por la otra cara observamos que el casuismo apareció como un criterio gubernativo aliado a las nuevas formas ensayadas en la constitución y desarrollo del orden político en las Indias durante largo tiempo, acaso durante toda la vida de esa Monarquía en América. Desde este punto de vista, se reafirma lo que hemos venido considerando en puntos anteriores. El casuismo indiano no aparece solo como una continuación o resabio de anteriores estructuras, sino que, con aires nuevos y bajo otras circunstancias históricas, se manifestó tempranamente en América. Ahora lo veremos en este proceso de configuración de dicha Monarquía.

Me inclino a utilizar la denominación de “Monarquía Universal”, para designar a la organización política hispana de los siglos XVI y XVII, tal como lo hacen García-Gallo y Lalinde Abadía, por ceñirme a un uso terminológico más adecuado, según lo demuestra el último de los autores citados⁹⁹. Sin embargo, cabe reconocer que la combatida expresión “Estado moderno” —que preside la valiosa elaboración intelectual de Maravall¹⁰⁰ y que ha sido vigorosamente criticada por Lalinde— contiene ricos ingredientes que deben ser aprovechados. Pese a que el vocablo “Estado” no se utilizó en España durante los siglos XVI y XVII en el sentido que hoy le damos, y que la voz “moderno” es ambigua, estimo conveniente su utilización. Lo es, con las reservas dadas, en virtud de su insustituible expresividad para el estudioso de nuestro tiempo y para la comprensión cabal de un proceso que se ha venido desarrollando hasta nuestros días. De tal modo —sin tomar posición propia en un tema que rebasa nuestro actual interés— buscaré extraer de esas posiciones encontradas los mejores frutos para avanzar en su profundización.

⁹⁹ GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 675 ss.; LALINDE ABADÍA, “España...”, 109 ss.

¹⁰⁰ MARAVALL, *Estado moderno*.

Maravall —desde una óptica hispano-europea— en su afán de encontrar las bases del “Estado moderno” ha puesto de resalto la existencia de una firme tendencia hacia la formalización y racionalización del Derecho, con la consiguiente unificación y sistematización, que lo lleva a sostener la casi desaparición del Derecho consuetudinario en el siglo XVII¹⁰¹. Aunque en favor de esta tesis puedan alegarse algunos testimonios, me parece que sus efectos sobre la realidad están exagerados para Castilla¹⁰². Mucho más para Indias, donde, según veremos, esa tendencia no pasó de la teoría o declaración, ya que la costumbre jurídica tuvo una vigorosa presencia aun en el siglo XVIII¹⁰³. No obstante, conviene tener en cuenta a esa tendencia en su estado latente y en sus pretensiones de desarrollo.

Al implantarse la estructura estatal en el Nuevo Mundo, la Corona de Castilla probablemente evidenció un deseo o impulso inicial hacia la uniformidad, pero muy rápidamente la realidad varia, compleja, se impuso de modo tal que a medida que avanzaba el descubrimiento y población se desdibujaba toda pretensión de ese carácter. La ordenación tiene sólo una dirección suprema: el rey y el Consejo de Indias.

Hace algunos años Ricardo Zorraquín Becú caracterizó con precisas palabras esta cuestión: “La organización política y administrativa de las Indias revela una gran ductilidad, una enorme aptitud inicial para crear instituciones, no sobre la base de ideologías preconcebidas, sino sobre una base empírica que procuraba adecuarles a los fines que la Corona se proponía. Las divisiones territoriales y los cargos políticos se ajustan en la medida de lo posible a las necesidades de la empresa y a las particularidades de la tierra, sin que se advierta luego ningún intento de uniformar el sistema

¹⁰¹ Ídem, II, 424 ss.

¹⁰² Sobre la formación de un Derecho público casuista, me remito a GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 648-650.

¹⁰³ Véase mi trabajo “La costumbre jurídica...”, 368 ss.

ni de subordinarlo a reglas de conjunto más orgánicas”¹⁰⁴. Al estudiar tiempo después la figura del gobernador indiano —clave de esa organización— el mismo autor volvió a puntualizar, como explicación central de su monografía, que en dicha organización “no hubo ningún afán por construir un régimen uniforme, jerárquicamente organizado, en el cual los distintos funcionarios estuvieran sometidos a normas generales”. Y agregaba todavía: “El casuismo de la legislación mantuvo, como veremos, distintos tipos de autoridades políticas que, a pesar de tener entre ellas las mismas denominaciones, no siempre ejercían análogos poderes ni se encuadraban dentro de un orden sistemático”¹⁰⁵.

De igual modo Alfonso García-Gallo ha destacado esta cuestión al establecer los principios sobre los cuales se desarrolló la organización territorial del siglo XVI, haciéndola extensiva hasta la creación de las intendencias en el XVIII. Según sostiene el maestro español —contrariamente a lo que supone cierta tendencia a ofrecer esquemas abarcadores—, dicha organización fue compleja y diversificada al irse creando separadamente provincias o gobernaciones, audiencias, oficialías reales de hacienda, capitanías, y más tarde virreinos, sin que se intentase reunir todo ello bajo un esquema jerárquico y acabado. De ahí que las atribuciones de los funcionarios se fuesen dando según la exigencia casuista. Una concepción político-administrativa más abarcadora solo apareció por entonces en algunos intentos, como la descripción de Juan López de Velasco después de 1570, o los esfuerzos sistemáticos de Juan de Ovando —plasmados en las Ordenanzas de 1573—, pero sin incidir de modo decisivo y pragmático en aquellos rasgos de la organización¹⁰⁶.

¹⁰⁴ ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 52.

¹⁰⁵ ZORRAQUÍN BECÚ, “El oficio...”, 309-310.

¹⁰⁶ GARCÍA-GALLO, “Los principios rectores...”, 313-347; ídem, “El gobierno territorial...”, 87-90, que es una versión previa del anterior, pero de igual interés en el punto. Del mismo autor, un más amplio desarrollo en “La evolución...”, 71-123.

Cuando Mario Góngora examina lo que él denomina “época de fundación del Estado indiano” —que extiende hasta 1570— advierte la presencia de un pujante desarrollo de elementos estatales junto a otros que, si bien provenían de una anterior concepción del poder —oficios concedidos por privilegios vitalicios o hereditarios, señoríos jurisdiccionales, feudos rentísticos—, quedaron comprendidos en aquella esfera dada la subordinación y control de tipo estatal, expresado en una copiosa legislación particular. Al respecto, bien cabe recordar las normas relativas a las conquistas y poblaciones y las referentes a los aborígenes. De tal modo, elementos antiguos y nuevos convergieron bajo la naciente concepción estatal. Ahora bien, esto no significa un necesario proceso unificador, sino todo lo contrario. Góngora detecta en este período una multitud de formas jurisdiccionales y gubernativas que se fueron dando “conforme a las necesidades de los descubrimientos, conquistas y poblaciones”¹⁰⁷.

Esto último es lo que Góngora remarca: el Estado, como hecho histórico nuevo, pero configurado de modo especial. Así aparece como fuerza predominante que puede absorber —hasta provocar su desaparición— a ciertas estructuras feudales o señoriales que se insinuaban en el Nuevo Mundo en época temprana y que fueron, sin duda, útiles para llevar a cabo la conquista, logrando constituir políticamente unas provincias o reinos, luego incorporados a la Monarquía. De esta manera, el Estado se convirtió en un factor esencial en la formación de la sociedad americana, tal como lo ha señalado Konetzke¹⁰⁸.

La propia Corona fue medida, y hasta ambigua, en la tarea de dar ordenación al poder estatal, como si presintiera la imposibilidad o inconveniencia de una uniformidad. Así, en la configuración de las presidencias-gobernaciones del siglo XVI —que contenía el espinoso problema de la distinción

¹⁰⁷ GÓNGORA, *El Estado*, 90 y 301 ss.

¹⁰⁸ KONETZKE, “Estado...”, 36-37. Véase PIETSMANN, 122 ss.

entre asuntos de gobierno y de justicia, y la latente alternativa entre la subordinación o independencia gubernativa— se atuvo a los casos concretos tal como se fueron presentando, sin intentar una formulación general¹⁰⁹.

Esta coincidencia entre estudiosos de jerarquía intelectual —que han planteado sus elaboraciones buscando un ordenamiento institucional— me parece harto elocuente para evidenciar la peculiaridad con que la organización política indiana se distinguió ya en una primera época de sus congéneres europeos, desechando —por imposición de la realidad— las pretensiones uniformadoras, aunque acogiendo las nuevas formas estatales.

Con esta finalidad, la Monarquía se sirvió de la legislación como medio de acción en una magnitud desconocida hasta entonces, buscando dar una dirección política a la empresa indiana. Los fines y formas de la conquista y colonización, el régimen de los aborígenes, la ordenación de oficios y órganos, la orientación de la actividad económica, la evangelización, fueron, entre otros, asuntos incluidos en esa legislación, general y particular, que encontró frecuentes tropiezos para su ejecución en el medio americano de los siglos XVI y XVII. Me interesa aquí resaltar la naturaleza política de esa expansión legislativa y no otros aspectos, también dignos de estudio. Ese fenómeno no era nuevo. Ya se daba en Castilla desde la centuria anterior, al menos, como lo ha destacado García-Gallo. Esa actividad conducía a un nuevo Derecho —*ius publicum* o Derecho Público se le empieza a designar— que se fue configurando lentamente en el reino isabelino “con carácter casuista o mediante normas sobre situaciones concretas, sin llegar ni mucho menos a regular todas ellas o a formar un sistema”, aprovechando la flexibilidad de su estructura política¹¹⁰.

Este fenómeno transmitido a las Indias, adquirió bien pronto una intensidad y una extensión desconocidas. Se trata

¹⁰⁹ Así lo ha estudiado MURO ROMERO, *Las Presidencias-Gobernaciones*.

¹¹⁰ GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 649-650.

de un casuismo que si bien encastra con la concepción de los juristas medievales —quienes sin duda influyeron sobre el mismo—, adquirió rasgos y desenvolvimiento propios dado el ingrediente político-gubernativo y los factores americanos. Este nuevo casuismo, asociado al desarrollo de la actividad gubernativa y a las nacientes formas estatales, plasmado en la ley, coexistió con otros tipos casuistas, provenientes de la jurisprudencia de los autores y de las decisiones de los jueces, que se expresaban más bien en el ámbito de los negocios estrictamente denominados de “justicia”.

Al subrayar la presencia de un casuismo legal que se puede distinguir de un casuismo *jurisprudencial* o de un casuismo *judicial* me interesa puntualizar que no se trata de un fenómeno residual, que subsistía por inercia, sino de una fuerza activa utilizada por esa organización estatal en ciernes e incorporada a la misma como uno de sus rasgos distintivos. Hecha esta advertencia, sería como arar en el mar buscar una tajante separación entre esos tipos de casuismo, que estaban enlazados, con recíprocas influencias. Las distinciones irán surgiendo lentamente a poco que examinemos los distintos campos en donde operaban. Por ahora me parece suficiente ocuparme, en relación a este punto, acerca del deslinde de los asuntos de gobierno y de justicia, advirtiendo particularmente cómo en los primeros se vislumbraba una mayor libertad en la decisión.

6. El casuismo en los negocios de gobierno

Para mayor claridad es preciso penetrar en una distinción compleja entre lo que entonces se consideraban negocios de gobierno y de justicia. Sólo me propongo esclarecer el campo en pos de mostrar cómo esa nueva materia, un incipiente Derecho público, recogía y aun peraltaba los rasgos casuistas que caracterizaban al consolidado Derecho común, que dominaba el ámbito de los negocios de justicia.

Acudamos a algunos testimonios representativos para apreciar no solo el distingo, sino también la importancia que

se le concedía a los negocios gubernativos dentro de la peculiaridad indiana¹¹¹. En las Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571 se disponía que los ministros del Consejo se abstuviesen en lo posible de ocuparse de negocios particulares y de justicia entre partes para “entender y proveer en las cosas de gobernación a que tanto se debe atender”¹¹². Al recoger este texto, Concepción García-Gallo observa que esta diferencia entre una y otra materia se acentuó a fines del siglo XVI en la forma de actuar de las respectivas escribanías: “la de gobernación procede con mayor libertad en la tramitación de los asuntos, en tanto que la de Justicia se atiende a la tramitación procesal ajustada a las leyes...”¹¹³.

El mismo problema de fondo se percibe por esos años en testimonios procedentes del Nuevo Mundo. La Audiencia de Quito, al quejarse en 1574 de la usurpación de jurisdicción por parte del virrey Toledo, sostenía que “por no estar asentadas del todo las cosas de esta tierra y por ser tan nuevas y diferentes de las de allá, parece que lo más que se ofrece acá se puede decir que es de gobierno”¹¹⁴. A su vez, el licenciado Juan de Herrera —alegando en favor de la supresión de la audiencia gobernadora en el Chile de la guerra de Arauco— decía que mientras hubiese indios rebeldes “el gobierno ha de ser más por industria conforme a la necesidad del tiempo, más que por orden de Derecho”¹¹⁵. En 1610 el virrey Marqués de Montesclaros, al defender su presencia en la audiencia cuando se ventilaban apelaciones de resoluciones suyas, argumentaba que “muchas veces es la materia de calidad, que no se puede hallar, en los Códices de los Jurisconsultos, y como cosa que [los oidores] no tienen obligación de saber...” en una clara referencia a esa distinción¹¹⁶.

¹¹¹ Sobre esto, LALINDE ABADÍA, “El régimen virreino-senatorial...”, 102 ss.

¹¹² Véase SOLÓRZANO, *Política Indiana*, V, XV, 12-13.

¹¹³ C. GARCÍA-GALLO, “La información...”, 365.

¹¹⁴ SÁNCHEZ BELLA, “Quito...”, 33.

¹¹⁵ GÓNGORA, *El Estado*, 61.

¹¹⁶ AGI, Lima, 35 (núm. 35, lib. III, fs. 26).

En estos testimonios se patentiza la ya comentada diferencia entre la actividad de gobierno y la administración de justicia conforme a Derecho. Al mismo tiempo se muestra preferencia hacia aquella en razón de la mayor flexibilidad que ofrecía para tiempos o situaciones nuevas. En el testimonio chileno resulta muy sugerente la afirmación de que el gobierno consistía, antes que en aplicar una regla de Derecho, en utilizar la destreza o el artificio para resolver la situación. Pero nada autoriza a suponer que con esto se diera paso a un arbitrio descontrolado —ni aun en una situación de excepción, como era la de Chile entonces— sino que con ello se indicaba que esta actividad gubernativa no quedaba sujeta a un Derecho común consolidado, sino abierto a una flexible creación jurídica.

Esta diferencia entre uno y otro orden quedó plasmada en la pluma de Rodrigo de Aguiar cuando —en el prólogo de los *Sumarios* de 1628— establecía que en las Indias “casi todo es político y de gobierno”, mientras que los Derechos común y castellano en su mayor parte “caen sobre disposiciones judiciales”¹¹⁷. Era ésta la idea que había acompañado a Antonio de León —colaborador de Aguiar— al ofrecer un esbozo de la *Política de las grandezas y gobierno del Supremo y Real Consejo de las Indias*. La materia política se presentaba allí para el buen gobierno tan necesaria como poco cultivada; tan nueva y peculiar como escasamente asentada en preceptos; tan difícil de resolver y acertar como necesitada de tener fundamentos y noticias para discernir. Por todo ello, León ponía de su interés, constituyendo el objeto de la obra.

De ahí en más podemos encontrar, desde distintas ópticas, afirmada esta idea. Lo curioso es observar cómo esta forma de sentir subsistió a lo largo del siglo XVIII, a despecho de la presión que para entonces ejercieron otras tendencias del pensamiento. Acudamos en apoyo de lo dicho a algunas muestras selectivas.

¹¹⁷ *Sumarios*, Dedicatoria.

El fiscal José Agustín de los Ríos, en un informe que hizo suyo el Consejo, decía en 1714 que “todo cuanto se despacha en el Consejo de las Indias por la mayor parte, es puro gobierno; y que este gobierno y su despacho es absolutamente distinto de todas las materias que en todos los demás Consejos se tratan y despachan”, agregando que “lo judicial y pleitos contenciosos son muy pocos”. Vemos así otra vez separada una y otra actividad, enaltecida la de gobierno, por su magnitud y peculiaridad. Hay algo más para apuntar. Nos dice de los Ríos que en “esta Sala de Gobierno, es raro el negocio o expediente que aunque se llame de gobierno no contenga mucha jurisprudencia civil, canónica, municipal, leyes del Reino, leyes de Indias, ordenanzas, resoluciones, Bulas y Breves especiales de Indias, Sinodales, dubios, consultados con S.M. o con la Santa Sede, de forma que para despachar en Gobierno el Consejo de las Indias siempre ha mantenido hombres los más doctos y experimentados en todos los tiempos”¹¹⁸. Esa actividad gubernativa —antes tan bien separada de la judicial— aparecía penetrada de tal modo por el Derecho que se convertía en nítidamente jurídica, aunque diferente de la del antiguo Derecho común. El Fiscal lo presentaba como una peculiaridad de los negocios indianos, con distinción del despacho de los demás Consejos. En la valoración de este testimonio no debemos olvidar que el Fiscal y el propio Consejo, estaban empeñados en defender la estructura del gobierno superior en trance de ser alterada, pero tampoco debemos dar a esta circunstancia una proyección tal que invalide tan sugerente descripción de las tareas del Consejo, de la cual resultaba la actividad gubernativa teñida de subido colorido jurídico.

Tal era esa penetración que, a mediados de la centuria, Mora y Jaraba sostenía que los oficiales de la Secretaría de Despacho Universal debían ser juristas, y muy especialmente —decía— en la de Indias —heredera en buena parte de las atribuciones gubernativas del Consejo conforme a la

¹¹⁸ Representación del Consejo de Indias, cit. nota 77.

reforma borbónica—, donde los negocios se diferenciaban de los de otros reinos. Así llegaba a sentenciar que un oficial lego que no hubiese abierto la Recopilación, ni pudiese entender —aunque los leyera— los libros de Solórzano y Pinelo, ni tampoco el singular Derecho canónico indiano no estaba, a su juicio, en condiciones de despachar cualquier expediente relativo a su gobierno¹¹⁹.

Esta sensible diferencia explica que el panameño Manuel J. de Ayala dijera en 1763 que para un oidor de Indias era más fácil pasar al Consejo de Castilla que de un tribunal peninsular ascender al Consejo de Indias, porque mientras en el primer supuesto “la jurisprudencia es la misma”, en el segundo caso los asuntos de gobierno obligaban a ese letrado a adquirir nuevos conocimientos en atención a las reglas singulares que existían y a la diversidad de negocios que se presentaban¹²⁰.

Podemos cerrar esta serie de testimonios con una ya recordada observación que en 1808 hiciera don Benito de la Mata Linares. Decía entonces —en oposición a la uniformidad preconizada en la Constitución de Bayona— que en las provincias americanas preponderaba “la parte gubernativa de todos sus ramos, que es la más delicada y complicada que obliga a estudiar, meditar, reflexionar y combinar sobre el propio terreno, y de que no dan instrucción los libros ni una teoría sola por fina que sea”. Mata Linares agregaba que la legislación indiana “no proviene del derecho divino, natural y civil de justicia”, con la evidente intención de mostrar que era materia política, nueva, peculiar y por tanto no meramente derivada de los Derechos común y castellano¹²¹. Que esto se sostuviera en las postrimerías de la gran Monarquía por tan agudo jurista y ministro es, sin duda, el rasgo saliente que cabe destacar, pues las afirmaciones en sí

¹¹⁹ MORA Y JARABA, “La ciencia vindicada...”, 312.

¹²⁰ Discurso ingenuo..., fs. 322-323.

¹²¹ TAU ANZOÁTEGUI, “Las observaciones...”, 260.

—con variantes de palabras o matices— tenían ya por lo menos vigencia de más de dos siglos y medio.

Estimo conveniente extraer algunas conclusiones de estas muestras documentales. En todas se enfatiza que los negocios indianos más abundantes y significativos eran los denominados de gobierno y no los de justicia. Ellos exigían una mejor noticia y preferencia y era preciso enfocarlos con criterio jurídico, aunque no se tratase de aplicar meramente las conocidas reglas de la jurisprudencia tradicional, común o castellana. De tal modo quedaba establecida una nítida separación entre el novedoso y peculiar “Derecho público o político” de las Indias y el Derecho común-castellano, cuya presencia se hacía notar sobre todo en asuntos de justicia entre partes. Aquél era un derivado creativo de las formas estatales aplicadas a una situación nueva y peculiar, como las Indias. El segundo se orientaba hacia constituir un “Derecho privado”, que se fue configurando como contrapuesto a aquél, como uno de los más sólidos límites al creciente absolutismo estatal. Aquel aparecía más flexible —como que estaba en dinámica formación—, el segundo se presentaba más rígido. La concepción casuista no tuvo un mismo tono en uno y otro, como tampoco lo tuvo el proceso de transformación hacia el sistema. Dentro del campo indiano, el área gubernativa apareció teñida de casuismo, desde la conformación de su estructura institucional hasta el modo de resolver sus diversos negocios.

Esta conclusión no es por cierto novedosa, ya que los estudiosos que se han ocupado de caracterizar el Derecho indiano —desde Levene y Ots Capdequí— han remarcado su carácter “publicístico”, sobre todo a la vista de la Recopilación de 1680. Lo que, en cambio, no se ha realizado es un estudio genético de esa característica, que muestre el papel que la concepción casuista tuvo en la actividad gubernativa y en la génesis de un Derecho público peculiar.

Tratemos, pues, de indagar cuáles eran los principios o reglas que regían esa actividad gubernativa. Bien vale em-

pezar recordando aquella ordenanza de 1571 dirigida al Consejo de Indias, en la cual se recomendaba a los ministros “reducir la forma y manera de gobierno de ellos al estilo y orden con que son regidos y gobernados los Reinos de Castilla y de León, en cuanto hubiese lugar y se sufriere por la diversidad y diferencia de las tierras y naciones”¹²². El regir, pues, tenía un criterio orientador, pero admitiendo las excepciones derivadas de la peculiaridad americana.

En los escritores castellanos de los siglos XVI y XVII encontramos —a través de largas reflexiones o de breves máximas— la idea medular de que el arte de gobierno carecía de método fijo y de reglas generales, estando sometido al imprevisto suceso político. Como decía Jerónimo de Zevallos, “el arte de gobernar se ha de ejercitar según los tiempos y casos”, valiéndose de los documentos particulares para cada negocio¹²³. De modo coincidente, Gracián sintetizaba con agudeza esta regla al establecer que “el gobernar, el discurrir, todo ha de ser al caso”, expresión que he recordado con anterioridad¹²⁴.

Desde época temprana, esta idea contó con adeptos en las Indias, de tal modo que no sería aventurado suponer su influjo sobre el desarrollo de aquella postura en Castilla¹²⁵. Escritores, magistrados, virreyes, gobernadores y súbditos fueron dejando testimonio de la imposibilidad de regirse en el gobierno espiritual y temporal por reglas generales, aun cuando hubiese ordenanzas de este carácter. Ya el virrey Enríquez decía, desde Lima, que el gobierno ordinario “ha de ser conforme a los tiempos y ocasiones”¹²⁶. Varios decenios después Juan de Palafox, en una sustanciosa relación virreinal, sostenía, precisando la cuestión, que “todo lo que toca al gobierno está sujeto

¹²² Capítulo 14 de las Ordenanzas (CI, I, fs. 5).

¹²³ ZEVALLOS, *Arte real...*, 19, 47 y *Tabla de aforismos*, núm. 3.

¹²⁴ GRACIÁN, *Oráculo*, 301.

¹²⁵ Para JOSÉ MIRANDA (*Las ideas*, 67 ss.) “la rama casuista” de la literatura política tuvo una gran floración en el siglo XVII novohispano.

¹²⁶ Carta al rey, 17 de febrero de 1583 (HANKE, *Los virreyes... Perú*, I, 182).

al albedrío y buen juicio del virrey, el cual regulado con la razón y cédulas reales debe arbitrar y elegir lo que pareciese más conveniente al servicio de Dios y de S.M., quietud y sosiego de estas provincias...”¹²⁷. A los conocidos juicios de Juan de Matienzo acerca del papel principal que correspondía al gobernador en el regir potosino, cabe agregar —en el mismo sentido— aquellas palabras ya citadas con que don Luis de Ribera reflejaba su visión del gobierno de esa misma tierra. Según decía, no era posible ejercerlo bien “sin verlo y tantearlo y vencer hoy una dificultad, y mañana otra y restarse a la ejecución, acordados los medios más suaves, más justos y más útiles del hecho y del derecho”¹²⁸.

Desde el siglo XVI hasta avanzada la centuria siguiente se repitieron sin cesar expresiones que, desde diversos ángulos, enaltecían el valor del tiempo, persona, circunstancias y caso frente a la rigidez de las reglas universales a la hora de la decisión gubernativa. ¿Cómo atenerse, por ejemplo, en materia de población o de aborígenes a un único patrón, aunque éste existiese? No era, pues, extraño que en 1625 Gaitán de Torres en unos discursos críticos sobre el gobierno indiano, diera por doctrina asentada —y por tanto se excusaba de alegarla— que “la materia de gobierno más acertada es disponer las cosas que van sucediendo conforme el tiempo va mostrando, y piden las ocasiones”¹²⁹.

Esta característica aparecía bien reflejada en la actividad del Consejo de Indias. Este tribunal tenía —con relación a sus congéneres— una peculiaridad, enfáticamente establecida en las recordadas Ordenanzas de 1571: su principal ocupación era el buen gobierno de las Indias, y para ello debía desembarazarse en lo posible de atender pleitos entre

¹²⁷ HANKE, *Los virreyes... México*, IV, 59.

¹²⁸ POTOSÍ, 15 de marzo de 1620 (AGI, Charcas, 54).

¹²⁹ GAITÁN DE TORRES, 40.

particulares, dejando el cuidado de esta justicia jurisdiccional a las audiencias.

Solórzano afirmaba que las leyes se debían dictar según lo fuese “pidiendo el tiempo, y la utilidad y conveniencia de aquellas Provincias y Repúblicas”. Agregaba que el Consejo “ha procurado gobernar y contener las Provincias de ellas en leyes y ordenanzas, no sólo justas, sino ajustadas y convenientes a lo que al gobierno, temple, disposición y necesidad de cada una de ellas le ha parecido convenir, dejando en lo demás en su fuerza y vigor las comunes y generales que están dadas y promulgadas para los Reinos de Castilla y León, y lo que más es, conformándose con ellas aun en los nuevos o diferentes proveimientos, en cuanto su calidad lo permite”, por estarle así mandado¹³⁰.

Estas expresiones me parecen sustanciosas, tanto por su contenido en sí, como por provenir de un autorizado ministro y escritor. Pueden distinguirse en las mismas dos aspectos. El primero, subrayando el carácter casuista de la legislación dada por el Consejo. El segundo, colocando aparte a los Derechos común y castellano —aquellos que podían considerarse como el Derecho por antonomasia—, aun cuando estableciendo su carácter orientador en cuanto fuese posible. En esto se percibe la ya comentada distinción entre gobierno y justicia. Pero también se aprecia la penetración jurídica experimentada por la tarea gubernativa. El propio Solórzano dice que de las reales cédulas que se libraban “se induce Derecho” y tienen “fuerza de ley, así para el caso que especialmente deciden, como para otros cualquier, en los cuales se hallaren, y militaren las mismas razones y circunstancias”¹³¹.

El testimonio de Solórzano está en la misma línea de otros que he destacado en páginas anteriores cuando tratábamos de la distinción entre asuntos de gobierno y de justicia. Desde diversos ángulos, el fiscal de los Ríos, Manuel

¹³⁰ *Política Indiana*, V, XVI, 3 y 11.

¹³¹ *Ídem*, V, XVI, 13.

J. de Ayala y Alonso Varela de Ureta, a lo largo del siglo XVIII, reafirmaron esa orientación casuista, llena de juridicidad, en la labor del Consejo de Indias. Ya mencionados los dos primeros testimonios, queda por señalar que Varela de Ureta sostenía que sin “el práctico y experimental conocimiento de las Indias y sus habitantes” no podían el Consejo ni la Cámara “ajustar bien las providencias, órdenes y leyes, que se dieran y acordaren para su gobierno espiritual, político, judicial o económico”, dada la variedad de situaciones y regiones, no bastando “las reglas universales para gobernar con acierto los negocios particulares”¹³².

La “atención y prudencia”¹³³ que el Consejo de Indias prestaba al *caso* se revela, pues, como característica saliente de su labor. En 1622 Felipe IV lo recordaba al encarecerle que en el estudio de los negocios se advirtiera “mucho el estado que las cosas tuviesen al tiempo que se tratase de ellas” y no se consultasen “por la consecuencia de lo que se ha hecho en otros”, dado que esto traía consigo grandes inconvenientes porque “no en todos pueden concurrir unas mismas causas y circunstancias”¹³⁴.

La falibilidad de las reglas generales y el enaltecimiento del *caso* como una situación rodeada de circunstancias propias, daba particular relieve al juicio o arbitrio del ministro encargado del gobierno. De ahí que en la literatura política y moral de la época encontramos constantes incitaciones para que el ministro llegase a entender los negocios a su cargo a través de la visita a la tierra y las gentes, la lectura de obras políticas y jurídicas, el consejo, el cultivo de la razón y de las virtudes cristianas. Con la aplicación de todo ello y sobre todo usando de la prudencia, se confiaba en que pudiese dar adecuada decisión a los casos planteados.

¹³² VARELA DE URETA, 67-68 y 23.

¹³³ SOLÓRZANO, *Política Indiana*, IV, VII, 55.

¹³⁴ Decreto de 26 de noviembre de 1622 en AGI, Indiferente General, 615. Se incorporó a la letra a la RI, II, II, 20.

7. ¿Un casuismo más intenso y diversificado?

Al cerrar este capítulo, en el cual hemos tratado de indagar acerca de si la peculiaridad indiana sirvió como un factor de acentuación del casuismo con relación a otras partes del mundo hispano, estimo que se impone una respuesta afirmativa. Por diferentes vías hemos arribado a esa comprobación. Una ha sido la de partir de la relación hecho-derecho, muy mencionada y zarandeada —aunque poco estudiada en sí— por los historiadores en general. Al penetrar en dicha relación, sólo para nuestro objetivo, se ha podido mostrar la existencia de una separación entre ambos términos comparativamente mayor que en tierras castellanas, lo cual dio lugar a una constante preocupación, que vimos reflejada en un conjunto de testimonios de diferentes regiones y épocas. Otra vía nos ha llevado a indagar en nociones frecuentemente invocadas entonces para establecer la diferencia que separaba a ambos mundos: la diversidad y mutabilidad, como categorías mentales en crecimiento, no conocidas en tal el español peninsular. Tampoco era concebible, hasta entonces, el ejercicio del gobierno a una apreciable distancia del centro de poder, como lo estaban los reinos y provincias indianos. Finalmente, ha quedado a la vista un nuevo tipo de casuismo, surgido de la acción del aparato estatal en las Indias, encamado en los negocios de gobierno.

Todo ello dio al gobierno del Nuevo Mundo una marcada pluralidad, permitiendo la presencia acentuada de un casuismo que, estimulado por esas peculiaridades que rodeaban el proceso de conquista y colonización, aparecía con mucha más intensidad que en el orden jurídico de Castilla. De ahí también la frecuente mención de dos requisitos que se estimaban como básicos para alcanzar un buen gobierno: el conocimiento de las cosas de la tierra —entendidas éstas en su raíz y en su amplia variedad— y la experiencia personal de los ministros y jueces en el mundo indiano.

Aquellos fundamentos de la peculiaridad y estos ele-

mentos operativos permiten advertir cómo, para responder a una problemática indiana tan plural y de difícil comprensión, apareció con frecuencia el recurso a la solución casuista, buscada como consecuencia necesaria de las características apuntadas y respetada en tanto subsistiera la vigencia de aquellas pautas. Si el jurista de entonces en el mundo hispano cultivaba una jurisprudencia casuista —única entonces concebida como respuesta adecuada a los problemas de la vida social—, no pondría naturalmente estorbos al progreso de esa concepción en un mundo nuevo, donde el casuismo aparecía como el único modo de producir la aproximación entre el hecho y el Derecho, tal como vimos a comienzos del capítulo. En esta dirección se orientaron las delegaciones de atribuciones a los gobernantes y tribunales indianos, el dictado de una legislación a veces vacilante, la admisión de los recursos de suplicación, las interpretaciones de equidad, y también el surgimiento de las leyes criollas y las costumbres locales. Me parece que es necesario subrayar el interés de estas formas de creación jurídica indiana, enfocadas desde la perspectiva que estamos utilizando¹³⁵. Sobre ello volveré más adelante, en otros capítulos de la obra.

Ahora bien, cabe también apreciar esta cuestión desde el ángulo temporal, para observar esta progresión del casuismo, más allá de cualquier periodificación convencional.

En una primera época, comprensiva de una parte sustancial del siglo XVI, las nociones de diversidad y mutabilidad —lo mismo que la separación de hecho y Derecho— aparecieron para explicar la situación indiana a quienes la desconocían o para justificar la marginación del Derecho castellano y aun la propia ley indiana de origen peninsular. Si bien después de 1526 empezó a darse un conjunto de normas fundamentales para la ordenación de las nuevas tierras¹³⁶, ya para entonces se tenía conciencia de la impo-

¹³⁵ Con relación a la legislación local, conforme ALTAMIRA, “Autonomía”, 13-14.

¹³⁶ GÓNGORA, *El Estado*, 251-252.

sibilidad de legislar exhaustivamente desde la Península. Góngora extiende hasta 1570 el período fundacional, caracterizado por “la multiplicidad de hechos y tendencias históricas, por la diversidad y riqueza de las formas constitucionales, por la aparición de todas las instituciones sobre las cuales se asienta el sistema indiano”. Ello le lleva a sostener, cuando trata del reino de Chile, que “el Derecho de la época de conquista se caracteriza sobre todo por su flexibilidad ante las situaciones concretas”¹³⁷.

Una segunda etapa, que arranca ya en la misma centuria —en materia de organización, piénsese en Juan de Ovando, en Francisco de Toledo y en Martín Enríquez, bajo el reinado de Felipe II— y se centra en el siglo XVII, tendió a consolidar esos rasgos dándoles ya un carácter poco menos que indelebles en la ordenación de las Indias. Desde este punto de vista, me parece que la disposición real de 1614 es bien demostrativa de haber llegado el momento de una madura separación entre los Derechos castellano e indiano. Por último, la etapa postrera, que se dibuja más nítidamente hacia la segunda mitad del XVIII, en la que surgieron con más vigor los rasgos de generalidad y uniformidad, aparece vinculada a un intento modernizador, que buscó reformar aquel orden secular.

A poco que reparemos nuevamente en los testimonios examinados en este capítulo encontraremos cierta coherencia entre ellos, si tenemos en consideración su momento histórico. Así los correspondientes a la primera etapa daban cuenta de esos fenómenos con aires de novedad y extrañeza, propio de lo inesperado, y con la intención de ofrecer nuevos rumbos que hicieran gobernable la esquivada realidad. Los del período siguiente, sin abandonar precipitadamente los rasgos anteriores, revelaban ya la firmeza de lo sabido y su reiteración no está más que dirigida a seguir el rumbo conocido. A su vez, los correspondientes a la última etapa, en más de una ocasión se nos presentan como reacciones

¹³⁷ Ídem, 298 y 293. También 90.

—parciales o generales— ante la presencia de intentos uniformadores que desconocían aquellas características seculares o creían en la fuerza reformadora de las doctrinas y leyes. Síntoma este último del surgimiento de la concepción sistemática.

Los factores que hemos examinado, unidos a la forma en que se llevó a cabo la conquista —en la cual coexistieron los intereses señoriales con los reales— produjeron la inaplicabilidad en su plenitud del Derecho castellano que, aunque de raigambre casuista, tenía también en su ordenamiento una importante tendencia generalizadora. La falta de adecuación de esa normativa general a las nuevas situaciones y la ausencia de normas para regular otras muchas situaciones produjeron, según es sabido, esa crisis jurídica. La solución a estos problemas vinieron, sobre todo en una etapa inicial, a través de las vías contractual, consuetudinaria y legal, y en las tres su tónica fue casuista, dado que estuvo destinada a atender particularmente los casos tal como se iban presentando al comprobar la doble disimilitud entre Castilla e Indias y entre las diversas regiones del Nuevo Mundo. Las disposiciones de carácter general existieron, pero con tendencia a sufrir un modo particular de aplicación en cada reino o provincia. Esto no implicó un cambio de mentalidad jurídica, sino que significó continuar, profundizándolo, un modelo casuista de jurisprudencia y un sentir social ya arraigado. Pero al igual que se observa en otras áreas culturales, ese modelo europeo o castellano se adaptó a una situación nueva. En ese proceso de adecuación es perceptible una acentuación del casuismo. ¿Hubo también un reflujo de ese casuismo indiano hacia Castilla?

SEGUNDA PARTE

El Sistema, idea racional en avance

CAPÍTULO TERCERO

LAS HUELLAS DE UN CAMBIO HISTORICO

1. Marco histórico y conceptual. 2. El casuismo denunciado por ‘vozes críticas’. 3. Entre propuestas y utopías sistemáticas. 4. Vocablos-claves en la transformación: *sistema, método, arte y regla*. 5. El sistema, una antigua idea romana.

1. Marco histórico y conceptual

El *sistema* es un concepto que en el mundo jurídico hispano se presenta, ya articulado, en el siglo XVIII. No se puede, sin embargo, caer en la ingenuidad de creer en su súbita aceptación por la sociedad dieciochesca, ni en suponer que es una idea ajena, introducida en España junto con ciertas modas superficiales. Es probable que la difusión amplia del vocablo durante esa época —junto con otros que denotaban un pronunciado cambio histórico— haya producido aquella impresión —como se refleja en testimonios coetáneos—, pero lo cierto es que los elementos que sustentaban aquel concepto ya estaban operando activamente en suelo hispano desde mucho tiempo atrás. Les faltaba, empero, cuajar en una elaboración de conjunto que, apoyada en la mentalidad colectiva, iniciara una crítica demoledora contra la dominante jurisprudencia casuista e impusiera la

nueva idea. Esto último sólo se alcanza a vistumbrar en los finales de la centuria.

Pese a la enorme fuerza intelectual que arrastraba la nueva idea, el sólido tejido social sobre el cual se apoyaba la concepción casuista no se deshilvanaba fácilmente. En la praxis —y aun en el terreno de las ideas— mantenía su poder. Es más, si ahondamos en el examen de aquel tejido podríamos percibir algunos síntomas de resistencia o reacción contra la idea de sistema —o sus más radicales exteriorizaciones—, que prepararon el surgimiento del historicismo de fines de la centuria¹. De tal modo, el reinado absoluto del sistema es sólo una figura retórica, pues acaso nunca alcanzó a envolver la compleja riqueza y pluralidad de la esfera jurídica, ni aun en sus momentos de mayor esplendor.

Ahora bien, establecidas estas limitaciones concretas, puede afirmarse que la idea de sistema tuvo en el campo del Derecho una pujante presencia y se constituyó en meta a alcanzar dentro del proceso de transformación que nos proponemos verificar.

Para iluminar la idea de sistema, tal como se presenta en el siglo XVIII, es preciso atender a un amplio horizonte temporal que abarca desde el Renacimiento a la Ilustración. Es en aquella época donde, sin equívocos, puede colocarse el punto de partida —o de recomienzo en la expresión de Coing— de aquella idea “central” en la historia del pensamiento jurídico moderno. Es la época en que la capacidad creadora —inventora y fabril— del hombre europeo se desarrolló al punto que intentó corregir y rehacer el mundo natural, y también el social². Las novedades geográficas, etnográficas, políticas, militares, técnicas, junto al contacto con pueblos poseedores de otros grados de civilización, le permitieron, sobre todo al español, desenvolver una sensibilidad muy afinada ante los nuevos sucesos y la mutación

¹ ZULETA Puceiro, Paradigma, 59-60.

² MARAVALL, “El concepto...”, 71.

temporal³. Si por una parte este horizonte abierto acentuó una propensión hacia el casuismo, profundizando su desarrollo —tal como lo vimos en el capítulo anterior—, por otra incitó a la búsqueda de soluciones distintas a las conocidas, ayudando a potenciar aquella capacidad creadora. Es precisamente en esta cara de la cuestión donde ahora colocamos nuestra atención, pues se trata de un fenómeno que extendido por todo el mundo de la cultura y la técnica, afectó también la trama de la vida jurídica. En ese largo tiempo histórico, desde el siglo XVI al XVIII, iremos descubriendo los nuevos hilos que fueron modificando esa trama, hasta llegar a la eclosión sistemática, encarnada en la Ilustración y consolidada en el siglo XIX, ya fuera de nuestro campo de estudio.

Desde luego, según veremos, los elementos nuevos o la reelaboración de los antiguos abundaron en este período, pero de cualquier modo no debemos olvidar que —como dice Maravall— en todo proceso histórico “siempre es mayor el volumen de las supervivencias que el de las innovaciones”⁴. En mayor grado ello se registra en la esfera del Derecho, en donde una fuerza conservadora, canalizada a través de la tradición, ejerce una vigorosa resistencia a los cambios.

Según ya lo hicimos al ocuparnos del casuismo, también ahora trataremos de observar la evolución de esta tendencia sistemática dentro del amplio contorno social, sin dejar de iluminarla en el más reducido campo jurídico. De tal modo apuntamos a mostrar, en cuanto sean evidentes, por un lado la constante interrelación entre Derecho y Sociedad, y por otro el cierto margen de autonomía que aquél posee.

Nuestro ángulo visual está centrado, naturalmente, en el mundo hispano, pero admite una mirada más amplia. Al perseguir la idea de sistema en sus orígenes y desarrollo

³ MARAVALL, “La fórmula...”, 83-84. Sobre el fenómeno en general puede verse BATLLORI, *Humanismo y Renacimiento*, especialmente su estudio introductorio, pp. 1-51.

⁴ MARAVALL, “El prerrenacimiento...”, 21.

debemos acudir a su elaboración intelectual, dando más relieve a elementos provenientes de la especulación y no de las creencias, como lo hicimos con el casuismo. A este respecto cabe señalar que enfrentamos una dificultad seria, ya que la mayor parte de las obras que se ocupan del pensamiento jurídico europeo —con nítida inclinación filosófica o dogmática— lucen por un tratamiento abstracto y ahistórico, atendiendo sólo a una descripción de las doctrinas, con prescindencia de su meollo cultural, de sus condicionamientos políticos, económicos, religiosos, de su penetración efectiva en la sociedad, de su radio de influencias, etc. Asimismo, de modo unilateral ponen de relieve sólo lo ocurrido en determinados países —Francia, Alemania e Inglaterra—, considerados como las potencias intelectuales del mundo moderno. Frente a esa omisión, hoy ya no es novedad señalar, por ejemplo, la modernidad filosófica del pensamiento de Francisco Suárez⁵, la proyección europea del modelo universitario castellano⁶, o el nacimiento de una nueva concepción del Derecho natural originado en los problemas y debates provocados por el descubrimiento de América.

A través de estas muestras temáticas aisladas, asoman dos hipótesis de trabajo, una referente al papel que el pensamiento hispano tuvo en el desenvolvimiento del Derecho y la sociedad modernos, y otra relativa a la particular atención que debemos prestar a ese pensamiento si deseamos conocer certeramente nuestro pasado, pues —como se comprenderá— no son aplicables mecánicamente a esa realidad los modos de pensar francés, alemán o inglés, aun cuando deba atenderse a sus eventuales influjos.

Si bien la idea de sistema es una configuración cultural europea continental, las exigencias de nuestro enfoque y las características del mundo hispano durante esos siglos nos llevan a un examen particularizado. La peculiaridad jurídica

⁵ ABELLÁN, II, 630-632.

⁶ KAGAN, 33 ss.

castellana se asienta en el desarrollo vigoroso de una Teología renovada, en la construcción de una concepción moderna del Derecho natural, en el peso doctrinario y efectivo de la moral casuística y en una singular base legal, integral, dada por las Partidas. ¿Había una situación análoga en otros reinos europeos? A ello debemos sumar el fenómeno indiano, tan estrechamente unido a Castilla. Frente, pues, a esta peculiaridad, es evidente que la estimación del casuismo y la exigencia de un orden sistemático tuvieron un tiempo y una intensidad distintas si los comparamos con otros países.

El concepto cultural de *sistema* en el mundo moderno carece de una base bibliográfica general, acorde con la importancia del tema⁷. Para lo jurídico sigue siendo hoy pieza valiosa la disertación dada por Coing hace tres décadas⁸, dado que las estimulantes sugerencias de Cappellini están limitadas a Alemania a partir de la segunda mitad del siglo XVIII. Además, este autor no atribuye mayor importancia a algunas obras de jurisprudencia del XVII que llevaban el título de *Systema*⁹. Entre los hispanos, es sin duda García-Gallo quien ha prestado al tema mayor atención en sus páginas dedicadas a “la sistematización del Derecho” dentro de una obra general¹⁰. Utiliza allí el maestro español la expresión sistema de modo amplio, como agrupación de normas formando series y no como categoría histórica desarrollada bajo determinadas condiciones. De tal modo, el sistema aparece como una estructura jurídica que, a partir del Derecho romano y salvo la Alta Edad Media, abarca el largo trayecto histórico que llega a nuestra época, estando referido de manera casi exclusiva a la legislación. Dentro de este enfoque son tratados varios aspectos que merecen especial atención, a saber: la aparición de algunas exposiciones de conjunto con esa propensión; la constante inclinación

⁷ ZULETA PUCEIRO, *Paradigma*, 148-149.

⁸ COING, *Historia y significado...*

⁹ CAPPELLINI, I, 3.

¹⁰ GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 256-270.

al orden de materias en los textos legales; la preocupación por diferenciar al Derecho público del privado; y el modo de formular las normas. Aspectos todos estos que ayudan a configurar históricamente la idea de sistema desde nuestra perspectiva.

Bajo esta necesaria revisión deberán seguramente alterarse o matizarse algunos “axiomas” historiográficos, con vistas a una futura historia general del pensamiento jurídico, cuya falta echaba de menos ya hace algunos años el mismo profesor Coing¹¹.

2. El casuismo denunciado por voces críticas

Una idea, como la de sistema, para desplazar a una creencia, como el casuismo, necesitaba desplegar un doble juego: la crítica a lo existente y la postulación de un orden sustitutivo. Las “voces críticas” constituyen una alerta que nos anuncia un estado de insatisfacción, pero necesariamente no presuponen un cambio inmediato. Voces críticas con relación al orden jurídico existente, sobre todo denunciando la multitud de leyes o de opiniones de autores, ya encontramos por lo menos a partir del siglo XVI. Sin embargo, esas voces por lo general no atacaban el meollo de la jurisprudencia casuista.

Por ejemplo, cuando Castillo de Bobadilla proponía una reforma concreta en el régimen de las residencias fijando plazos y salarios para evitar abusos, se fundaba en que estando hoy —decía— “tan introducida la malicia y úsase tan mal del albedrío de buen varón, que se halla más cierta la razón, reduciendo el poderío y justicia a regla y necesidad, que no dejándolo a la epiqueya y voluntad”¹². Nadie podría suponer, en base a esta afirmación, que Castillo de Bobadilla, con la elección de la razón y regla fija frente al albedrío

¹¹ COING, “Trois formes...”, 533.

¹² CASTILLO DE BOBADILLA, *Política*, V, I, 39.

y epiqueya, hubiese renegado de una concepción casuista que dominaba su obra y toda la época. Hasta se podría sostener que su propuesta sólo representaba una excepción. Aún así aquella frase incidental podía alcanzar cierta dimensión. En efecto, el cambio de los tiempos le llevaba a preferir la regla fija establecida por la razón a la decisión particular dada por el “albedrío de buen varón”, ya que se había introducido —según alegaba— la malicia y mal uso de ese poder arbitrario. ¿No era acaso un argumento que podía extenderse a muchas otras situaciones?

Distinta es la actitud que se desprende del *Juicio de las leyes civiles*, escrito por Lope de Deza en 1606. Aquí latía un enfrentamiento entre casuismo y sistema, percibido en algunos pasajes de la obra. Deza expresaba un sentir crítico en cuanto al razonar problemático y controvertido de la jurisprudencia y apuntaba hacia un nuevo orden basado en leyes generales, pero reconociendo que el objeto de tal regulación se dirigía a una realidad constituida por casos particulares. El criterio legalista que en él predominaba y su actitud crítica hacia la concepción casuista me ha permitido aseverar que se trata de una idea muy avanzada para su tiempo en cuanto a la ordenación legislativa, pero asimismo cautelosa en cuanto admitía la existencia de una realidad casuista, imposible de abarcar con reglas universales. En fin, su intención aparecía condicionada por el sentir de una época, en la cual aún no habían despuntado las grandes iniciativas sistematizadoras en el horizonte cultural¹³.

Estas “voces críticas” —de las cuales Bobadilla y Deza son muestras representativas— se manifestaron en una época en la cual el casuismo era una arraigada creencia. Ni las expresiones de Deza, ni mucho menos las de Castillo de Bobadilla constituían una crítica total, ni un desconocimiento de la realidad casuista del Derecho. Se trataba de actitudes críticas dentro de la propia estructura dominante,

¹³ TAU ANZOÁTEGUI, “El Juicio...”, 492-494.

destinadas a atacar algunos de sus componentes y no todo el conjunto. Pero, es preciso subrayarlo, en las mismas ya despuntaban elementos que, desplegados más tarde, constituirían principales arietes empleados contra el casuismo y en favor de la idea del sistema. Así apreciamos que en Castilla se hallaba potenciado el criterio de razón y en Deza la orientación sistemática en la conformación del orden legislativo.

Esta tendencia adquirió mayor consistencia hacia la segunda mitad del XVIII, tanto por el desarrollo teórico del Derecho como por la presión de diversos estímulos sociales. Sobre las sendas ya abiertas y con el respaldo de propuestas reformistas, las críticas —enlazadas con un inocultable sentido político— atacaron de lleno a la concepción casuista. Eran voces agudas y, no pocas, ácidas. Se deslizaba un cierto desdén hacia una situación que aparecía como incomprensible e intolerable. El movimiento se cobijaba en las alas de la Ilustración, difundiéndose por toda la Europa continental. Eran los tiempos de una “crítica antijurisprudencial”. Los juicios de Beccaria y Filangieri, entre otros, tuvieron vasta circulación en el mundo hispano hasta bien entrado el siglo XIX.

En España, quien mejor encarnó esta postura fue Juan Francisco de Castro. En sus *Discursos críticos*, publicados en 1767, encontramos las más severas condenaciones a la jurisprudencia de la época. Véase, como muestra, esta descripción que ofrecía, desde la perspectiva del abogado activo: “Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable ilusión de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le hace detestar una profesión en que nada hay apenas cierto y seguro...”. La labor jurídica se hacía extenuante, dado que debían tenerse presente “tantos y tan varios volúmenes, de tantos y tan complicados derechos, frecuentemente entre sí opuestos, y

en que tan poco orden y método se ha observado”. Los cuerpos legales de ambos Derechos —decía— “se componen de un infinito número de constituciones dispuestas por título, sin verdadero orden, sin conveniente ligación, sin correspondiente método, ni sistema”. Y hasta se lamentaba de que las leyes del reino “no hayan procedido en su origen por verdadero sistema, y principios claros, sino en trozos, remediando desórdenes, y proveyendo a casos, según la urgencia y circunstancias del tiempo lo pedían”¹⁴.

Según se advierte, no se trataba de una crítica desde dentro de la concepción casuista, como la de Castillo de Bobadilla, o que al menos la admitiera como inevitable, tal como lo había hecho Deza. Castro, con rigor racionalista, cuestionaba el Derecho existente por su falta de conformidad con el ideal sistemático. La última de las citas es particularmente reveladora de una incomprensión histórica, ya que se lamentaba de que el Derecho real se hubiese formado en el tiempo de modo casuístico y no sistemático, como si acaso hubiese sido posible por el solo artificio humano modificar drásticamente una evolución histórica determinada. Preocupado por el orden interno y externo, por los principios claros y la certeza en las prescripciones, Castro desdeñaba todo saber problemático y controvertido. El ideal sistemático asomaba en él con plenitud y la crítica al casuismo no reconocía límites.

Las “voces críticas” se hicieron aún más ácidas y, recogiendo en cadena tópicos difundidos por todas partes, no ahorraron calificativos para denostar al orden jurídico de la época, desinteresándose de toda comprensión histórica. Juan Pablo Forner advertía que el estudio legal se sustentaba en “la indigestión portentosa de una infinidad de volúmenes farraginosos destinados a pervertirlo todo...”¹⁵; Zuazo asentaba que la “multitud de libros pesados e indigestos” formados por los juriconsultos “solo sirven hoy para testimonio de la

¹⁴ CASTRO, *Discursos críticos*, I, p. IV, 55, II, 138-139. Para ampliar estas ideas, véase TAU ANZOÁTEGUI, “El pensamiento español...”, 378 ss

¹⁵ FORNER, *Plan*, 362.

ignorancia y barbarie de aquellos tiempos”¹⁶; Victorián de Villava denunciaba “un caos de cédulas, órdenes, pragmáticas, declaraciones”¹⁷; y Pérez y López, volviendo su vista sobre el pasado europeo, afirmaba que era “el derecho un laberinto misterioso e impenetrable como el de los Egipcios”¹⁸. Esta alegoría representaba elocuentemente la situación mental: el casuismo era para el jurista racionalista misterioso y difícil de penetrar. Se trataba de la incompreensión de un orden que no se ajustaba a determinados principios racionales.

La culminación de estas “voces críticas” estuvo acaso en la pluma de Juan Meléndez Valdés, un ilustrado avanzado, más conocido como poeta que como jurista¹⁹. En 1791 le escribió al regente de la nueva Audiencia de Extremadura, amigo y compañero suyo, un elocuente discurso pletórico de ideas reformistas, para ser leído en el acto solemne de la instalación del tribunal. Sostenía en la ocasión que “la filosofía, aplicada por la sana política a las leyes, ha dado a la jurisprudencia un nuevo aspecto”. Ello le permitía arrojar sobre las leyes civiles un duro juicio: “donde quiera que volvamos los ojos, alumbrados de la antorcha segura de la filosofía, no hallaremos sino continuos tropiezos y peligros. Casos en lugar de principios, ratiocinios falsos autorizados como dogmas legales, opiniones particulares erigidas malamente en leyes, doctores y pragmáticos en continua contradicción, y el enredo y el litigio burlándose a su sombra de la sencilla buena fe con descarada impunidad”²⁰. Belleza literaria y vigor expresivo se unen en este boceto artístico e ideológico, que revela nítidamente la separación sustancial —al menos en teoría— entre la antigua creencia casuista y la nueva idea sistemática. La “antorcha segura” de la filosofía, al proyectar su luz, era la que permitía detectar como “tro-

¹⁶ ZUAZO, fs. 157v.-158.

¹⁷ VILLABA, p. LXXXVI.

¹⁸ PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios*, 236.

¹⁹ ABELLÁN, III, 631-641.

²⁰ MELÉNDEZ VALDÉS, 246 y 257.

piezos y peligros” los caracteres naturales de un Derecho asentado sobre el casuismo: atención preferente a los casos, fuerza jurídica de las opiniones de los autores, controversia constante.

Continuaba Meléndez Valdés su discurso con respecto a las leyes civiles preguntándose “¿por qué triste necesidad han de ocupar volúmenes sobre volúmenes de errores y tinieblas, revueltos más y más, y confundidos por esa serie bárbara de glosadores y eternos tratadistas, y no habrán de reducirse ya, después de tantas luces y experiencias, a pocas leyes, claras, breves, sencillas, que todos, todos, hasta los más rudos aldeanos entiendan por sí mismos para regular sus acciones y puedan fácilmente retener?... ”²¹. Con nitidez asoma en esta frase el difundido rasgo ingenuo de la época —repetido también en otros tiempos—, consistente en practicar una sustancial reducción del material jurídico para lograr que las leyes fuesen además de claras, breves y sencillas, comprensibles para todos, hasta para el más rudo aldeano. Acaso en esta materia los casuistas pisaban suelo más firme, como cuando un moralista de la primera mitad de la centuria tachaba de ignorantes a los que requerían “brevedad y compendio” en los casos morales²².

Otra frase del poeta ilustrado nos coloca ante la reinterpretación de una antigua alegoría casuista: “Nuestros códigos son un arsenal donde todos hallan armas acomodadas a su deseo y pretensiones: son como las armerías de los Reyes, donde las piezas raras, llenas de orín y polvo de los siglos más distantes, están unidas y se tocan; encierran leyes contra leyes, otras sin objeto determinado, leyes inútiles, insuficientes, enmendadas, suplidas, olvidadas; todo, menos unidad y sistema; todo, menos principios y miras generales”²³. En la concepción casuista el uso de esta parábola mostraba que las normas y doctrinas, al modo de las armas, estaban a la

²¹ Ídem, 258.

²² DÍAZ TOLEDANO, *Canónicas*, Prólogo.

²³ MELÉNDEZ VALDÉS, 261.

espera para que cada uno escogiera aquellas que se adecuasen a su caso. Meléndez Valdés, al retomarla, la utilizaba para apuntar contra dicha concepción. Además de mechar desdénosos calificativos, denunciaba la falta de “unidad y sistema de principios y miras generales”, punto de conflicto entre una y otra concepción. Sin duda, la alegoría había cambiado de dueño...

Las “voces críticas” de la última época estaban ya respaldadas por una sólida convicción, por una enorme fe —a veces excesiva— en las bondades que ofrecería la nueva construcción sistemática que lucía a los ojos de los reformadores con el esplendor y brillo de las más elegantes y proporcionadas creaciones de la arquitectura. Cierta desencanto habría sobrevenido a algunos de esos entusiastas propugnadores del cambio, si hubiesen conocido la alegoría que, por entonces, ofrecía el teólogo William Paley al comparar la constitución inglesa con una antigua mansión que, con el correr del tiempo, se había adaptado más a las conveniencias de sus habitantes que al gusto de los estetas²⁴.

3. Entre propuestas y utopías sistemáticas

La postulación de un sistema fue —según veremos— antigua preocupación, estimulada por el Humanismo a partir del siglo XVI, en estrecho paralelismo con las “voces críticas”. Sin embargo, los esfuerzos en tal dirección durante esa primera época encontraron un límite infranqueable en la creencia, cotidianamente verificada, de que siendo la realidad variable, quebrada, imposible de regular de antemano, el Derecho no podía establecer reglas rígidas que previniesen todos los casos. La idea de sistema tropezaba así con una praxis casuista, que mitigaba el vuelo de las especulaciones jurídicas. No obstante, fueron asomando propuestas en los planos de la instrucción jurídica, la creación legislativa o la elaboración jurisprudencial, en las cuales despuntaba el in-

²⁴ DICEY, 135. Agradezco este dato al doctor NORBERTO C. DAGROSSA.

tento de crear libremente un nuevo orden de conceptos y normas que se apartase del transmitido por las precedentes generaciones y aun del saber clásico, superando el ordenamiento justinianco y la casuística jurisprudencia dominante.

Esta labor se hizo posible en el marco de la cultura jurídica humanista europea²⁵, pero hasta ahora casi no se han conocido esos intentos en nuestro mundo hispano, pese a que están a la vista en escritos caracterizados tanto por su fuerza expresiva como por su temprana aparición. Tal, por ejemplo, el movimiento que se observa en escritores de fines del XVI y comienzos del XVII, como Pedro Simón Abril, Bartolomé de Albornoz, Lope de Deza y Francisco Bermúdez de Pedraza. Así cuando —valga una muestra— Deza se refería a “una reformatión universal” de las leyes, se apartaba del criterio vigente de recopilarlas para proponer un nuevo tipo de fijación normativa en base a leyes generales, que se acercaba sugestivamente al criterio dieciochesco de la codificación. Pero aun en las propuestas de vanguardia siempre se percibía aquella apuntada limitación ante la esquiva praxis jurídica, y posiblemente su fracaso debe ser, al menos en parte, atribuido a la cuota de osadía contenida en las mismas.

Sólo cuando los factores y estimaciones sociales, acompañados de un mayor refinamiento teórico en el Derecho, fueron empujando en favor de una transformación general, las propuestas sistematizadoras alcanzaron su momento más brillante. Ello ocurrió al avanzar el siglo XVIII pese a que para entonces dentro del ámbito cultural de la Ilustración europea se perfilaba un movimiento de crítica hacia una versión excesivamente abstracta de la noción de sistema. Reaparecía entonces, sin abandonar la senda sistemática, una estimación de lo empírico, de lo histórico²⁶.

Tras los cambios propuestos parecía esconderse una simplificación y claridad del Derecho, que llegó a veces a

²⁵ CAVANNA, 187-188.

²⁶ ZULETA PUCEIRO, *Paradigma*, 59 ss.; CASSIRER, 21-23.

tal grado de ingenuidad, que sólo el tiempo se encargó de evaporar el halo de esperanzas e ilusiones que rezumaban algunos de esos proyectos e ideas. “Voces críticas” —ahora las más ácidas— y propuestas sistemáticas —las más cargadas de espíritu renovador— se unieron para llevar adelante una de las más singulares transformaciones históricas en la mentalidad colectiva.

Las propuestas encerraban una profunda fe en el alcance de la mente humana para dominar la naturaleza y organizar la sociedad conforme a principios racionales. Entraba pues en crisis la creencia que hasta entonces había dominado la escena, caracterizada por la imposibilidad de regular, con normas rígidas, la realidad esquiva y variable. Es que aquel enunciado de Leibniz, de fines del siglo XVII, en el sentido de que “quien conoce lo universal puede clasificar con facilidad un número ilimitado de casos particulares sin que se le pueda escapar absolutamente ninguno”²⁷ —referido precisamente a materia legal— parecía reflejar el nuevo espíritu que lentamente penetraba en el círculo de los juristas.

Las propuestas sistematizadoras fueron, según veremos, amplias y diversas. Aunque no pueden ser agrupadas bajo un mismo criterio, poseían comunes ideas y objetivos. Reposaban sobre el supuesto de que el Derecho era una realidad que podía ser objeto de una elaboración intelectual abarcadora, en base al Derecho natural y aplicando criterios de razón. Conforme a ello, a partir de un escogido número de principios o máximas, podía establecerse una estructura normativa en la cual hipotéticamente cabían todos —o la mayor parte— de los hechos humanos necesitados de una solución jurídica. De tal modo la ley, racional, clara y abarcadora, desterraba cualquier tipo de interpretación doctrinaria y todo arbitrio judicial, vías ambas que aparecían como abusivos instrumentos del ordenamiento entonces vigente. Conceptos, instituciones, normas genéricas, clasificaciones, divisiones, asomaban en el mundo de los juristas

²⁷ LEIBNIZ, 151.

en sustitución de una jurisprudencia de “casos”, relegada y hasta extinguida en la mente de los más teóricos. Eran, al menos, las voces más oídas.

Sin embargo, la praxis se mostraba renuente a admitir unas elaboraciones intelectuales con las cuales no era posible sustituir efectivamente el orden antiguo —eran sólo el impulso para nuevas formas legales—; y unos criterios que se apartaban, a veces de modo pronunciado, de esa realidad varía y esquiva que continuaba siendo el Derecho, pese al deseo de los más fervientes reformadores. La penetración, pues, en la praxis de estas nuevas ideas debía ser, necesariamente, lenta y solo posible en determinada medida. El casuismo, marginado —cuando no despreciado— por los teóricos y hasta convertido en una palabra malsonante en el renovado vocabulario de los juristas, seguía anidando en la trama jurídica...

Detengámonos en algunas exteriorizaciones de la época. Juan Francisco de Castro postulaba formar “un metódico cuerpo de derecho que una en verdadero sistema todo el derecho español, constituyendo seguros principios, de donde, como de fuentes, corran como arroyos las leyes para fecundar en justicia todo el dilatado campo de la Monarquía”. Ese Derecho claro y preciso debía comprender en verdadero sistema todos los casos que pudiese suscitar la controversia humana²⁸.

A su vez, Juan Pablo Forner sugería ordenar el Derecho español en “unas buenas instituciones” con el objeto de alcanzar un sistema en el cual “se proceda por divisiones, definiciones, preceptos y consecuencias necesarias, con tal orden y trabazón que desde luego aparezca a la vista el espíritu general de nuestro derecho: la unión e influjo recíproco de sus partes; la razón de cada precepto, la necesidad de cada consecuencia, y de la conexión total de esta máquina resalte el genuino modo de interpretar sus leyes por la

²⁸ CASTRO, *Discursos críticos*, I, pp. IV-V; y TAU ANZOÁTEGUI, “El pensamiento español...”, 393 ss.

comparación de la razón de unas con la razón de otras, y por la aplicación de los casos dudosos, no a los principios arbitrarios de un jurisconsulto, sino al espíritu general de legislación o al particular de alguno de sus ramos o miembros”. Como el mismo Forner decía, bajo esta concepción “la ejecución pues de unas instituciones supone seguridad de principios, totalidad de ellos para su completa aplicación en el uso; sistema cabal de doctrina para que ninguno quede sin regla fundamental que sirva a su resolución, conexión, enlace y proposición en las partes para que resulte metódica y bien ordenada la institución elemental, en suma, antes que haya instituciones es menester que haya ciencia”. De su crítica a la jurisprudencia vigente, saltaba a la vista la necesidad de prescribir “preceptos generales que sirvan de regla al entendimiento para encadenar los argumentos jurídicos con tal vínculo y orden, que no se aparten de los principios fundamentales de cada legislación, sino que se deriven de ellos con serie no interrumpida de raciocinios, y manifiesten entera consecuencia con ellos aun en las consecuencias más lejanas”²⁹.

Esta nueva organización del material jurídico se reclamaba aun para una parte del Derecho —el denominado público— que, como tal, no tenía los blasones del privado. Dou y de Bassóls se propuso en el último año del XVIII “reducir a método” el Derecho público general de España teniendo como objetivo “hallar un sistema, en que todas las materias estuviesen eslabonadas entre sí, dando luz las primeras a las que se tratasen después, y en que se descubriese de una sola ojeada todo el campo de la jurisprudencia en orden al derecho público, con una perfecta separación y distribución de partes”³⁰.

Las muestras podrían multiplicarse, pero estimo que resultan suficientes para presentar la cuestión. Si bien ninguno de los juristas mencionados podía ignorar la dificultad que

²⁹ FORNER, *Plan*, 375-376, 298-299 y 372, respectivamente.

³⁰ DOU Y DE BASSÓLS, I, p. I y XIII.

ofrecía una praxis indómita a toda planificación sistemática, el lenguaje de dichos autores tendía a admitir la posibilidad de que esa realidad pudiese ser gobernada por fórmulas precisas, derivadas de los conceptos, axiomas y clasificaciones. Hasta el vocablo *máquina* asomaba en Forner para referirse al modo de interpretar las leyes y aplicarlas, en abierto desafío a la tradicional confianza en el factor humano como clave en la realización del Derecho. Era el momento en que el ideal sistemático se enseñoreaba en la mentalidad de los juristas, mientras la creencia casuista empezaba a volatizarse.

Acudamos, para reforzar lo dicho, al género literario de la utopía. Cuando hablo de lo hago en el sentido de “instrumento de enérgica operatividad”, en palabras de Maravall, y no en la acepción peyorativa de Engels tan difundida hoy, referida a una mera ocurrencia o fantasía irrealizable. La utopía, entendida como apunto más arriba, entronca con el Renacimiento y surge de una postura de disconformidad ante la sociedad, a la que aspira a mejorar mediante un cambio total de su situación actual. De esa multiplicada capacidad creadora renacentista que intentaba corregir y rehacer el mundo natural, y también el social, emanaba el espíritu utópico³¹.

Entre los asuntos frecuentemente abordados estaba lo jurídico, dada la importancia que siempre se le ha atribuido en la constitución o formación social. En las utopías de los siglos XVI y XVIII —el XVII se mostró menos inclinado a desenvolver este género literario—, encontramos, como es de suponer, variadas críticas al Derecho vigente. Los argumentos, por lo general, se articulaban en tomo a la complejidad y oscuridad del ordenamiento y a la conducta reprochable de abogados y jueces. Estas coincidencias, empero, no se extendían a los medios sugeridos para superar o enmendar la situación denunciada.

31 Sobre esto, MARAVALL, *Utopía...*, ss. Véase los estudios reunidos en este volumen, especialmente los referidos al planteo teórico del tema. También MARAVALL, “El concepto...”, 71.

En cuanto al siglo XVI, Maravall percibe en esta línea, una actitud de rechazo al rígido formalismo y de inclinación hacia la equidad del juez³². De este modo, quedaba acentuada la atención hacia los casos y situaciones concretas en una proporción que iba mucho más allá de los límites de la propia concepción casuista. Este modo de pensar encuentra ejemplos en el Nuevo Mundo —no en balde el propio vocablo utopía aparece estrechamente relacionado con América—, de los que puede recordarse la propuesta de Jerónimo de Mendieta en el México del siglo XVI con relación a la forma de regir a los aborígenes³³.

Ahora bien, en el siglo XVIII la utopía, girando en sus metas, quedó al servicio de las nuevas estimaciones sociales. Algunos ejemplos lo muestran, sin que sea posible dar a esta suposición el carácter de afirmación definitiva. Aunque atacando siempre al ordenamiento vigente, sus propuestas no se orientaban ya hacia una valoración del caso o situación concreta, sino apuntaban a establecer un orden legislativo simple, claro, preciso, de pocas normas. Así el *sistema*, como elemento de una sociedad y Estado ideal, aparecía reflejado en esas utopías. Mariluz Urquijo ha estudiado una de ellas, en la cual lejos de abolir la legislación y desterrar a los abogados, se proponía, entre otras reformas, un nuevo código con leyes claras y simples, sin posibilidad de interpretación y con un número limitado de abogados y escribanos³⁴. En otra utopía de fines del XVIII, escrita por Manuel de Aguirre, un liberal de avanzada, se describía una sociedad y un Estado idílicos, de naturaleza igualitaria, ubicados históricamente en una época anterior a la actual civilización. A dicha organización se le atribuía un “código constitucional”, cuyas bondades aparecían contrapuestas a los vicios y defectos de la legislación vigente³⁵.

³² MARAVALL, *Estado moderno*, II, 428.

³³ Véase MARAVALL, *Utopía...*, 79ss.

³⁴ MARILUZ URQUIJO, “Una utopía...”, 303 ss. Son de interés las consideraciones teóricas acerca del tema.

³⁵ AGUIRRE, “Discurso sobre la legislación”. Del autor se ocupa ELORZA, 258 y 263 ss.

De confirmarse esa nueva dirección que en nuestra materia parece tener la utopía dieciochesca, encontraríamos un apoyo para la afirmación del ideal sistemático. Cabe hacer una distinción al respecto. La utopía de la primera época, en el campo del Derecho, en cuanto se limitaba a una propuesta demasiado radicalizada podía caer en la ineficacia. En cambio, la utopía dieciochesca —siempre en nuestra materia— se acercaba mucho más a la realidad, precisamente porque sobre ésta había avanzado la especulación intelectual. La utopía, pues, se sumaba como elemento de apoyo en pos de esa transformación, en cuanto actuaba como “intento de configuración racional de la sociedad”³⁶.

4. Vocablos-claves en la transformación: sistema, método, arte y regla

El anacronismo de la voz *sistema* es mucho menor que la de *casuismo*. Su origen es griego, aunque la acepción hoy difundida proviene del siglo XVIII, coincidiendo precisamente con la consolidación de la concepción que lleva tras sí. Aquella diferencia se explica en parte si aplicamos la distinción orteguiana entre ideas y creencias. Mientras el casuismo se evidencia como una *creencia*, de esquivada constatación documental, el sistema se presenta como una *idea*, intelectualmente elaborada, más fácil de verificar enteramente. Cuando la *idea* arremete contra la *creencia* debe expresar sus razones de modo convincente y en esta decisiva contienda queda registrada su huella.

Ahora bien, la aparente facilidad de esta exploración se desvanece cuando debemos enfrentar, de una parte, la complejidad misma alcanzada por el vocablo en su desarrollo contemporáneo, dado tanto por el rigor filosófico en el que se ha envuelto, como por la extensión de su uso, que

³⁶ RODRÍGUEZ ARANDA, 106-107.

ha alcanzado hasta nivel popular. De otra parte, la indagación del vocablo nos deja en ayunas con relación al desarrollo de la idea sistemática con anterioridad al siglo XVIII. Aquí también —como lo hicimos con la voz *casuismo*— es preciso acudir a otros vocablos para mostrar ese desenvolvimiento.

No es mi propósito examinar con rigor conceptual la voz sistema pues ello nos alejaría de nuestro objetivo y no arrojaría demasiada luz sobre esta indagación, dado que en la esfera jurídica o en la más difusa mentalidad social esas precisiones con frecuencia se desdibujan, cuando no se deforman. Por ello me parece suficientemente ilustrativo el concepto que ofrece Julián Marías al presentarnos el sistema como “conjunto de elementos que se reclaman recíprocamente y se sostienen o sustentan unos a otros mediante un conjunto de tensiones operantes”³⁷. En esta caracterización amplia, comprensiva de los distintos sentidos que agrupa dicha voz, aparece el sistema —en su proyección cultural— como una estructura dinámica en permanente tensión y renovación interna de sus elementos y de las fuerzas que operan sobre ellos, y también entre sí.

Desde diverso ángulo visual —y esta vez con la mira puesta específicamente en lo jurídico— puede plantearse la existencia al menos de dos acepciones extremas, una en sentido amplio y otra en sentido estricto, entre las cuales se advierte un infinito número de matizaciones. Según Coing, la primera está referida a un simple esquema de orden, a una ordenación del material según puntos de vista comprensivos. En cambio, el sentido más estricto es aquel según el cual “las proposiciones individuales puedan deducirse como consecuencias lógicas a partir de ciertos axiomas fundamentales”³⁸. De tal modo, podemos incluir dentro de la línea sistemática desde los más rudimentarios esquemas de orden hasta los más refinados despliegues intelectuales. Pero, a mi

³⁷ MARIAS, *La estructura*, 119.

³⁸ COING, *Historia y significado...*, 21.

juicio, con una exigencia mínima: que haya una dominante preocupación ordenadora del material.

Este abanico de posibilidades constituye un buen muestrario de las opciones exteriorizadas en el itinerario de aquella tendencia desde el siglo XVI hasta nuestros días. El desarrollo experimentado con posterioridad al momento en que concluye nuestro estudio, aunque excluido de la indagación, sirve como pauta para precisar mejor la dirección seguida. En estas páginas solo recorreremos una primera etapa —de surgimiento y primera afirmación— de la idea de sistema, pues su consolidación solo se alcanzó a partir de la centuria pasada. Fue entonces cuando la voz inundó el léxico científico, económico, político, artístico, etc., y penetró sin cortapisas en el lenguaje corriente, alcanzando hasta nuestros días más de un centenar de aplicaciones y usos subsidiarios. Su ámbito lingüístico se ha ensanchado, además, con voces derivadas, como *sistemático*, *sistematización*, *sistematizar* y *sistemáticamente*.

En el campo del Derecho, por un lado asistimos en el siglo XIX a la elaboración intelectual europea del denominado “Sistema de Derecho”, con vasto y profundo desenvolvimiento de una idea de ordenación y abstracción; y por otro observamos una inusitada expansión interna de la voz, desplegada en numerosas áreas temáticas. Así, por ejemplo, es frecuente emplear el vocablo *sistema* unido a lo penal, penitenciario, familiar, matrimonial, sucesorio, financiero, político, constitucional, parlamentario, presidencial, etc. Hasta la Historia del Derecho —que debiera ser más cuidadosa de estos arrebatos lexicográficos— hace uso indiscriminado del vocablo, aun con un significado menos preciso. Esta reconocida fuerza expansiva me ha llevado, en fin, a hacerla figurar en el título de esta obra, pese a su cuota de anacronismo.

Por cierto, el reinado de la voz y de su contenido no ha sido absoluto, ya que desde el propio siglo XVIII se ha encontrado con corrientes, visibles o subyacentes, vigorosas

o atenuadas, de oposición, comprensibles dentro de la pluralidad de perspectivas que brotan del campo ideológico.

En el habla castellana, *systhema* —así escrito delatando su origen— aparecía en 1726 en el Diccionario académico de autoridades con la acepción principal de “suposición o hipótesis que sirve de fundamento, sentando algunos principios para la explicación y prueba de alguna opinión determinada”³⁹. Por entonces, el más conocido campo de aplicación de la voz se registraba en la astronomía, donde en base a ciertas hipótesis, se explicaban los fenómenos que se presentaban a la vista del ser humano⁴⁰. Se extendía también su uso a otras áreas del conocimiento, como la música. En menor medida a la jurisprudencia. Ahora bien, ya se puede apreciar en este uso un despunte más moderno, del cual el citado Diccionario nos alertaba al darnos una segunda explicación: “Es voz puramente griega, que significa unión de varios principios”. Esta acotación, que iba a la raíz misma del vocablo, insinuaba un parentesco con la acepción principal —desde el momento que la opinión en cuestión debía fundarse en suposiciones o hipótesis relacionadas entre sí—, y anunciaba el espectacular despliegue que alcanzaría en las dos centurias siguientes. En la *Víctima real legal* de Álvarez de Abreu —obra jurídica indiana impresa en 1726— percibimos ese curioso enlace entre ambos sentidos, aunque todavía prevalecía el primero⁴¹.

La nueva dirección del vocablo, centrada en torno a la expresión “unión de varios principios” encontró rápida precisión y difusión en España. En 1747 Piquer establecía que la voz “en su rigurosa significación muestra un conjunto de cosas conexas entre sí”. Agregaba, empero, que por obra

³⁹ COVARRUBIAS en su *Tesoro* no registra la voz.

⁴⁰ El sentido principal dado por otro autor era: la disposición de las partes del Universo acomodada para explicar mejor los movimientos y fenómenos celestes (MARTÍN MARTÍNEZ, 227). Pero este mismo autor también afirmaba que Descartes “fabricó un entero sistema filosófico”. Estos datos han sido extraídos de los ficheros de la Real Academia Española.

⁴¹ ÁLVAREZ DE ABREU, núm. 142, 379, 397 y 686.

de los filósofos que habían seguido a los astrónomos, el significado se había limitado a “mostrar las varias opiniones filosóficas, sostenidas con conexión de discursos fundados sobre los referidos principios”, dando lugar a una oposición en el ámbito físico entre el sistemático y el que se atenía al experimento⁴².

Hasta la década de 1720 el vocablo fue raramente usado en España, siendo a partir de este momento cuando —especialmente a través del *Teatro crítico* de Feijoo⁴³— se hizo de uso corriente, con la consiguiente turbación de su precisión. Su grado de popularidad fue tal que en 1760 un escritor afirmaba, redondeando esta impresión, que el vocablo “pocos años ha, apenas se oía en nuestra España, y al día de hoy casi resuena en las cocinas”⁴⁴.

Bajo el nuevo sentido que fue prevaleciendo —conjunto de principios o reglas de una materia, enlazados entre sí— la voz apareció en obras de todo género. Fueron cada vez más frecuentes expresiones tales como “sistema económico”, “sistema político”, “sistema de agricultura”, “sistema de comercio”, “sistema antiguo” o “sistema nuevo”, “sistema filosófico”, “sistema de estas provincias”, entre otras muchas que es posible entresacar de todo tipo de escritos de la época. Hasta las portadas de los libros u otros títulos interiores recogieron el vocablo por considerarlo bien expresivo de lo que se intentaba exponer y bien atractivo para el público lector con un inocultable sello de novedad. Así Joseph del Campillo y Cosío escribió en 1743 su *Nuevo sistema de gobierno económico para la América*. De modo análogo en 1762 Bernardo Ward titulaba una de las partes de su *Proyecto económico*.

Para remontarnos más atrás en pos de la idea de sistema es necesario acudir a otros vocablos que, sin sustituir propiamente a aquél, apuntan nítidamente a ese esquema de

⁴² PIQUER, 88.

⁴³ ARDAO, 68, 71-72 y 75.

⁴⁴ CODORNIU, 1.

orden que constituía la acepción más amplia que hallamos dentro de aquella idea. En este sentido, creo que debemos prestar atención, al menos, a tres palabras: *método*, *arte* y *regla*. Estas voces no tienen, naturalmente, el mismo significado, ni son estrictamente complementarias, pero nos permiten volver la vista hasta el siglo XVI, para advertir el arranque moderno de la idea sistemática.

Método es vocablo que ya apareció en la España del Quinientos, se expandió durante la centuria siguiente⁴⁵ y en el Setecientos se incorporó al lenguaje corriente. Utilizo aquí la voz en el sentido de “modo de decir o hacer con orden una cosa”. Solo de manera subsidiaria, en cuanto se encadene a dicho sentido, también puede tratarse del camino seguido por la razón para descubrir la verdad. Tras este vocablo se desarrolló una actitud ordenadora que alcanzó momentos de mayor plenitud en el siglo XVIII, junto al expansivo uso de *sistema*. Ya para entonces, el vocablo era definido en un sentido más cercano al sistemático, como lo hacía Piquer: “orden, conexión y enlazamiento con que el entendimiento dispone las verdades, ya sea para alcanzar otras más importantes y obscuras, ya sea para comunicarlas a los demás”⁴⁶.

No sólo se planteaba la necesidad de un método, sino que se debatía acerca del más conveniente para la jurisprudencia, y aun dentro de ésta el más útil para atender los diversos niveles de su estructura: la enseñanza, la ordenación legal, la exposición doctrinal y la decisión judicial. Los autores sentían cada vez más la necesidad de practicarlo, como también de expresarlo al presentar sus obras. Era ésta, por ejemplo, la inclinación que llevaba a Solórzano a estampar en la portada de su *Política Indiana* la indicación de que la obra estaba “escrita con el método, claridad y lenguaje que por ella parecerá”. La mención de la voz se hizo muy frecuente

⁴⁵ El método como necesidad renacentista (ANDRÉS, II, 273); MARAVALL, "Empirismo...", 20-21.

⁴⁶ PIQUER, 209.

en los papeles indianos del XVIII, sobre todo en la segunda mitad. Era cita casi obligada cuando se postulaba una reforma en lo político-administrativo y en lo judicial. A veces, como queriendo aumentar su fuerza expresiva, se le añadían adjetivos, como *bueno* o *nuevo*.

Desde luego que el empleo del vocablo en nada aseguraba la bondad de la vía elegida. Para ello era preciso que acudieran en auxilio del jurista otros conocimientos. Ya en 1589 Simón Abril tocaba el punto al postular un nuevo cuerpo de Derecho. Decía entonces que cabía encomendar la tarea a filósofos y jurisconsultos, ambos reunidos, pues para alcanzar la meta apetecida era necesario no solo conocer la materia legal sino saber ordenarla, y esto “no puede hacer quien por método lógico no sabe cómo se ha de disponer una doctrina con luz y claridad”⁴⁷.

El uso del vocablo en el lenguaje corriente puede, en fin, verificarse a través de algunos interesantes testimonios en los cuales se registra una postura de franco rechazo hacia la voz, ya en una actitud de abierto desafío a la sociedad, ya en señal de hastío por el uso abusivo que de la misma se hacía. Unas estrofas de Góngora ofrecen un temprano y expresivo testimonio de la primera clase, en el cual se hacía clara ostentación de ejercer un oficio desdeñando todo método:

Soy un Galeno Andaluz
Sangro al tiento y purgo al buelo
Sin tener methodo algun⁴⁸.

El segundo supuesto podemos constatarlo a través de lo que dice un personaje de *El delincuente honrado*, pieza teatral de Jovellanos. Don Simón, corregidor de Segovia, veía con amargura y desdén el mundo jurídico moderno y sobre todo le fastidiaba el influjo masivo de la literatura

⁴⁷ SIMÓN ABRIL, *Apuntamientos*, 299.

⁴⁸ ALEMANY Y SELFA, 642.

francesa, ante lo cual exclamaba: “¿No ves que sólo se trata de planes, métodos, ideas nuevas?... ¡Así anda ello!”⁴⁹. La resistencia gestada por el recurso abusivo al método, aparecía también expresada en una desafiante preferencia de Codorniú. Preocupado por el meollo de las cosas y en alusión a cierto descuido que en esto observaba, lanzaba su opción en favor de la “buena doctrina sin método, que el mejor método con depravada doctrina”⁵⁰.

La preocupación metódica latía también en otra voz difundida en la época: *arte*⁵¹. En 1611 Covarrubias la acogía en su *Tesoro* como toda cosa que se hace “con orden, razón y concierto”. Un siglo después, el Diccionario académico la definía como “la facultad que prescribe reglas y preceptos para hacer rectamente las cosas”. De ahí que se acuñara el proverbio “quien tiene arte, va por toda parte”. La mayor ostentación que alcanzó el vocablo fue en la denominación de libros, en los cuales se contenían esas reglas y preceptos⁵². En la esfera jurídica registramos ya tempranamente, en el siglo XVI, algunas obras que llevaban la voz en la portada, lo que es sugestivo en cuanto pueden establecer avances hacia una concepción sistemática del Derecho en determinados niveles. Volveremos sobre este aspecto al ocuparnos en particular de aquella evolución.

En otra dirección aparece el último de los vocablos mencionados, *regla*, pero siempre dentro de la idea sistemática. Es más, su significado asoma en relieve al punto que puede considerarse que dentro del sistema cumple función análoga a la que *caso* desempeña en la concepción casuista. En apoyo de esta afirmación recordemos la constante contraposición que aparecía en el recordado testimonio de Bermúdez de Pedraza, o en las palabras de Solórzano, para expresar las dos alternativas posibles en que se debatía todo planteo jurídico: atender al caso o a la regla.

⁴⁹ JOVELLANOS, *El delincuente*, 19.

⁵⁰ Cit. en PUY MUÑOZ, *El pensamiento*, 188.

⁵¹ Sobre su vinculación con el método, ANDRÉS, II, 273.

⁵² COVARRUBIAS, *Parte segunda del Tesoro*, 153; *Diccionario de la lengua castellana*, I, 422. Véase también, ZEVALLOS, *Arte real*, 19.

De indagar hacia atrás en el tiempo, encontramos en esta voz uno de los gérmenes de la idea sistemática, ya no con pretensión hegemónica, sino como un instrumento ordinario de la jurisprudencia. El jurista romano estimaba y usaba en su argumentación la regla, como lo demuestra el último título del Digesto, sin dejar por ello de huir de los peligros de una generalización abstracta. Bajo este influjo, civilistas y canonistas medievales se valieron también de ella, con las preocupaciones y limitaciones propias del pensar casuista⁵³. La jurisprudencia empleaba la voz tanto en el sentido de “axiomas y principios de las facultades”⁵⁴, como en el más restringido de disposiciones legales generales y estables. Bermúdez de Pedraza estimaba las reglas “porque con claridad y concisión explican nuestros conceptos, deleitan el entendimiento y no cargan la memoria”⁵⁵.

Fue en el siglo XVIII cuando la voz apareció fuertemente ligada con la línea sistemática. Ello se percibe no sólo en los reclamos de una codificación abarcadora sino en las modestas peticiones de que en determinada materia, ante ausencia o contradicción normativa, se establecieran reglas fijas o ciertas. Como la voz anterior, ayuda también este vocablo para determinar puntos de avance en la pretensión sistematizadora, dado que en toda regla se esconde su tendencia hacia la universalidad.

5. El sistema, una antigua idea romana

La idea de sistema se puede detectar ya en el antiguo Derecho romano, siempre que admitamos un sentido amplio de la misma, sin sujetarla a una mera elaboración formal⁵⁶. Aparece sólo de modo marginal, es decir en manifestaciones aisladas y en testimonios tardíos, pues según se ha visto el

⁵³ Véase el artículo “reglas de Droit” de Ch. Lefévre, en *NAZ*, V, 542-546.

⁵⁴ COVARRUBIAS, *Tesoro*, 900.

⁵⁵ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 117.

⁵⁶ Una reciente puesta al día de la cuestión en GAUDEMET, “Tentatives...”, 79-96.

meollo del Derecho civil clásico era casuista. Sin embargo, el descubrimiento de aquellos brotes aislados tiene trascendencia por la estimación y utilización que de los mismos se hicieron muchos siglos después, concretamente a partir del Humanismo. Cuando en este momento histórico empezaron a mostrarse los primeros aprestos sistemáticos modernos, la mirada se dirigió hacia el Derecho civil y hacia la antigüedad romana, en busca de esos muñones históricos que durante largas centurias habían sido prácticamente ignorados.

Como es sabido, durante el proceso de recepción del Derecho romano justinianeo y de desarrollo de la ciencia jurídica bajomedieval, no se sintió necesidad de alcanzar metas sistemáticas. No obstante, algunos autores han puntualizado la importancia que puede entreverse en el fenómeno de la recepción con relación a la elaboración conceptual del Derecho y a la génesis de la sistematización⁵⁷, lo que, a mi juicio, debe interpretarse como un lento movimiento de maduración que posibilitaría la nueva dirección humanista.

Encontramos en Roma una línea sistemática en sentido estricto, con probable influencia de la filosofía griega, con los juristas Servio Sulpicio Rufo y Quinto Mucio Escévola, en el siglo I antes de Cristo, tendencia que también impulsó por entonces Cicerón. Esta corriente no tuvo influjo nítido sobre la jurisprudencia romana de la época⁵⁸. Sin embargo, en estos esfuerzos Coing encuentra “las raíces históricas de la naturaleza sistemática de nuestra jurisprudencia continental”⁵⁹.

En sentido amplio es posible vincular la idea de sistema a los diversos intentos de fijación del Derecho, considerando a ésta como toda reducción ordenada de fuentes jurídicas preexistentes a un cuerpo único que las sustituya⁶⁰.

⁵⁷ GÓMEZ ARBOLEYA, 61-62; ZULETA PUCEIRO, “Razón...”, 567.

⁵⁸ GARCÍA GARRIDO, *Casuismo*, 17-19.

⁵⁹ COING, *Historia y significado*, 28-29.

⁶⁰ GUZMÁN BRITO, *La fijación del Derecho*. Sobre este punto, véase del mismo autor, “El desarrollo de la idea...”, 99-126, con buen aparato bibliográfico.

Esta tendencia —salvo la temprana ley de las XII Tablas— se desarrolló vigorosamente a partir del siglo II de nuestra era con la aparición de fijaciones jurisprudenciales y legales, hasta culminar en el siglo VI con la de Justiniano. Surgió de esos esfuerzos el método compilatorio que tuvo larga vida en Occidente. Bien vale recordar —con características propias— a la primera gran fijación, el *Edictum Perpetuum*, y después a los denominados códigos compuestos por Gregorio y por Hermogeniano a fines del siglo III y el promulgado por Teodosio II en el año 438. Se percibe entonces la fuerza de una orientación legal que daría finalmente su sello a esa vía compilatoria. Sin embargo, las fijaciones jurisprudenciales sirvieron también para mantener la fuerza de este modo de creación jurídica. Ejemplo de ellas fueron las obras de Paulo y Ulpiano.

Todos estos esfuerzos y vías culminaron dentro de la última gran fijación romana, llevada a cabo por el emperador Justiniano, que dio sanción a tres cuerpos de distinta procedencia: el *Código*, que continuaba la senda de las anteriores fijaciones legales; el *Digesto*, que recogía los fragmentos de la labor jurisprudencial de la época clásica, especialmente en su último período; y las *Institutas*, moldeadas sobre las de Gayo, redactada con fines didácticos, y en conexión con las corrientes sistemáticas del siglo I anterior a Cristo. Si bien en la compilación justiniana aparecían representadas estas tres expresiones distintas del Derecho romano, no cabe duda que sobre ellas se impuso un vigoroso criterio legalista, dado por el estilo empleado y por la sanción imperial recibida. Esta gran fijación, en general, descansaba sobre un fondo casuista, pero en sí misma indicaba una tendencia hacia la abstracción⁶¹.

Interesa destacar la importancia que, en punto al orden metódico, tuvieron el Código y las Institutas. El modelo del Código inspiró —junto con otros anteriores— el método de las recopilaciones legislativas, difundido en Europa y en el mundo hispano desde la Baja Edad Media hasta el mismo

⁶¹ PÓLAY, 105 ss.

siglo XIX. El modelo cristalizado en las Institutas, en cambio tuvo repercusión solo entre quienes a partir del siglo XVI empezaron a buscar una elaboración jurídica sistemática⁶². Si ambos modelos interesan en la perspectiva amplia de la ordenación sistemática, es el último un punto de referencia más concreto para penetrar ya —con un sentido moderno— en la idea estricta de sistema.

Esta obra recogía en sustancia la elaboración didáctica realizada, con el mismo nombre de Instituciones, por un jurista poco conocido que vivió en el siglo II de nuestra era en una provincia oriental del Imperio: Gayo. En su época no tuvo influjo sobre la labor jurisprudencial y, al recogerla, la compilación justiniana la hizo conocer a los juristas medievales y modernos.

Gayo ofrecía un sistema jurídico de tipo dialéctico. Presentaba el Derecho sobre la base de definiciones de conceptos y de particiones y divisiones de los mismos. Una vez finalizada, la elaboración aparecía como división que iba desde lo general a lo particular, pero en su construcción operaba a la inversa, es decir, dados los conceptos buscaba el género común que los uniformase o comprendiese⁶³.

La ordenación gayana constaba de una parte introductoria concerniente al Derecho en general y sus fuentes, luego otras sobre personas, cosas y acciones, distribuidas en cuatro libros. Los tres primeros comprendían la parte introductoria y lo relativo a personas y cosas, quedando el último dedicado a las acciones. Este tipo de construcción no fue frecuente ni atrajo a los juristas romanos. La división en géneros y especies como operación destinada a resolver problemas fue utilizada con anterioridad para decidir casos concretos, pero no para hacer elaboraciones más amplias e independientes del caso⁶⁴. Sin embargo, tuvo importancia fundamental a la hora en que los juristas modernos empezaron a introducir construcciones

⁶² Sobre esto, A. GUZMÁN, "Puntos de orientación...", 9-10.

⁶³ Guzmán, "Dialéctica", 30.

⁶⁴ Ídem, 18 ss.

sistemáticas en el ámbito del Derecho. Cuando el Humanismo mostró su preocupación metódica, el sistema dialéctico gayano pasó a convertirse en modelo de esos esfuerzos.

Coing percibe en la obra de Gayo una fusión del racionalismo y sistemática de los griegos con el empirismo romano. Gayo dio forma conceptual racional a elementos que habían tenido un largo desarrollo histórico, por lo que esta raíz sistemática queda limitada a “la elaboración de nuevas razones para las antiguas decisiones y no en el establecimiento de nuevas reglas”⁶⁵.

Por último, me parece de interés destacar una consideración que el propio Coing hace con relación a cierta tendencia a la abstracción que puede percibirse entre los romanos, sobre todo si se los compara con los juristas ingleses. Mientras éstos —dice— “como empíricos genuinos, dan la regla jurídica en el contexto total y dan todos los hechos del caso en el cual se originó aquella”, en cambio, los romanos —bajo el influjo de la filosofía griega— reducían desde el principio el caso a “los elementos esenciales jurídicos”, con prescindencia de las situaciones que lo formaban⁶⁶.

Así como en Roma se ubica la génesis del casuismo, también allí se observan los hilos sueltos de una tendencia hacia el sistema, en la cual buscaron primera inspiración los juristas modernos preocupados por una construcción sistemática. Contemplado a lo largo del tiempo, el legado romano era pues bifronte, en su expresión y riqueza.

Los juristas, si bien extrajeron de la Antigüedad ese saber estimulante, encontraron —al igual que les ocurría a los gramáticos con el latín, y todavía de forma más agravada— que esos hilos no tenían por sí consistencia y era preciso elaborar, partiendo de los mismos, un nuevo tejido. Esa tradición no era sólida y continua, como la del casuismo. El mayor esfuerzo recaía, pues, sobre la nueva composición del material jurídico.

⁶⁵ COING, *Historia y significado*, 30.

⁶⁶ Ídem, 29.

EL DESPLIEGUE DE LA IDEA DE SISTEMA EN LA SOCIEDAD

1. El desarrollo teórico del Derecho: del Humanismo a la Ilustración, a) Peculiaridades hispanas; b) El criterio de razón y las preocupaciones metódicas; c) Precisiones conceptuales y léxico propio; d) “Un metódico cuerpo de derecho...”. 2. El racionalismo. 3. Hacia un Dios-razón. 4. Racionalización y cálculo de la riqueza. 5. Lo racional en los dominios del arte y de la ciencia. 6. Nuevas estimaciones sociales: a) La crítica racional; b) El saber teórico; c) El ideal de unificación; d) Seguridad y certeza. 7. El perfil sistemático del aparato estatal.

Para una comprensión histórica integral del surgimiento y desarrollo de la idea de sistema en la esfera jurídica, es preciso acudir a distintos sectores de la sociedad a fin de constatar la existencia de análogas exteriorizaciones y, en su caso, determinar la interrelación causal. La densidad de la cuestión abordada no se agota con verificar alguna concatenación especial y directa, sino que exige —a mi juicio— el examen de la mayor cantidad de conexiones, aunque algunas puedan ser indirectas y discurrir por canales secundarios.

La necesidad de un punto de mira amplio en esta cuestión ha sido puntualizada por Coing al sostener que en los desarrollos sistemáticos dentro de la jurisprudencia se expresaron “las tendencias universales del espíritu del tiempo

científico”. Luego de particularizar la importancia de determinados hechos filosóficos y religiosos, concluye sosteniendo que “la investigación detallada de estas conexiones todavía está por efectuarse”¹.

Max Weber, en la misma búsqueda de las motivaciones que respaldaron a los esfuerzos sistemáticos, parece —y digo parece porque no estoy seguro sobre la certeza con que alcanzo a interpretar cierta ambigüedad en esta parte del texto weberiano— atribuirlo, por sobre los demás factores, al desenvolvimiento teórico del Derecho, fincándolo en los impulsos del pensamiento de los juristas y más tarde en la pujante burocracia de la Ilustración². Para llegar a esta opinión, fue decisivo en el pensador alemán la comparación entre la jurisprudencia europea continental y la inglesa, donde no se registró análogo fenómeno. Este punto de vista es, sin duda, sugerente y su planteo merecería ser atendido de un modo especial, lo que escapa a los objetivos del presente estudio. Pero lo que creo interpretar en Weber —y me importa destacar en el marco más circunscripto de mi labor— no es una negativa al influjo de otros factores, sino que “esas tendencias universales del espíritu” de que habla Coing, sólo actuaron sobre una tierra abonada, que era la jurisprudencia continental y no fructificaron en el otro campo, impermeable a la semilla sistemática. El desenvolvimiento teórico del Derecho actuaría así como causa determinante más próxima, pero los otros factores y estimaciones sociales coexistentes acompañaron e impulsaron —en vigor y tiempo distintos— ese despliegue renovador, al punto que sin la acción conjunta no se hubiese configurado la idea de sistema.

Es muy difícil establecer prioridades en esos influjos, así como también determinar hasta qué punto la maduración interna en la esfera del Derecho dio a la idea de sistema una cierta autonomía en su desenvolvimiento y permitió incluso

¹ COING, *Historia y significado*, 31-32.

² WEBER, I, 510, 634-636.

su irradiación hacia otras áreas. No hay que olvidar, al hacer esta consideración, el papel protagónico que en el mundo intelectual de entonces tenía la jurisprudencia, como disciplina dominante, y los juristas como hombres influyentes en la sociedad. Aquella dificultad se presenta de modo sustancial por la imposibilidad de arribar a un satisfactorio eslabonamiento de influencias, y se ofrece de manera conjetural dado el precario estado de la investigación en esta materia y las divergentes opiniones existentes al respecto.

Cuando Rafael Gibert se ocupa de la ciencia jurídica española del siglo XVIII establece como carácter saliente “la inspiración reformadora procedente de un campo distinto del derecho —de la filosofía, la política o la economía—”, sin ocultar “la fuerza conservadora que domina en el mundo jurídico”³. Esta imagen —en la que me permito incluir a la idea de sistema como integrando la corriente reformadora— presenta a esa jurisprudencia localizada en un espacio y tiempo determinado, renuente al cambio, y solo sacudida por estímulos exógenos al Derecho. No hay, en este caso, una estimación del propio desarrollo teórico, con lo que esa jurisprudencia aparece enteramente presionada por factores y estimaciones sociales, a los que habría entonces que prestar decisiva atención. La opinión de Gibert apunta también a un determinado momento histórico, aquel en que el pensamiento hispánico en general parece como más receptivo que creativo, y por lo tanto hace reflexionar sobre la posibilidad de un desenvolvimiento arrítmico de esa ciencia jurídica. Dicha opinión nos coloca frente a la tensión —siempre presente, pero más perceptible en una época que otra— entre los fenómenos de innovación y persistencia en la esfera del Derecho, con preeminencia entonces del último mencionado, dada esa fuerza conservadora dominante y la carencia de estímulos innovadores propios.

Me parece apresurado suponer que la idea de sistema

³ GIBERT, *Ciencia jurídica*, 20.

provenga exclusivamente del campo de la filosofía. Esta, al ordenar más claramente los principios cumple una función directiva en el pensamiento, pero a su vez recibe estímulos de la sociedad, que la empuja en una u otra dirección. Así el “sistema filosófico” del siglo XVII —punto de arranque para algunos de este proceso— está precedido por otras manifestaciones en diversos campos, entre ellos el jurídico. Tampoco aquel “sistema” fue ortodoxamente seguido en el Setecientos. Por lo demás, esa construcción filosófica no llegó pura a la esfera del Derecho.

De allí la importancia que tiene observar el despliegue de este fenómeno en la sociedad toda. Me inclino, en suma, por la plenitud de perspectivas, aunque no sea posible desarrollarlas de modo exhaustivo. A aquellas “tendencias universales del espíritu” enunciadas por Coing, agregaría los demás hechos sociales que convergen en esta materia, tales como la configuración del aparato estatal o el desenvolvimiento del poder económico. Es en esa comprensión histórica integral donde alcanza a percibirse que estas ideas modernas, que cuajan en el siglo XVIII, empezaron a desplazar al conjunto de *creencias* hasta entonces dominantes. Marías, con agudeza, ha señalado que aquellas ideas —entre las que cabe incluir la de sistema— adquirieron tal difusión y vigencia en dicha centuria que afectaron a la sociedad toda y hasta se convirtieron en *creencias*, lo que lo lleva a hablar del “uso credencial de las ideas” para referirse a quienes las recibieron sin examen intelectual⁴.

1. El desarrollo teórico del Derecho: del Humanismo a la Ilustración

La idea de sistema deviene como resultado de un significativo desenvolvimiento teórico del Derecho en el marco de un conjunto de factores y estimaciones sociales que favorecieron esa concreción. Ese desenvolvimiento

⁴ MARÍAS, “Ideas y creencias...”, 238.

se llevó a cabo a lo largo de tres siglos, desde el Humanismo renacentista hasta la Ilustración. Se trataba de un movimiento cultural europeo, con notas comunes y otras peculiares de cada país, que condujo finalmente a la codificación del Derecho⁵. Su punto de arranque sólo puede entenderse si se lo enlaza con el desenvolvimiento alcanzado por la jurisprudencia medieval, especialmente en relación a los temas que aquí nos preocupan⁶. Esto mismo ofrece un complicado cuadro de admisiones e influjos, donde los avances, retrasos y recepciones selectivas indican la peculiaridad de cada ordenamiento frente a los rasgos generales que sólo parcialmente los comprenden a todos.

En esta renovación de saberes —y no ruptura— en que se asentaba el Humanismo renacentista, el Derecho también despertó la atención y fue punto de partida de un desarrollo teórico, basado en el repositorio del saber clásico, pero —como todo movimiento de esta índole— aspirando a un avance progresivo. Una de las metas que tempranamente apareció en esta corriente fue precisamente la idea de sistema, aun cuando estuviese sin articular, y fuese planteada solo como una aspiración, que se iría desarrollando desde un mero esquema de orden hasta la configuración posterior de un sistema estricto, de carácter deductivo⁷. No hubo en esta marcha senderos llanos y lineales, sino caminos tortuosos, dado que los ensayos suelen operar sobre una práctica esquivada y no sobre modelos de gabinete.

Así la estructura sistemática fue durante mucho tiempo solo una aspiración, concretada primeramente en el ordenamiento exterior, pero mucho más trabajosamente llevada a una conexión interna. En este punto también se tropezó

⁵ Un ajustado panorama en GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, 53-90. También véase ZULETA PUCEIRO, *Paradigma*, 59-62.

⁶ Sobre esto, véase el amplio estudio de CARPINTERO, "El Derecho natural..." 203-271.

⁷ COING, *Historia y significado*, 32. También CAVANNA, *Storia*, I, 187-188.

con la resistencia del propio jurista a extremar su diseño en busca de una perfección metódica, cuyo valor era relativo dentro de una jurisprudencia penetrada del sentir casuista. Además, según advierte Francisco Carpintero, hay que ser cauteloso en atribuir a los juristas del “mos gallicus” el logro de la sistematización, pues algunos de sus principales exponentes, como Alciato, Zazio y Cujas, no se encaminaron por esa senda⁸.

En cambio, en este terreno fue mucho más decisiva por sus consecuencias —en los siglos XVIII y XIX— la consolidada versión centroeuropea del Derecho natural, que partía del llamado “estado de naturaleza”, en donde los hombres originariamente libres e iguales se unían por medio de un pacto o contrato para su gobierno y protección⁹. Esta teoría se abrió camino, más allá de sus contradicciones y de sus impugnadores, con el apoyo de factores que ya operaban en la realidad. No puede negarse su influjo sobre el mundo hispano, aunque fuesen todavía atenuados para la época que examinamos.

a) *Peculiaridades hispanas*

Para estudiar el desarrollo de esta idea en el mundo hispano —ámbito al que naturalmente me limito— se tropieza con algunas dificultades. Además de haber sido poco examinada la historia de la ciencia jurídica durante los siglos XVI y XVII en España¹⁰ e Indias, con respecto al siglo XVIII se asiste a un necesario proceso de revisión de historia de las ideas¹¹. Se hace preciso, a mi juicio, liberarnos de muy influyentes axiomas historiográficos, que en la materia que consideramos se orientan a dar prevalencia al despliegue teórico del Derecho en otros países europeos,

⁸ CARPINTERO, “Mos italicus...”, 151-152.

⁹ Véase al respecto el amplio desarrollo de CARPINTERO, *Una introducción...*, 23-82.

¹⁰ TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*, 307.

¹¹ FRANÇOIS LÓPEZ, “La historia de las ideas...”, 3-18.

como si nada de importancia ocurriese en el mundo hispano, como si peninsulares y americanos se hubiesen limitado a leer y recibir pasivamente esos escritos producidos fuera de su ámbito.

Frente a este enfoque debemos ofrecer otro maduro y equilibrado. Quien a mi juicio ha escrito las más sugerentes páginas acerca de Humanismo y Derecho en el mundo hispano es el historiador francés Jean Marc Pelorson. Sin embargo, su trabajo está sólo centrado en la España de Felipe III¹². No se trata por cierto de encontrar un Humanismo puro ni proclamado a los cuatro vientos, sino de verificar distintos caminos que nos permiten marcar una influencia amplia y difusa del mismo.

Así como en la España de los siglos XVI y XVII se produjo un llamativo esplendor de la ciencia jurídica en diversas direcciones¹³ —que se irradió hacia el resto de Europa—, la pérdida de ese espíritu —visible en el XVIII— llevó a una inversión moderada de la situación, cobrando mayores dimensiones el estímulo intelectual ajeno. Pero en todo caso se trató de una admisión selectiva y matizada de ese pensamiento europeo, sin desestimar la existencia de algunas corrientes vernáculas. En este sentido, las continuidades y los resurgimientos —como ha dicho Francois López— tienen importancia para un cabal conocimiento del siglo XVIII español. Dentro pues de un panorama de estudios aún poco firme, me veo obligado a desenvolver la cuestión central que nos ocupa, pero como se verá hay suficiente material que asegura un tratamiento atractivo y novedoso de la cuestión, y, es más, anticipa en algunos casos impulsos o esfuerzos cuyos puntos de partida hoy se tienen como extraños al pensamiento hispano.

¹² PELORSON, 321-365.

¹³ MOZOS, "Humanismo...", 281-316. Otro punto de vista en TOMÁS Y VALIENTE, "El pensamiento", 354 ss.

Desde el Renacimiento¹⁴ se acentuó una tendencia hacia la formalización escrita del Derecho legal, emanado de la voluntad del rey, y hacia la generalización uniforme del mismo. Es uno de los rasgos que perfilan el denominado Estado moderno¹⁵. Este proceso se cumplió sin abdicar del material jurídico romano, antes sirviéndose del mismo. Pero ese material resultaba insuficiente para atender las nuevas exigencias de los tiempos que se vivían, lo cual particularmente se dio con la conquista y colonización del Nuevo Mundo.

El despliegue legislativo trajo necesariamente presupuestos de ordenación que se fueron plasmando en compilaciones u otros cuerpos legales, en cuya elaboración se introdujo, por vía empírica, la idea sistematizadora. Recopiladores y arbitristas se ocuparon de ella, aun cuando la utilizaron principalmente como esquema de orden externo. Esta vía empírica no era la más apta para un refinamiento metódico del sistema, pero servía tanto de estímulo para el planteo teórico, como de campo de aplicación. No quedó por ello alterado el carácter casuista del Derecho castellano-indiano. Eran por entonces sólo fibras nuevas incorporadas al tejido jurídico, sin que pudiesen ser vistas en desaveniencia con la trama antigua, dado que el casuismo no desdeñaba un cierto orden expresivo. Solo al espectador ubicado varios siglos después le es posible distinguir aquellas fibras como un cambio en gestación.

Castilla e Indias tenían como cuerpo legal básico a las Partidas. Según Cavanna “su óptima factura técnica y su bondad sustancial” lo convirtió en “gran monumento legislativo¹⁶. Reunía armónicamente textos procedentes de los Derechos romano, canónico y local, de la jurisprudencia

¹⁴ Sobre el Renacimiento hispano en su relación con el europeo remito a los estudios de MARAVALL, recogidos en el tomo II de sus *Estudios de historia del pensamiento español*, en especial los cinco primeros. Véase también ELÍAS DE TEJADA, *Tratado...*, I, 246 ss. y II, 460 ss. Conforme COING, *Historia y significado*, 30-32.

¹⁵ Sobre esto MARAVALL, *Estado moderno...*, II, 405 ss.

¹⁶ CAVANNA, *Storia*, 421.

medieval y de las fuentes bíblicas y patrísticas. Era un orden del siglo XIII, muy avanzado para su tiempo. Ningún otro país continental europeo tenía un cuerpo legal análogo. Al ser romano por su contenido y real por su promulgación no atrajo, en el siglo XVIII, las críticas de quienes atacaban al Derecho romano, sino todo lo contrario. Aunque no era un código sistemático a la manera moderna, abarcaba con plenitud casi toda la materia jurídica, con un orden que satisfizo aun a muchos juristas de las últimas centurias, según veremos. Si todo esfuerzo de superación arranca de la necesidad de modificar la situación existente, Castilla e Indias gozaban de una mejor base legal que otros países del continente europeo y esto explicaría que los intentos de dar nuevo orden al Derecho no fuesen tan tempranamente sentidos en esa área como en otras que operaban directamente sobre el *Corpus Inris* u otras colecciones legales. No hay que olvidar, en fin, que las Partidas constituían una fuente del Derecho común, que era estimada en la cultura jurídica europea¹⁷.

En cuanto al Derecho indiano propiamente, ya consideramos los factores que ahondaron ese particularismo, tanto en su relación con el orden castellano, como en su vinculación interna entre reinos y provincias. Así pudimos marcar una progresión del casuismo. Ahora bien, si observamos con detenimiento la evolución de la legislación, se aprecian —sobre todo a partir de la década de 1560— síntomas de un notorio proceso de organización política, de asentamiento poblacional y de otras normas articuladas destinadas a regir la vida social. Tras estos intentos —con una inclinación sistemática— asoma la figura de don Juan de Ovando, de la cual me ocuparé en su oportunidad. Esta marcha hacia el sistema se hizo empero muy lenta, con ziczagues y retrocesos, cuando se trató de generalizar o uniformar soluciones jurídicas en diferentes reinos y provincias.

¹⁷ *Ibidem*.

El desarrollo y alcance de la Teología era otro de los rasgos salientes, que diferenciaba al Derecho castellano-indiano del vigente en los demás países europeos¹⁸. En su seno se desarrollaron las concepciones del Derecho natural, estimuladas por los problemas de su tiempo. La unión entre Teología y Derecho natural marcó a fuego el pensamiento jurídico especulativo hasta el siglo XVIII. Cuando en 1779 el jesuita mexicano José Mariano de Vallarín y Palma sostenía¹⁹ que la jurisprudencia en general y el Derecho natural en particular, no podían ser estudiados por hombres ignorantes de la Teología —o que la despreciaran— estaba reflejando un valor entendido propio del mundo hispano e incomprensible desde el ángulo europeo en general.

No hubo entonces reflexiones en torno al Derecho natural fuera de la Teología, como en cambio se iniciaron en otros países europeos, precisamente como una prolongación o desprendimiento del propio pensamiento teológico español. Como veremos, la teoría del Derecho natural fue uno de los puntos de apoyo que tuvo la idea de sistema en su desarrollo moderno.

A su vez, una rama de la Teología, la Moral —con la cual vinculamos el auge del casuismo— tuvo también en el ámbito hispano un desenvolvimiento y expansión desconocida en otras partes, estimulado por la idiosincrasia española, por la concepción del catolicismo y por la pluralidad de situaciones morales que asomaban en los tiempos modernos y particularmente en las tierras americanas. A todo ello cabría sumar la importancia que en la praxis mantuvo, en contraste con el mundo protestante, el Derecho canónico, de naturaleza acentuadamente casuista.

Estas peculiaridades hispanas —y algunas otras que veremos más adelante— muestran que no era su suelo por entonces terreno abonado para que aparecieran filósofos al

¹⁸ Conforme con este rasgo dominante, pero para sustentar un juicio opuesto, véase PESET, "Universidades...", 76-77.

¹⁹ GONZÁLEZ CASANOVA, *El misonismo...*, 161.

estilo de Pufendorf o Leibniz, o juristas del relieve teórico de Domat, por más que algunos adelantaran cuestiones que luego desenvolverían otros autores europeos. Esta ausencia de obras y juristas de tal fuste en suelo propio, provocó en el siglo XVIII una mayor atención hacia quienes en el amplio escenario continental habían desarrollado esfuerzos sistemáticos. En este punto es tópico común referirse a Pufendorf —a través de la versión francesa dieciochesca de Barbeyrac— y a Wolff, en cuanto prosiguió y difundió el pensamiento de Leibniz, quien en su *Nova methodus* (1667) apuntaba a reducir el Derecho a una unidad sistemática —ordenado el Derecho romano de tal modo de obtener principios simples de los que se extrayesen leyes no sujetas a excepciones²⁰—. Me parece mucho más concreto el influjo de Jean Domat, a través de su gran obra de diseño sistemático *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694)²¹. El carácter abstracto de aquellas líneas de pensamiento, unido a la heterodoxia religiosa de sus autores²², cedió rápidamente ante una obra práctica elaborada sobre el material jurídico romano dispuesto en un orden sistemático posible de imitar.

En efecto, Domat establecía un sistema a partir de dos primeras leyes: los hombres deben buscar y amar a Dios; y deben unirse y amarse entre sí. De allí, en forma deductiva, se desenvolvía un plan de sociedad, sencillo y pragmático, distinguiendo entre leyes naturales inmutables y leyes arbitrarias o mudables. Según Domat, la mayoría de las leyes naturales estaban en el *Corpus Iuris Civile*, y en cambio la mayoría de las arbitrarias se encontraban en el Derecho canónico y en las demás ordenanzas de los reinos²³. De tal modo su idea se concretaba en ordenamientos palpables y utilizados por los juristas, sin remontarse a principios especulativos.

²⁰ FASSO, II, 162.

²¹ Sobre estas líneas de pensamiento, véase TARELLO, *La ideología...*, 85 ss.

²² Acerca de Wolff en España, pueden verse las consideraciones de CLAVERO, "Revolución científica...", 49.

²³ Remito a GUZMÁN, "Razón escrita", 149-155.

La aparente rigidez del sistema se atemperaba al reconocer Domat la existencia de principios que no podían reducirse a reglas fijas y de eventuales casos no contemplados en las leyes, en donde actuaba “el arte de discernir la justicia y la equidad”. Estamos en presencia de un sistema abierto, pragmático, que encontró un grado de aceptación entre los juristas hispanos que es prematuro establecer —en atención a la falta de indagaciones al respecto²⁴— pero que a primera vista parece considerable, dada la circulación de la obra en lengua francesa, las traducciones castellanas y las invocaciones que de la misma se hicieron en aquel tiempo. Fue, sin duda, uno de los modelos sistemáticos en el mundo hispano de la segunda mitad del XVIII. Es esta línea una historia que corre paralela a la germánica, según Strömholm²⁵.

Como se verá más adelante, hubo otros autores y libros europeos influyentes, promovidos además de su calidad intrínseca y del apuntado vacío peninsular, por un clima favorable, extendido en toda la sociedad, que llevaba a admitir “todo lo que la curiosidad de afuera le propone”, como decía en 1700 un escritor, quien agregaba con sorna que “una cinta, como no sea fabricada en España, logra la estimación universal”²⁶.

b) *El criterio de razón y las preocupaciones metódicas.*

La idea de sistema en ese largo desarrollo estuvo emparentada con el desenvolvimiento alcanzado en la esfera jurídica por el criterio de razón y por la consolidación del Derecho natural, como disciplina propia del jurista. Son fenómenos que exceden el marco jurídico y las posibilidades de exposición en estas páginas, pero al menos es preciso hacer una sumaria referencia, sin la cual quedaría sin soportes visibles el desarrollo de aquella idea.

²⁴ RIAZA, “El Derecho romano...”, insinúa ya este influjo (pp. 7 y 15).

²⁵ En su breve ensayo, este autor le dedica sólo media página (p. 485).

²⁶ PORTOCARRERO, *Teatro*, 313-314.

El criterio de razón fue de más en más invocado y utilizado por los juristas, aunque raramente de modo absoluto en el pensamiento hispano. La razón era entendida no sólo en un sentido tradicional —como expresión de orden y medida— sino que se subrayaba otro perfil: la capacidad humana de comprender la naturaleza, de planificar la vida y la sociedad, y de dar una formulación integral al Derecho²⁷. La exaltación de la razón encontró, sobre todo en la segunda mitad del XVIII, clima más propicio en escritores de tan dispares posiciones como Castro, Hervás y Panduro²⁸, Pérez y López²⁹ y Meléndez Valdés³⁰, pero sin llegar a posturas extremas. Hubo para ello una doble causa general: en el pensamiento hispano se dio como rasgo constante en todo tiempo el cultivo de un empirismo peculiar³¹; y por otro lado, en el cuadro cultural europeo del XVIII las corrientes teóricas del empirismo estaban otra vez presentes, amortiguando la fuerza absolutista de la razón, procedente de la centuria anterior³².

En cuanto al criterio de autoridad —que era la alternativa derrotada por la razón—, su exclusión distó de ser total³³. La autoridad en materia religiosa —y por ende, teológica y canónica— fue respetada, a través de la invocación de textos y autores antiguos. A su vez, la autoridad de las leyes reales fue celosamente preservada en muchos de los postulantes de la razón, ya que coincidía con la época de mayor absolutismo político. Por fin, en la praxis la autoridad emergente de las antiguas leyes y de las opiniones de los autores, antes que desaparecer, siguió constituyendo parte sustancial del ordenamiento jurídico.

Pese a estos condicionamientos y recortes, progresiva-

²⁷ Véase MARAVALL, *Estado moderno*, I, 68-75.

²⁸ HERVÁS Y PANDURO, IV, 12.

²⁹ PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios*, p. XXXIV.

³⁰ MELÉNDEZ VALDÉS, *Discursos*, 249.

³¹ MINDAN MANERO, 431.

³² Véase CASSIRER, 21-23.

³³ Sobre el Derecho como “saber de autoridad”, ver MOZOS, “Humanismo...”, 285-286.

mente desde el Humanismo se fue registrando la penetración de nuevas ideas y conceptos en el razonamiento jurídico que los juristas extraían de la literatura, la historia, la filosofía³⁴. Se empezaron a utilizar las fuentes más libremente. Comenzaron a cobrar vida las teorías iusnaturalistas recluidas en los textos romanos y en otros autores antiguos y medievales, se fueron revalorizando libros clásicos —como la Instituta— y en fin, el Derecho común —romano y canónico— empezó a dejar de ser la fuente exclusiva del saber jurídico. Coetáneamente emergió el Derecho natural —con precedentes medievales³⁵—, como disciplina que se insertó en el universo jurídico, junto al Derecho civil y al Derecho canónico, aspirando a moldear y organizar la sociedad³⁶.

García-Gallo ha puesto de relieve la presencia de ese Derecho natural en los orígenes de la colonización americana³⁷, principalmente unido a la labor de los teólogos. Desde entonces, a través de una evolución creativa, fue consolidando su integración en el orbe jurídico, a través de las elaboraciones de teólogos, filósofos y juristas. Fue más nítidamente en el siglo XVIII cuando el Derecho natural penetró en la mentalidad de los juristas, hasta convertirse en materia de enseñanza universitaria en las escuelas jurídicas. Cuando se produjo esa incorporación, los juristas empezaron a ocuparse activamente del mismo, acaso porque entrevieron que —como decía entonces Pérez y López— “este orden de la naturaleza es el verdadero espíritu de las leyes”³⁸. Además, porque, como años antes había dicho Mayans, el Derecho natural tenía “la virtud de examinar las cuestiones jurídicas a la luz de la razón, separándose del criterio de autoridad y del casuismo del Derecho romano”³⁹.

³⁴ ELÍAS DE TEJADA, I, 475-476.

³⁵ CARPINTERO, “El Derecho natural...”.

³⁶ MOZOS, “El Derecho natural...”, 251-280.

³⁷ GARCÍA-GALLO, “El Derecho común...”, 147-166.

³⁸ PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios...*, p. XXXIV.

³⁹ ABELLÁN, *Historia*, III, 590.

Presente en la actividad cotidiana de los juristas, la invocación del Derecho natural aparecía en las cuestiones más inesperadas, como la planteada por un escritor a fines del XVIII. En pos de lograr que se permitiera a los abogados actuar en los pleitos del Consulado, justificaba la antigua prohibición existente con el argumento de que los abogados de otros tiempos se “habían alejado del estudio de la naturaleza y de las leyes”, lo que ya no ocurría. En dicho argumento anidaba la convicción de que esa disciplina, poseedora de un criterio racional, permitía superar el estado anterior, caracterizado por abogados trenzados en “disputas escolásticas y bárbaras, con las cuales oscurecían la verdad y envolvían en dudas, y tinieblas los principios y derechos más evidentes y notorios”⁴⁰. Como telón de fondo de este testimonio quedaba triunfante ese Derecho natural frente a la concepción casuista del Derecho común. Era aquél, como dice van Caenegem, el “noyau dur” del Derecho de la época, que guiaba la crítica hacia el ordenamiento existente y al mismo tiempo impedía que la sociedad quedase a la deriva⁴¹.

Es necesario avanzar algo más. Del ahondar en aquel razonamiento jurídico cada vez más libre y amplio, fue asomando una preocupación metodológica, tanto en lo que respecta a un esquema externo de la materia, como a un enlace interior de las normas. Esa preocupación tuvo diversos grados y matices. En buena parte se desarrolló dentro de una época en la cual dominaba la concepción casuista, sin entrar en conflicto con ésta. El jurista, que admitía una realidad imposible de reducir a una ordenación mental, sin embargo, recurría a ésta cada vez con mayor frecuencia para perfeccionar la enseñanza, para ordenar el cúmulo normativo, para hacer leyes más abarcadoras, o para fundamentar nuevas soluciones. En todas estas actitudes, el jurista —aun sin proponérselo— estaba apuntando hacia la idea de sistema, aunque distase de sustentar una actitud

⁴⁰ ZUAZO, fs. 157 v.-158.

⁴¹ CAENEGEM, 13.

ostensible en tal sentido y aunque su fruto fuese tan solo embrionario.

Según se ha visto en los capítulos correspondientes, durante la hegemonía del casuismo nadie hubiese creído en la posibilidad de que la mente humana intentase con éxito encerrar en un conjunto normativo, sistemático y pleno, todas las soluciones jurídicas aplicables a la infinidad de casos que se suscitan en la vida real. Pero el que se haya llegado en una época ya avanzada a vislumbrar esa idea —idea, al menos, de dudosa aplicabilidad— fue debido en parte considerable a ese constante esfuerzo que hicieron sin saberlo muchas generaciones de juristas desde el siglo XVI en adelante. La contribución castellano-indiana en esa dirección será apreciada cuando examinemos en concreto los diversos campos donde operaban los juristas.

Sentirse impactado por un método axiomático, geométrico o matemático —como ocurrió con nuestros juristas dieciochescos— es explicable en un mundo donde se sentían las fuertes voces de la filosofía racionalista proclamar su adhesión a esa novedad, y proponerse llevarlo a la práctica es comprensible en un mundo ávido de transformaciones; pero hacer del material jurídico existente una masa dúctil a tan profundo cambio, era ya un esfuerzo que escapaba a la mente más sagaz. Así es como en autores de finales del Setecientos que proclamaban la adopción del método geométrico, como Asso y de Manuel, y Dou y Bassóls, es posible detectar las inconsecuencias que ha destacado Bartolomé Clavero⁴². Para mí estas inconsecuencias se explican principalmente por causas naturales propias de la ansiedad por establecer nuevas pautas metodológicas y al mismo tiempo por la imposibilidad de reducir la pluralidad y diversidad del material a esos rígidos esquemas mentales.

Lo que me parece de mayor interés para el hilo de la exposición no es determinar la adopción de uno u otro método —por otra parte tarea muy compleja y de resultados

⁴² CLAVERO, “La disputa...”, 309 ss.

incierto— sino resaltar esa preocupación metodológica, incluso cuando era fruto tan solo de un esfuerzo empírico.

Son bien sabidas las dificultades por las cuales atravesaban los propios planteos teóricos. Cassirer señala que en las doctrinas iusnaturalistas europeas —desde Grocio a Leibniz y Pufendorf— se perciben esfuerzos por enlazar el Derecho con las matemáticas, con la aspiración de lograr “una sistemática jurídica en la que cada elemento se estructura en un todo y en que cada solución recibe su garantía y sanción del todo mismo”. Esta aspiración, si bien mantuvo su fuerza en el XVIII, entró luego en conflicto parcial con el espíritu empírico que se desarrolló bajo la Ilustración⁴³.

La jurisprudencia hispana del siglo XVIII se mostró abierta a los métodos propios de las elaboraciones más modernas. Pero frente al entusiasmo de algunos por adoptarlos, aunque no fuese más que de palabra, hubo otros que adujeron las dificultades que para ello se ofrecían. Así Piquer, al promediar la centuria, se mostraba conforme en que el método geométrico se aplicara cuando se tratase de materias en las cuales las definiciones, divisiones, axiomas y postulados conviniesen al asunto tratado, pero no en Metafísica, Teología y otras artes. De tal modo establecía que mientras para unas materias era adecuado el método geométrico, para otras lo era el escolástico⁴⁴. Otra opinión estimativa de las matemáticas en su orden era la de Peñalosa y Zúñiga, pero se oponía a que por ellas se pudiesen regir las ciencias humanas y divinas sujetando “todo principio divino, natural y político a la fuerza escrupulosa de la demostración”⁴⁵. En fin, aun en las aceptaciones, limitaciones, rechazos, era siempre dable advertir la fuerza de aquella preocupación metódica, base y estímulo del avance teórico de la jurisprudencia.

⁴³ CASSIRER, 264-276.

⁴⁴ PIQUER ARRUFAT, pp. XXIV y 214-218.

⁴⁵ PEÑALOSA Y ZÚÑIGA, I, 6-7.

c) *Precisiones conceptuales y léxico propio*

Una de las huellas que delata el progreso teórico del Derecho a lo largo de estas centurias es el uso más preciso de los conceptos y la formación de un léxico propio. Esta tendencia tuvo también su impulso con el Humanismo. No es ajena a dicha tendencia la búsqueda de la elegancia estilística y hasta la belleza literaria. De tal modo, se intentaba exponer más concreta y claramente la opinión sustentada o la voluntad encerrada en determinado negocio jurídico. La literatura castellano-indiana apuntaba claramente en esa dirección. Los juristas fueron asimilando e incorporando a su patrimonio intelectual algunos conceptos abstractos. En el siglo XVIII, los diccionarios lingüísticos y también los jurídicos especializados estimularon esta orientación⁴⁶.

En este orden me parece significativo —por la época y el nivel en que se exterioriza— el testimonio ofrecido por un formulario de escrituras publicado a mediados del XVII en Sevilla, con la vista puesta en las Indias. El autor, Tomás de Palomares, al presentar la obra observaba que con el transcurso del tiempo las fórmulas de los contratos se habían alterado, estando ahora “reducidos a estilo más ordenado, y con acuerdos, y atenciones más importantes para su validación, y firmeza, cediendo el uso antiguo a más sucintos, y compendiosos términos”. Y todavía agregaba que de los autores antiguos tomaba, eso sí, los principios y fundamentos sólidos, ya que “hoy dellos solo aprendemos a obrar, no a decir”⁴⁷. Esta insospechada manifestación, encerrada en una obra que atendía a la praxis, descarnada de toda intención teórica y hasta de todo propósito de elegancia literaria, me parece muy expresiva de la expansión adquirida por este progreso teórico del Derecho a través del lenguaje. Como

⁴⁶ Sobre esto, PUY MUÑOZ, *Las ideas...*, 140; BARRERO GARCÍA, “Los repertorios”, 311 ss.

⁴⁷ PALOMARES, “Al que leyere”.

bien lo sostenía Palomares, el objeto de ello estaba en el interés directo de los contratantes al establecer más precisamente cláusulas que favorezcan la validez y firmeza de esos acuerdos. Un examen comparativo sobre formularios o textos notariales de distintas épocas podría, sin duda, constatar la extensión de tan singular testimonio.

d) “*Un metódico cuerpo de derecho...*”

El despliegue teórico del Derecho desembocó desde mediados del siglo XVIII en la aspiración generalizada de redactar nuevos cuerpos normativos —ya entonces la denominación de códigos se imponía—, distintos a las recopilaciones vigentes, ya destinados al campo legislativo, ya dirigidos a las aulas universitarias, ya con ambos fines. En este movimiento asomaba un ideal ambicioso, que sólo se hacía posible por el desenvolvimiento de la jurisprudencia en las tres últimas centurias con la introducción del criterio de razón, con el afianzamiento del Derecho natural y con la constante preocupación metodológica. Recordemos entonces que ya en 1767 Juan Francisco de Castro estimulaba a formar “un metódico cuerpo de derecho que una en verdadero sistema todo el derecho español”. En 1808, cerrando el ciclo, Martínez Marina reiteraría esa aspiración de formar “un código legislativo, original, único, breve, metódico; un volumen comprensivo de nuestra constitución política, social y criminal”⁴⁸. Durante las cuatro décadas que separan a estas afirmaciones, repetidas voces enunciaron en España y América análogas pretensiones. Estaba en marcha la idea de la codificación racionalista. Si en busca de sus raíces podemos remontarnos casi hasta dos centurias atrás, ésta era la época de su maduración y preludio de su concreción. En su seno, se plasmaría la idea de sistema.

En otra obra me he ocupado de estos prolegómenos die-

⁴⁸ MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo...*, 439.

ciochescos de la codificación⁴⁹, por lo que a la misma me remito en cuanto a las expresiones más salientes de ese movimiento intelectual. Tan solo cabe recoger aquí los rasgos sustanciales de esa tendencia, que eran el legalismo, la generalización y la inquietud metódica. En efecto, descansaba sobre la fuerza excluyente de la ley, como fuente del Derecho; la pretensión de que los nuevos cuerpos abarcasen todas las situaciones jurídicas; la necesidad de la claridad y sencillez expositiva; y la existencia de un orden externo de materias que alcanzase cierta conexión interior, con utilización de definiciones, divisiones, reglas generales —de las cuales se descendiera a las particulares—, etc.

No se crea que estos rasgos quedaron reservados solo para las grandes obras legislativas, sino que aun en las más modestas empresas prácticas o locales se utilizaba un lenguaje que envolvía esos ideales. Cuando el regente de la Audiencia de Buenos Aires, Benito de la Mata Linares, redactaba una instrucción práctica destinada a los jueces legos, afirmaba que le había llevado a ello “la humanidad justa con el deseo del método y orden que es tan conducente para todo”⁵⁰.

Mejor muestra de una tendencia hacia la sistematización encontramos en la pluma del gobernador intendente de Potosí, don Francisco de Paula Sanz, al elevar el proyecto de Código Carolino de Pedro Vicente Cañete, sobre minería. Expresaba entonces dicho ministro el deseo de exponer “un plan particular, metódico, instructivo y racionado de toda la obra con declaración de todos los principios más esenciales del sistema y la separación conveniente de las ordenanzas nuevas que sirven de fundamentales, distinguiéndolas de las derivativas y de otras relativas a las leyes generales de nuestros Códigos nacionales, con explicación del espíritu y la razón de cada providencia”⁵¹. El lenguaje se inundaba de vocablos que apuntaban hacia la elaboración sistemática,

⁴⁹ TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación...*, 41-63.

⁵⁰ MARILUZ URQUIJO, “La instrucción circular”, 177.

⁵¹ MARTIRÉ, *El código...*, I, 95.

aunque luego la realización no se ajustara frecuentemente a esas figuras elaboradas en el papel y se impusiera un modo expositivo más ceñido a la materia regulada.

Aquel movimiento, sin desdeñar cierta veta innovadora proveniente de la razón⁵², hizo una constante estimación del material jurídico propio y más que nada bregó por que se le diese orden, claridad, generalidad, sencillez. El modelo de las Partidas era sugerido por algunos, y no precisamente por espíritus conservadores. Con todo su ímpetu renovador, Martínez Marina expresaba que había que “poner en ejecución” la idea legislativa de Alfonso el Sabio⁵³.

En todas estas expresiones rondaba la idea de sistema, aunque a veces no se registre el vocablo. El espíritu hispano no se caracterizaba por una desmedida afición hacia la abstracción, y de allí se explica que en la esfera jurídica las elaboraciones aparecieran más ceñidas a las cosas, a la materia existente, que a esquemas teóricos. Comparando el genio español con el romano, sostiene García-Gallo que “las construcciones de los juristas arrancaron siempre de problemas y situaciones reales y tendieron a resolverlos”⁵⁴.

Esta misma circunstancia explica que la construcción sistemática se orientase al tratamiento del material legislativo —y no del consuetudinario ni del jurisprudencial—, dada la fuerza que por entonces se asignaba a la voluntad del legislador y la mayor ductibilidad que ofrecía ese modo de creación del Derecho. No en balde un racionalista pertinaz, como Castro, sostenía que la ley encerraba en su seno a la razón⁵⁵.

Si el surgimiento de la idea de sistema cobró inusitado vigor en el despliegue teórico del Derecho, lo cierto es que una explicación plena de su aparición sólo se puede alcanzar aproximándose al estimulante contorno social.

⁵² MELÉNDEZ VALDÉS, 249.

⁵³ MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo*, 439.

⁵⁴ GARCÍA-GALLO, “El Derecho común...”, 150.

⁵⁵ CASTRO, *Discursos*, II, 117.

2. El racionalismo

Cualquier explicación del ámbito cultural y del mundo social en el período que transcurre entre el Renacimiento y la Ilustración debe empezar por ese vasto y heterogéneo movimiento de ideas englobado bajo la denominación de racionalismo. Así como vimos su activa presencia en el desenvolvimiento teórico del Derecho, su papel protagónico debe extenderse sobre los demás sectores de la sociedad. Supone esta noción una sobrestimación de la razón humana al punto de afirmar su dominio absoluto y supremo en todos los campos, aun el sobrenatural. El hombre, poseedor de la naturaleza —esa gran máquina movida por conexiones que se expresaban matemáticamente— sentía la posibilidad de conocer sus elementos, sus leyes, y de gobernarla. Las conexiones causales de esos fenómenos eran atendidas por la física, constituida en ciencia natural moderna. La explicación teológica o moral perdía terreno. Si bien Dios aparecía como creador de ese mundo natural, ya la mano divina no lo gobernaba. Asomaba entonces una actitud secularizadora consistente —no en desconocer el Dios creador— sino en poder explicar sin su intervención inmediata el desenvolvimiento de aquel mundo.

Esta facultad de conocer y ordenar se extendió a la sociedad. El racionalismo llevó, pues, a una organización de la vida humana conforme a la razón suprema, con prescindencia de creencias, textos, autoridades. El hombre se sentía apto para ordenar la sociedad con esquemas mentales. La razón, utilizada hasta entonces más como instrumento comprensivo y discursivo, pasó a ser utilizada como criterio activo para la organización de la sociedad.

El momento culminante de este proceso de predominio absoluto de la razón se suele ubicar en el campo de la filosofía a mediados del siglo XVII, con la obra de René Descartes⁵⁶, quien utilizó las matemáticas, más allá de su pro-

⁵⁶ Conforme STRÖMHOLM, 478-479.

vecho técnico, como instrumento cultural, dada la certeza y evidencia de sus razones. En nuestra materia es muy sugestiva su obrita *Reglas para la dirección del espíritu*, cuyo influjo en el campo jurídico ha destacado Coing⁵⁷. Redactada en 1628, publicada sólo en 1701, es representativa de la nueva mentalidad, por lo que vale detenerse brevemente en su contenido.

En estas *Reglas* Descartes sostenía, en suma, la necesidad de emitir juicios sólidos y verdaderos, que sólo podían darse sobre objetos conocidos de modo cierto e indudable, por intuición o deducción, a través de un método. Este, compuesto de demostraciones aritméticas y geométricas, era necesario para la investigación de la verdad de las cosas. Se procedía a reducir gradualmente “las proposiciones complicadas y oscuras a otras más simples”, para después intentar “ascender por los mismos grados desde la intuición de las más simples hasta el conocimiento de todas las demás”. Para completar la labor era preciso “recorrer en un movimiento continuo e ininterrumpido del pensamiento todas y cada una de las cosas que conciernen a nuestro propósito y abarcarlas en una enumeración suficiente y ordenada”. El espíritu que dominaba esta obrita se reflejaba en los esfuerzos sistemáticos de los juristas, sin que concretamente sepamos de su influjo efectivo.

La construcción de “sistemas filosóficos”, con riguroso método deductivo, en el que partiendo de “un ente supremo y de una certeza fundamental, máxima, intuible” la luz se expande “sobre todos los seres y saberes derivados”, es asunto que Cassirer ubica en el siglo XVII. Esta noción, apoyada en las matemáticas, se empezó a desdibujar en la siguiente centuria, al introducirse como elementos metódicos la experiencia y la observación de las ciencias naturales. Pero no se abandonó por entonces el espíritu sistemático, sino, por el contrario, se elaboraron sistemas conceptuales⁵⁸

⁵⁷ COING, “Trois formes...”, 539.

⁵⁸ CASSIRER, 21-23.

y, tal como se ha visto, el vocablo adquirió una sonoridad y expansión hasta entonces desconocidas.

La posibilidad de trasladar tal esquema al campo de la jurisprudencia es problemática, desde que no sabemos a ciencia cierta si sobre aquélla operó con más fuerza el modelo matemático o el empírico. Hay que tener en cuenta en este sentido que en la esfera jurídica, como en cualquier otra, no se adoptan de inmediato y de modo riguroso las ideas que imperan en la ciencia o en la filosofía de la época. La asimilación de esas ideas supone complicados mecanismos mentales y materiales. En estos procesos de acomodamiento se suelen desteñir las doctrinas científicas o filosóficas, y también se perciben diferencias cronológicas con relación a la vigencia temporal de las mismas.

Una caracterización general europea del racionalismo debe ser cuidadosamente adaptada al mundo hispánico, retocando perfiles demasiado agudos —como la sobrestimación de la razón humana y la prescindencia de Dios—, matizando los rigorismos metodológicos, y por sobre todo haciendo hincapié en su propio desarrollo, asunto en general poco atendido por los estudiosos. Así, por ejemplo, la mentada obra de Cassirer —tan valiosa, por cierto— finca su conocimiento principalmente en tres países —Alemania, Francia e Inglaterra—, omitiendo toda referencia a lo hispano.

Me propongo señalar algunas muestras significativas que se dieron en España, con influjo sobre ambos mundos y que, apuntando hacia la filosofía moderna, conciernen a nuestro tema. De las tres obras a considerar, la más saliente es *Disputationes metaphysicae* del jesuita Francisco Suárez. Su rasgo principal es haber abordado los problemas metafísicos con tratamiento sistemático, inaugurando una forma expositiva que alcanzaría vasta resonancia y penetración sobre el pensamiento filosófico moderno a través de las diecisiete ediciones de la obra que se imprimieron en las principales ciudades europeas entre 1597 y 1636. Como

dice Abellán, a través de esta filosofía la Escolástica lució como pensamiento moderno⁵⁹.

Recientemente revalorizada ha sido la obra de otro jesuita, Sebastián Izquierdo, quien en su *Pharus scientiarum*, editado en 1659, intentó presentar un arte universal del saber, destinado a ordenar metódicamente todas las ciencias. Su producción se ubica dentro del nuevo hacer filosófico en base a las matemáticas y es indudable su influjo sobre pensadores modernos, entre ellos Leibniz⁶⁰.

Cabe, por último, mencionar una obra que, anterior a las precedentes y circumscripta al ámbito teológico, posee un singular interés en el tema que nos ocupa. Es la que en 1563 publicó el dominico Melchor Cano con el título *De locis theologicis*. La materia que estudiaba le llevó naturalmente a dar mayor valor a los argumentos basados en la autoridad que a los fundados en la razón, por lo que quedaría excluido de la tendencia que estamos indagando. Pero el significado que aquí cabe destacar es que Cano hizo una crítica científica del valor de las fuentes del conocimiento teológico, y sobre todo estableció un orden racional de esas autoridades en un singular esfuerzo metódico⁶¹.

Estas muestras selectivas permiten apreciar la existencia en el mundo hispano de singulares esfuerzos teóricos que apuntaban hacia un saber y un filosofar sistemáticos. Creo que, en este sentido, cabe revisar ciertos juicios anteriores, como el de Rodríguez Aranda, quien en una obra dedicada al tema afirma que la razón tuvo un desenvolvimiento progresivo en la Teología de los siglos XVI y XVII, pero solo en el XVIII se alcanza a percibir como “facultad exclusivamente humana” y como capaz de organizar la sociedad⁶². Me parece necesario adelantar ese proceso, según el punto de mira del pensar especulativo, aunque tal vez pueda ser mantenido en cuanto a la mentalidad colectiva. En este

⁵⁹ Véase ABELLÁN, *Historia*, II, 606-632.

⁶⁰ Ídem, III, 255-262.

⁶¹ Ídem, II, 530-532.

⁶² RODRÍGUEZ ARANDA, 74-75 y 149.

sentido es posible que el empirismo vernáculo y la desconfianza hacia un razonar absoluto hayan actuado de poderosos frenos, retrasando su aceptación y en todo caso matizándolo, ya que en el siglo XVIII operaron también otras doctrinas que sirvieron de atenuantes, como el empirismo de Locke.

El racionalismo hispano se presenta así con buen desarrollo teórico, con interesantes muestras propias, que conoce y admite el filosofar cartesiano, pero recorta el alcance de la razón. La limitación era más pronunciada en las ciencias sagradas, donde la autoridad y la tradición continuaban predominando, como lo aceptaban incluso racionalistas avanzados. Este eclecticismo llevaba por un lado a la adopción del método matemático⁶³, pero por otro a mirar con buenos ojos el empírico, sin desdeñar enteramente el escolástico. Esta impureza metódica —más allá de los enunciados— se impuso con frecuencia en la praxis. También se percibe en el terreno jurídico.

La combinación, originada en la mezcla de vocablos y conceptos, alcanzó a veces curiosos efectos. Acudamos nuevamente a la pluma crítica de Juan Pablo Forner. Al referirse, en una de sus obras⁶⁴, a los libros de los grandes místicos españoles, Luis de Granada, Luis de León y Teresa de Jesús, sostenía que “en ellos no hay más que un sistema, que es el de amar las criaturas a su Hacedor, y amarse entre ellas entre sí”, contraponiéndolo a “los orgullosos sistemas de los filósofos”, que incurrieran en desvaríos cuando se apartaban de aquellos preceptos. Este curioso testimonio permite relacionar algunas cuestiones que juzgo de interés en la explicación de esa mezcla extraña de conceptos y vocablos.

En efecto, si partimos del concepto de que el místico prescinde de la razón, nos encontramos ante una rara combinación de elementos que permitían a Forner detectar “un

⁶³ Sobre la valoración de las matemáticas en el Renacimiento español, véase MARAVALL, “La fórmula...”, 102-103; y *Estado moderno*, I, 61-64.

⁶⁴ FORNER, *Exequias...*, 114.

sistema”, donde de raíz se desechaba la razón, fuente de todo esfuerzo sistemático. Esta contradicción podría ser suficiente para desechar tal juicio desde una mira rigurosa, pero me parece de mayor interés destacar el esfuerzo de Forner por dar rótulo de sistema al misticismo castellano del Quinientos y enfrentarlo ventajosamente a la elaboración de los filósofos más modernos. Para ello, rescata del espíritu de los místicos dos preceptos superiores del amar, colocándolos como cabeza del sistema. Es muy sugerente que esos preceptos fueran los mismos que Domat había adoptado para su sistema jurisprudencial un siglo atrás, los cuales tenían por entonces vasta difusión entre los españoles. En el juicio de Forner se entrecruzaban pues, de un lado, el recurso a la tradición castellana del XVI, de otro el apreciado uso del vocablo moderno *sistema*. Sus efectos acaso revelaban el respaldo de la idea de sistema en la propia tradición religiosa, separándola de la compañía de los más radicalizados filósofos modernos.

3. Hacia un Dios-razón

El racionalismo, en cuanto movimiento general con base filosófica, invadió también el terreno religioso. Como en otras áreas su avance fue muy lento, haciéndose ya notorio en el siglo XVIII. La sólida creencia en el alcance de la Providencia cristiana —sustento religioso del casuismo, según vimos— apareció ya erosionada en los siglos XVI y XVII por la aparición del concepto político de *Fortuna*, que en la interpretación maquiavelista de la historia se presentaba como una fuerza acentuadamente ciega e incomprensible, carente de racionalidad, opresora de los libres desiguales humanos, a la cual había que resistir⁶⁵. Según Gómez Arboleya, latía en este nuevo concepto de un lado la noción

⁶⁵ MARAVALL, *La teoría española*, 390-391.

de Providencia y de otro una visión desencantada y naturalista⁶⁶.

El mismo autor encuentra en el espíritu burgués —consolidado sobre todo desde el siglo XVI— un punto de partida para el alejamiento de la idea de Providencia, no de la creencia en Dios. Dicho espíritu pretendía con la razón ordenar su vida y especialmente la actividad económica, según principios susceptibles de cálculo⁶⁷.

De tal modo se abrió más fácilmente camino en la sociedad europea una concepción de la divinidad, basada en la razón humana y no en la Revelación. Surgía así una “religión natural”, en el sentido de religión racional. Dios no era más que la misma razón. Su gobierno era el gobierno de la razón, plasmado en principios y reglas generales. De acuerdo a esto, quedaba superada aquella concepción que la pluma de fray Luis de León immortalizó, según la cual el gobierno divino, modelo de regir perfecto, se dirigía a atender las necesidades de cada criatura. El Dios-personal aparecía sustituido por el Dios-razón. Era ésta la doctrina del Iluminismo, que tuvo aceptación y difusión entre un importante núcleo intelectual de la Ilustración europea⁶⁸, aunque no alcanzó a penetrar en las capas más profundas de la sociedad.

En el mundo hispánico, la sólida fe religiosa tradicional, la reelaboración del concepto de *Fortuna*⁶⁹ y la atenuación de los efectos del racionalismo, impidieron que se oscureciera la creencia en la *Providencia*, en el sentido de que Dios gobierna el mundo de modo mediato e inmediato, concepción, por otra parte, sustentada por la Iglesia católica. Esta actitud se puede observar aun en plumas de la Ilustración tardía. Sin embargo, la nueva doctrina despuntaba por algunos resquicios. Así cuando Juan Francisco de Castro —aquel de los *Discursos críticos*— en una obra

⁶⁶ GÓMEZ ARBOLEYA, *Historia*, 106.

⁶⁷ Ídem, 122-123 y 125.

⁶⁸ FASSO, II, 165 y 175; PUY, *El pensamiento*, 28.

⁶⁹ MARAVALL, *La teoría...*, 394-397.

posterior, *Dios y la Naturaleza*, trataba del Dios gobernante y providente, del cual todo dependía en el mundo —en consonancia con la creencia tradicional—, en su desenvolvimiento apuntaba más a un Dios como ordenador general, según un orden concebido que se mantiene por su voluntad, que a un Dios particularizado con cada hombre o cosa. Castro precisaba aún más este rasgo al señalar que “se dice Dios pródigo, porque nada en el Universo acontece por casualidad, sino según las leyes que determinó a todos los sucesos”⁷⁰.

El giro que se observa en esta postura —al igual que en otras que se registran en el pensamiento hispánico⁷¹— es pausado y conciliador, procurando incorporar los elementos nuevos a la antigua creencia sin desplantes espectaculares. ¿No se repetían aquí posturas ya advertidas en la esfera del Derecho?

4. Racionalización y cálculo de la riqueza

El racionalismo tuvo nítido influjo en lo económico. Maravall ha detectado su presencia al buscar las conexiones con el despliegue de las nuevas formas estatales. La nueva economía, de carácter dineraria —dice—, estaba vinculada a la formación de “todo un sistema general de racionalización y cálculo de la riqueza”⁷². Esa racionalización y cálculo aparecía básicamente en la actividad humana y podía percibirse en la burocracia, en los ejércitos, en materia mercantil o en otras actividades profesionales.

La economía monetaria constituyó, como es sabido, un factor decisivo en el desarrollo del mundo occidental a partir

⁷⁰ CASTRO, *Dios y la Naturaleza*, I, 245-249.

⁷¹ El providencialismo político es examinado en SÁNCHEZ AGESTA, *El pensamiento...*, 161-165.

⁷² MARAVALL, *Estado moderno*, II, 58 ss. desarrolla ampliamente el tema. En una perspectiva social más amplia véase GÓMEZ ARBOLEYA, *Historia*, 122-123 y 148 ss.

del siglo XVI. El dinero aparecía como “medio de representación abstracta de riqueza”, y provocó el surgimiento y expansión de los instrumentos de cambio y de crédito —como bancos, bolsas y letras de cambio— y el despliegue de instituciones mercantiles —como la sociedad y el seguro marítimo—. El dinero provocó una alteración que se expandió más allá del círculo de la economía, influyendo en la mentalidad colectiva, provocando una apetencia de enriquecimiento —con la búsqueda del lucro— y dando lugar a una movilidad de los estratos o grupos sociales.

La colonización americana fue un vasto campo donde, en un doble sentido, se manifestaron estas novedades. De una parte, como aplicación de las nuevas concepciones; y de otro, como estímulo para provocar el cambio en esta esfera. La presencia de la organización estatal y el afán de enriquecimiento individual dieron colorido propio a ese proceso, en donde “una plena economía monetaria comenzó a existir pronto en las ciudades más importantes, extendiéndose luego hasta las más remotas e incluso a muchas zonas rurales”⁷³.

No podría, a mi juicio, sostenerse que las nuevas formas económicas tuvieron una influencia directa sobre la reforma del Derecho, ni que éste obró sobre aquéllas de manera decisiva, tal como sí se percibe con los elementos estatales en relación al Derecho. Sin embargo, el factor económico se manifestaba, en una múltiple conexión con todos los demás⁷⁴, contribuyendo a apuntalar la denominada “mentalidad burguesa”, regida por ese espíritu de cálculo⁷⁵. Este espíritu empujaba hacia la formalización del Derecho, para darle certeza y seguridad, sin que ese impulso fuese excluyente ni necesariamente sistemático. El hecho comprobado de que no todo el Derecho occidental apuntara hacia la constitución de un sistema o de que el propio ordenamiento

⁷³ CÉSPEDES DEL CASTILLO, *América hispánica*, 128.

⁷⁴ Sobre esto, en la relación Estado-capitalismo, véase MARAVALL, *moderno*, II, 283. También WEBER, I, 650-651.

⁷⁵ Sobre este espíritu de cálculo, MARAVALL, *Estado moderno*, I, 59-69.

mercantil no acelerase esa dirección, constituyen interrogantes que muestran la complejidad de ese proceso, sin respuestas satisfactorias hasta ahora. Es de lamentar que la prescindencia que Braudel hizo del Derecho como fenómeno actuante en la vida social, no le permitiera ofrecernos en sus lúcidos enfoques de historia económica, algunas aproximaciones sugerentes al respecto. Es, en cambio, posible esperarlas de la nueva línea de apreciación institucional abierta por Douglas C. North.

5. Lo racional en los dominios del arte y de la ciencia

Piano Mortari establece que en la Estética de la época tuvo su origen el esfuerzo sistemático de los juristas humanistas, en pos de un saber simple, claro, armónico y bien organizado en su totalidad. El valor del concepto de proposición propio del artista del Renacimiento —agrega dicho autor— se proyectó en otros campos de la vida espiritual. Ello importaba la fijación de un punto ideal hacia el cual debían converger todos los elementos constitutivos de un cuadro o de un monumento arquitectónico, el dominio total del espacio en su conjunto, por el cual la figura venía a asumir una particular armonía de relación entre el todo y sus partes, inspirada en un sentido geométrico de la proporción. De manera análoga, en el terreno del pensamiento especulativo se daba la exigencia de organizar sistemáticamente el saber conceptual como un todo unitario, constituido de partes armónicamente conocidas entre sí⁷⁶.

Esta sugerente conexión entre Estética y Derecho en la época del Humanismo —establecida por Piano Mortari— puede completarse con la que ofrece Cassirer con relación a la penetración del racionalismo posterior en la esfera del Arte. Dicho autor puntualiza que el avance del espíritu cartesiano condujo a una teoría estética sistemática, que

⁷⁶ PIANO MORTARI, "Dialettica...", 235-236.

descansaba en la idea de que la naturaleza, en todas sus manifestaciones, se encontraba sometida a principios fijos, y así como había en ella leyes universales e inviolables, también las había del mismo tipo y dignidad para el Arte en cuanto “imitación de la naturaleza”. En la relación entre lo universal y lo particular, entre la regla y el caso en el orden artístico, Cassirer, acudiendo a la geometría cartesiana, sostiene que el tratamiento de cada caso particular se hallaba englobado dentro de reglas y métodos generales. Sin abandonar esta senda, durante el siglo XVIII la Estética recibió también los influjos empiristas propios de la centuria⁷⁷.

En el mundo hispánico, estas características generales, conjugadas con la mentalidad propia, se perciben en la sobresaliente figura de Ignacio de Luzán, que sometía el arte poético a principios y reglas. Para el teatro propuso la doctrina de las tres unidades —tiempo, lugar y acción— de modo que la imitación del suceso real “fingido” fuese reproducido tal cual era. Al fundar en “razones evidentes” y en autoridades los principios y reglas de la poesía, sostenía que quien escribe sin ellos “se expone a todos los yerros y desatinos imaginables: porque si bien la Poesía depende en gran parte del genio y numen; sin embargo, si éste no es arreglado, no podrá jamás producir cosa buena”⁷⁸. Como otros autores que postulaban novedades, Luzán —cuidadoso del mal recibimiento que por tales motivos pudiese tener en la sociedad— encubría sus propuestas bajo el manto de su antigüedad —que remontaba a Aristóteles— y de la general aprobación de las naciones cultas. Para reforzar el argumento agregaba que “todo lo que se funda en razón es tan antiguo como la razón misma”, con lo que combinaba criterios que muchos juzgaban como opuestos, aunque se sirvieran alternativamente de ambos. He aquí una nueva exteriorización de esta renovación pausada del pen-

⁷⁷ CASSIRER, 304-311, 316-317 y 327.

⁷⁸ LUZÁN, Prólogo y p. 6. Sobre este autor véase ABELLÁN, *Historia*, III, 646-656.

samiento hispano, esta vez asimilando la vigorosa presencia racional en el Arte⁷⁹.

Sin salimos de estos dominios, en campo vecino, una presencia análoga se registra en materia urbanística. La ciudad medieval aparecía a los ojos racionalistas como desigual, mal compuesta, desconcertante. Ellos no eran aptos para percibir la belleza en su simple crecimiento natural y orgánico. Frente a este tipo urbano se levantaba, presuntuoso, un nuevo planteo racional, que fue avanzando tímidamente en las viejas ciudades —a través de las plazas y plazas mayores— y más resueltamente en los nuevos núcleos urbanos, donde el orden adoptado fue el de la cuadrícula, geométrico y muy cartesiano⁸⁰.

Este último fenómeno fue particularmente temprano y rico en la colonización americana, donde se advierte un notorio adelanto con relación a otras partes. En este avance influyeron los precedentes teóricos y prácticos de la Baja Edad Media española, lo que hizo posible que el planteo racional asomara desde fines del siglo XV y se plasmara legislativamente en las ordenanzas de población indianas de 1573.

Desde los comienzos, se evidenció una preocupación para que las fundaciones en el Nuevo Mundo fuesen “ordenadas”, lo que se concretó en plantas reticulares que pautadamente se fueron repitiendo en los demás núcleos urbanos, salvo cuando por razones topográficas, como en Guanajuato o en Potosí, o por razones históricas, como en el Cuzco, se impuso la traza irregular. Afirma Rípodas Ardanaz que el gusto por esta disposición en damero fue exaltada en el siglo XVIII y que para criollos, peninsulares y extranjeros constituía un axioma que las plantas racionales de las ciudades indianas eran superiores a las mejores europeas⁸¹.

El ideal de belleza reposaba, más que en otras conside-

⁷⁹ GÓMEZ ARBOLEYA, *Historia*, 147.

⁸⁰ CHUECA GOITÍA, 28-29.

⁸¹ RÍPODAS ARDANAZ, “Las ciudades...”, 110-113.

raciones empíricas y subjetivas, en el orden y disposición de la ciudad, ya en su plano cuadrangular, ya en la ubicación de la plaza mayor y sus principales edificios civiles y eclesiásticos. De esta manera, el casuismo urbanístico, tan notorio en la traza medieval de la ciudad, dejaba paso a un sistema racional, con visos de universalidad, que desde entonces gozó de una hegemonía sin disputas.

El auge del racionalismo, con su espíritu sistemático, podemos percibirlo a fines del siglo XVIII en otros campos intelectuales, como la Historia y la Economía Política. Con relación a la primera acudamos al método que Juan Bautista Muñoz confesaba adoptar para la redacción de la historia del Nuevo Mundo: “Quiero ponerme —decía— en estado de duda metódica, observar prolijamente todos los particulares, hacer generales inducciones, cimentar principios sólidos y fecundos, de donde nazcan todas las proposiciones que constituyen un perfecto sistema”⁸². En esta curiosa mezcla de lenguaje cartesiano y empirista —muy propia de esas últimas décadas del Setecientos y de la formación de Muñoz en la filosofía moderna— alcanzamos a percibir la aspiración de elaborar “un perfecto sistema” con la paciente reunión de datos empíricos. Más allá de las posibilidades teóricas y prácticas de tal método historiográfico y de la convicción con que el autor lo sustentaba, me interesa apuntar que, otra vez, se advierte un entre- cruzamiento de métodos —fenómeno que va teniendo numerosos registros— y que también esa combinación era expuesta como descontando su aceptación en la sociedad.

La Economía Política era otro campo donde el racionalismo veía crecer sus vástagos. En 1791 Martín Fernández de Navarrete confiaba que “el espíritu geométrico de nuestra era, introduciendo el orden, la pureza, la precisión y exactitud, formaría de la Economía Política una ciencia de tan sólidos principios como las demás ciencias matemáticas”. En este intento el modelo más representativo era el

⁸² Cit. en ABELLÁN, *Historia*, III, 783.

libro de Adam Smith, *La riqueza de las naciones*, el que desde 1780 penetró en el mundo hispano⁸³.

La creciente expansión del racionalismo en todas las áreas de las ciencias humanas y aun su presencia en el espíritu religioso y en el gusto estético permiten, de un lado ampliar considerablemente aquel enfoque del racionalismo jurídico, y de otro observar que la dimensión del fenómeno actuaba coetáneamente en distintos sectores de la sociedad, con diferencias de tiempo y grado.

6. Nuevas estimaciones sociales

A la luz del racionalismo se empezaron a revisar criterios imperantes en la vida social. Me ocuparé de esbozar algunos, en los cuales asoman esfuerzos sistemáticos que pueden ayudar a la comprensión del profundo cambio. Así, la pujanza de la crítica racional, la ponderación del saber teórico, el ideal de unificación y la búsqueda de la certeza y seguridad. Sin darles carácter de factores determinantes, es posible afirmar el empuje que estas estimaciones dieron a la construcción de un orden sistemático.

a) *La crítica racional*

En toda época la insatisfacción ante determinado estado de la sociedad envuelve una crítica e impulsa una reforma. A partir del Renacimiento se desarrolló este perfil crítico orientado por la razón, pero fue sobre todo en el siglo XVIII cuando se acentuó de tal modo que algunos han denominado a esta centuria como “siglo de la crítica”⁸⁴.

En el mundo hispánico esta tendencia se reflejó con tal vigor que hacia 1760 el mismo vocablo *crítica*, rebasando el

⁸³ ELORZA, *La ideología...*, 165-167 y 194.

⁸⁴ CASSIRER, 304; HAZARD, 28-31. Véase también el “bosquejo de una historia del método crítico” que traza BLOCH, *Introducción*, cap. III (edición utilizada, 65 ss.).

cenáculo académico, se había incorporado al habla común. Precisamente en ese año aparecía un interesante ensayo sobre el género de la crítica y los críticos, en el cual se recogían valiosos datos sociales, tratando de orientar el súbito crecimiento del género. Su autor era Antonio Codorniu y el libro estaba sugestivamente dedicado al P. Feijoo.

Decía Codorniu que “la Razón... es el único hospedaje de la justa Crítica... La Razón es su alcázar, murado de invariable justicia, e insuperable al furor y astucia de las personas...”. Esta estrecha subordinación de la crítica a la razón ponía en tela de juicio el respeto a la autoridad y apoyaba el significado de la novedad, con lo que alteraba asentadas estimaciones colectivas. Con relación a la primera, Codorniu sostenía que debía venerarse a los doctores antiguos como sabios orientadores, pero no como dueños absolutos, ya que ellos “no escribieron para hombres ciegos”; y con respecto a la segunda, afirmaba que la novedad en sí no era mala desde el momento que alguna vez lo fue con relación a los autores que hoy consideramos antiguos. Desde luego que estas reflexiones iban dirigidas a quitar los temores de quienes “oyendo estas voces *Críticos* y *Crítica*, se espantan y conmueven, como si oyesen nombres de conjuro” al creer que eran invención de “modernos cavilosos” o de herejes.

Basándose en la necesidad y provecho de la crítica, proponía en suma admitir la que era justa y sana, desechar “la achacosa y claudicante” y desvanecer los temores que su propagación podía causar en la sociedad. Propagación ésta que llegaba en esos años a una vulgarización en el uso del vocablo que Codorniu comparaba a lo ocurrido con la voz sistema. No había en esto ninguna intención de relación conceptual, pero resulta sugestivo constatarlo en orden al parentesco que interesa apuntar entre ambos vocablos y a su difusión en el habla corriente⁸⁵.

Para la introducción del sistema resultaba necesaria una

⁸⁵ CODORNIU, 1, 15-17, 23-25, 135-136 y 206.

previa faz crítica, la cual se dio con fuerza y acidez en la jurisprudencia, según se ha visto. Pero esa característica solo pudo darse dentro de un clima social que, con aplauso y resistencia al mismo tiempo, aceptaba el valor de la crítica, incorporándola como elemento del tejido social.

b) *El saber teórico*

El empirismo fue rasgo sustancial del pensamiento hispano, entendiéndolo más como filosofía de vida que como teoría filosófica. Según Maravall, ese empirismo fue la causa de que no se desarrollara en España por entonces la ciencia construida por la teoría y de que, pese a ciertas notorias figuras que sirvieran de precedentes, en vez de un Descartes surgiese un Velázquez⁸⁶. No me propongo abordar ahora tan compleja cuestión —que aún espera indagaciones integrales— ni tampoco dilucidar el sustancioso dilema ciencia-experiencia. Sólo me interesa llamar la atención sobre el asunto en cuanto se relaciona con esta exposición.

Páginas atrás se ha constatado la valoración que del saber empírico se hacía en los siglos XVI y XVII. Esta comprobación no llevaba, de modo alguno, a menospreciar el conocimiento teórico. Considero que tanto aquella afirmación de Maravall como la verificación efectuada deben ser entendidas en el sentido de que el espíritu hispano sólo apreciaba la especulación en cuanto hallaba una directa relación con la vida del cuerpo y del alma. ¿No es acaso estrecha en este sentido aquella comparación que se ha hecho entre el emocionalismo y misticismo del catolicismo y el racionalismo del protestantismo?⁸⁷

Que la experiencia deba ir unida a la ciencia es punto clave del pensamiento hispano. La valoración de lo empírico encontraba precisamente sus límites en la necesidad de conjugarlo con la ciencia, para de este modo darle su plena

⁸⁶ MARAVALL, "Culturas periféricas...", 115 y 121.

⁸⁷ Véase ABELLÁN, *Historia*, I, 143.

estimación. Esta noción es la que encuentro bien reflejada en un escrito representativo del segundo tercio del XVII. Decía allí Antonio de León que la experiencia “maestra universal de las operaciones humanas... sin el conocimiento de los principios que declaran, los que con ella y la Ciencia se redujeron a la enseñanza de los Futuros, suele ser temeraria o inútil...”⁸⁸. Se percibe en esta expresión, junto con una gozosa exaltación de lo empírico, una concluyente negación de su utilidad si no iba acompañado del elemento científico, ya que de una y otra se extraían los principios orientadores del conocimiento de las cosas. Ni puro empirismo ni pura ciencia. La proximidad de uno y otro, la teoría ceñida a las cosas, las cosas elevadas a principios, era tal vez el meollo de este breve párrafo del recordado polígrafo indiano, al cual le asigno valor de pensar generalizado hacia ese momento histórico.

Ahora bien, este rasgo empirista se mantuvo en el siglo no sólo por la fuerza que tenía, sino también por el apoyo de algunas doctrinas europeas enfrentadas con el racionalismo matemático. Dentro de ese juego de corrientes encontradas asomaba, es cierto, una mayor apreciación por el saber teórico, que en casos aislados llegó a posponer a la propia experiencia. Mariluz Urquijo ha comprobado que en esta centuria se produjo en la burocracia indiana una clara preferencia por el conocimiento teórico sobre el saber adquirido en el gabinete, y, en un orden más general, una preocupación para que las ciencias y las artes se estudiaran por principios, en contraste con lo que había estado en boga en las centurias anteriores, pero sin que ello significase aversión hacia la experiencia. La Ilustración procuró integrar ambos saberes⁸⁹.

Se puede reforzar lo dicho con el aporte testimonial de una obrita de mediados del XVIII, cuyo autor ostentaba una conocida postura crítica ante el orden jurídico existente.

⁸⁸ LEÓN PINELO, *Epítome...*, dedicatoria al rey.

⁸⁹ MARILUZ URQUIJO, “El saber...”, 260 ss., donde se desarrolla la cuestión.

Bajo el título *La ciencia vindicada contra los plumistas* —tan expresivo para nosotros—, Mora y Jaraba se pronunciaba contra el papel decisivo que se les concedía a los escribientes de la Secretaría siendo legos, carentes de estudios universitarios y que solo conocían el arte de copiar expedientes. Ellos eran los encargados de redactar minutas de donde extractaban las conclusiones de las peticiones, memoriales o expedientes, que se llevaban a la decisión de los secretarios y del rey. De esta manera, la resolución se adoptaba sin conocimiento cabal de los fundamentos expuestos y a veces —decía— de las distintas cuestiones planteadas, que aquellos escribientes no habían alcanzado a percibir. Frente a esta situación, Mora sostenía que los oficiales de las secretarías deberían ser juristas y nada vulgares, tanto en las de Gobierno, Justicia, Hacienda y aun en las de Guerra y Marina. Su argumentación arreciaba aún más al referirse a la Secretaría del Despacho Universal de Indias. Dada la peculiaridad del gobierno indiano —sostenía— era más difícil su conocimiento y más raras las personas instruidas en las “leyes, costumbres y estado actual de las Indias”. En esta situación volvía a lucir su propuesta en favor de la ciencia, pues decía que en la ignorancia de legos y letrados, estos últimos los aventajaban porque poseían “los fundamentos sobre los que se han establecido las leyes indianas” y la noticia de las leyes españolas, en gran parte semejantes a aquéllas. Concluía entonces Mora sosteniendo que un oficial lego, que no había abierto la Recopilación, ni pudiese entender —aunque los leyera— los libros de Solórzano y León Pinelo, ni tampoco pudiese penetrar el singular Derecho canónico indiano, no estaba en condiciones de entender una consulta o cualquier expediente relativo a su gobierno⁹⁰.

Estimo que este testimonio sustancioso es representativo, si no de la generalidad, al menos de una corriente de pensamiento. La conocida postura crítica de Mora frente al

⁹⁰ MORA Y JARABA, *La ciencia*, fs. 295-315.

Derecho, aparecía vinculada con esta vindicación de la ciencia. Vindicación ésta que llegaba a provocar un desplazamiento de la experiencia, al punto que negaba al “plumista” toda posibilidad de valerse con provecho de textos legislativos o libros jurídicos, por su carencia de ciencia.

Dado que el sistema pertenece al ámbito de la elaboración teórica, su aparición y consenso social debía ser acompañado de un enaltecimiento de ese saber. Este enaltecimiento llevó a una separación entre teoría y práctica más pronunciada que en épocas anteriores. La jurisprudencia fue uno de los campos en donde esa separación se dio con más profundidad, con efectos que llegan hasta nuestros días.

Es preciso puntualizar que esta exaltación, sin embargo, estuvo lejos de desalojar a la experiencia de su pedestal y de disipar las prevenciones contra las elaboraciones abstractas. Por lo menos en relación al gobierno indiano se pueden alegar, para principios del XIX, juicios tan categóricos como el que asentaba Mata Linares en su arremetida contra la Constitución de Bayona, al peraltar la práctica gubernativa sobre la teoría misma⁹¹. ¿Seguía siendo Indias una peculiaridad dentro de lo hispano?

c) *El ideal de unificación*

El ideal de unificación es otro elemento que se puede detectar en el siglo XVIII con extendida fuerza intelectual, y acaso también social. Era principio orientador de los ilustrados, según Maravall. Contrastaba con el pensar barroco, el cual —según vimos— estimaba la diversidad⁹². Sin embargo, aquel ideal no era una creación del siglo. Lo respaldaba una antigua aspiración intelectual que se puede observar en algunos humanistas, como Vives⁹³, y en algunas

⁹¹ TAU ANZOÁTEGUI, “Las observaciones...”, 260.

⁹² Véase MARAVALL, *La cultura*, 378.

⁹³ ABELLÁN, *Historia*, II, 111 y 120.

tendencias unificadoras del Quinientos⁹⁴. Aquella aspiración alcanzó sustento teórico en el XVII, sobre todo en Francia con Descartes⁹⁵, según lo señala Cassirer. También entre los españoles esta dirección se vislumbra con Suárez e Izquierdo en sus intentos de unificar el saber.

Al pasar al siglo XVIII, dice Cassirer, esta tendencia se vio necesitada de hacer concesiones, pero conservó su médula, ya que no era posible concebir el orden racional y el dominio de lo dado sin su rigurosa unificación. Para conocer una multiplicidad es preciso “colocar sus miembros en una tal relación recíproca que, partiendo de un determinado punto, podamos proseguir según una regla constante y universal”⁹⁶. Fue en esta época cuando la idea se llevó a diversas áreas de la sociedad, entre ellas la jurisprudencia, en donde resultaba necesaria para plasmar la teoría de un sistema deductivo⁹⁷ y también para apuntalar la prédica de una legislación uniforme, de validez universal, prevista por la sabiduría del legislador.

Esta aspiración se desarrolló en cenáculos intelectuales, con cierta irradiación social. En el mundo hispano debió afrontar el duro choque con una mentalidad empírica, amante de la diversidad. Buen testimonio de ello ofrece aquella frase puesta en boca de don Simón, corregidor de Segovia, personaje de ficción de *El delincuente honrado*. En su caracterizada postura de desdén hacia las nuevas ideas provenientes de Francia, aquél exclamaba: “Todos estos modernos gritan: la razón, la humanidad, la naturaleza. Bueno andará el mundo cuando se haga caso de estas cosas”⁹⁸. Si bien esos vocablos pertenecían al pensamiento clásico, tal como aparecían en la frase, convertidos en universales, apuntaban a ese ideal de unidad contra la cual evidentemente se dirigía la sátira de don Simón. Podemos

⁹⁴ Lo destaca MARAVALL, *Estado moderno*, I, 65-67.

⁹⁵ DESCARTES, *Reglas*, 28-32 y 65-66.

⁹⁶ CASSIRER, 39-40.

⁹⁷ COING, *Historia y significado*, 22 y 33.

⁹⁸ JOVELLANOS, *El delincuente...*, 34.

imaginarnos a este personaje escandalizado ante la perspectiva de un mundo distinto al que conocía y apreciaba, que era precisamente un mundo ceñido a las cosas, que admitía una realidad plural y que rehusaba someterse a principios universales y abstractos. Frente a este cuadro, tan ajustado al sentido común, las propuestas modernas eran para don Simón ensoñaciones delirantes, pero formaban parte de esa realidad que él vivía. La sola presentación, en una pieza teatral, de esta opción lleva a constatar el carácter problemático de la cuestión en esa sociedad de fines del XVIII, con el consiguiente enfrentamiento entre la teoría y el sentir colectivo, que al menos parcialmente representaba este personaje entre bambalinas.

d) *Seguridad y certeza*

Las nociones de *seguridad y certeza*⁹⁹ constituyen otro ángulo desde el cual se puede observar el surgimiento de la idea de sistema y al propio tiempo la crítica a la concepción casuista hasta entonces dominante. Aquellas nociones son ambiguas para poder ser aplicadas unilateralmente en nuestro tema, ya que en cualquier sociedad es posible encontrar una estimación de las mismas, al menos en determinados sectores. Sólo me propongo en estos párrafos destacar un aspecto limitado, pero al mismo para completar el cuadro de estimaciones sociales que venimos examinando: la presencia de esas nociones, especialmente en el siglo XVIII, en apoyo del sistema que se postulaba y en rechazo del alicaído casuismo.

Maravall, con su habitual agudeza, ha llamado la atención —siguiendo en esto a otros autores— sobre la relevancia que la voz *seguridad* adquirió desde fines del siglo XV en la mentalidad burguesa, tanto en lo que puede considerarse como seguridad material y general del reino, como

⁹⁹ Un planteo general del tema puede verse en GUZMÁN, “La seguridad...”, 55-69.

en lo que atañe a la seguridad jurídica, referida a la formalización del Derecho¹⁰⁰. Coing ha puntualizado que esta última noción es, además, propia de la concepción sistemática, dado que una de las funciones del sistema es precisamente servir a “la seguridad jurídica” en razón de que “si hay un sistema completo se puede calcular cómo se tienen que decidir los casos concretos”. El afán por alcanzar esa predicción resulta, en cambio, secundaria en el empírico, en virtud de que su atención se dirige hacia el caso individual¹⁰¹.

A su vez Puy Muñoz detecta en la primera parte del Setecientos español la relevancia que tuvieron los valores y problemas que giraban en torno a la seguridad jurídica. Entre estos problemas, destaca la tendencia hacia la descongestión legal, la unificación y la lucha contra la interpretación¹⁰².

Advertimos así que el vocablo *seguridad* aparecía en la mentalidad colectiva como una aspiración del espíritu burgués¹⁰³, dentro de un amplio marco conceptual. Tenía al mismo tiempo una dirección jurídica específica, destinada a dar al ordenamiento un mayor grado de previsibilidad, de eficacia en su efectividad y de garantía respecto al individuo. Para alcanzar estos objetivos, se colocaba el acento en la racionalización de dicho orden a través de la ley como modo de creación, y del sistema como instrumento que posibilitase una normativa integral.

La exigencia de *certeza* se generó a partir de la anterior noción. Bajo una concepción casuista de la vida humana, la incertidumbre constituye un estado natural, que intelectualmente se dilucida a través de la cotidiana discusión de problemas. Esto lleva a Alejandro Guzmán a caracterizar los Derechos de juristas y de jueces como inclinados a la in-

¹⁰⁰ MARAVALL, *Estado moderno*, II, 215-225.

¹⁰¹ COING, *Historia y significado*, 24.

¹⁰² PUY MUÑOZ, *Las ideas...*, 78 ss.

¹⁰³ GÓMEZ ARBOLEYA, *Historia...*, 139.

seguridad y a la incerteza¹⁰⁴. Fue rasgo del Derecho común, vigente durante buena parte de los tiempos modernos. La exigencia de certeza apareció como uno de los síntomas de declinación de esa jurisprudencia¹⁰⁵. Fue agitada como bandera de una corriente crítica, dirigida especialmente contra la doctrina de los autores, pero en la cual también quedó involucrada la costumbre y la legislación casuista. Esta postura alcanzó su madurez intelectual con el avance del siglo XVIII. Aquella exigencia de certeza encontró su paradigma en la elaboración de un nuevo Derecho legal, bajo los supuestos de centralización y unidad de fuentes.

Una de las muestras más salientes del uso de estas nociones la encontramos en la tantas veces citada obra de Juan Francisco de Castro. Precisamente, uno de sus objetivos era poner en evidencia la incertidumbre del orden jurídico existente, atacando a todos sus componentes: los cuerpos legislativos, la costumbre, la doctrina de los autores y el arbitrio judicial. Como ya se ha visto —a propósito de la crítica al casuismo— para Castro “nada hay apenas cierto y seguro” en ese orden jurídico, ya que la cantidad de leyes, libros jurídicos y costumbres constituía en inextricable “este laberinto”¹⁰⁶. En fin, uno de sus discursos estaba destinado a demostrar “la incertidumbre e irracionalidad” que alimentaba a la costumbre. Para Castro, como buen racionalista ilustrado, la seguridad y la certeza jurídicas radicaba en el precepto legal inserto en un metódico cuerpo de Derecho. Se estaba acariciando el sueño de la codificación...

A medida que avanza el siglo XVIII se aprecia una estimación en alza de esas nociones. El creciente desarrollo del racionalismo, la presencia del cálculo como elemento necesario en la actividad cotidiana del hombre, las pretensiones unificadoras en expansión, abrigaron ese grado de estimación por la seguridad y la certeza en la sociedad.

¹⁰⁴ GUZMÁN, “La seguridad...”, 59.

¹⁰⁵ CAVANNA, 195.

¹⁰⁶ CASTRO, *Discursos*, I, pp. III-IV.

Estas nociones quedaron articuladas dentro de una idea racional y sistemática del Derecho. El jurista, confiado en ello, empezó a relegar de su esfera la técnica de los problemas, bajo la convicción de que con la elaboración de un Derecho legal sistemático se satisfacían las exigencias jurídicas de la sociedad.

7. El perfil sistemático del aparato estatal

En capítulo anterior examinamos la presencia de la concepción casuista en la formación y desarrollo de la Monarquía española. Esa era solo una cara de la cuestión, pues en la otra encontramos la tendencia que empujaba hacia la unificación y la sistematización.

Me propongo en estas páginas descubrir las raíces más delgadas y remotas del proceso sistematizador. No se olvide que la verificación de la idea de sistema no significa necesariamente su vigencia efectiva. Desde ya conviene anticipar que durante la época examinada fue más vigorosa la presencia potencial de la idea que su concreción. Las circunstancias favorecieron la persistencia del casuismo hasta la desintegración de la Monarquía. ¿Podría acaso sostenerse que ese casuismo obró como agente de retraso en la introducción del sistema?

Mirando la cuestión más allá de las apariencias, encontramos que ni ese casuismo fue una mera supervivencia antigua ni el sistema apareció como una forma nueva que tendía a sustituir aquél con talante exclusivista. Aunque se tratase en parte de una concepción heredada, el casuismo estatal indiano constituyó hasta cierto punto una novedad y el sistema, en sus comienzos, quedó encubierto por aquél. Solo la contemplación del proceso en su larga duración hace visibles esas raíces, así como también su paulatino crecimiento, sobre todo en el siglo XVIII.

Maravall —que ha escrito páginas certeras vinculadas a esta cuestión— destaca que entre los siglos XV y XVII se

formó lo que él denomina “Estado moderno”, constituido como “una gran empresa de poder” para “organizar y asegurar el gobierno sobre los hombres y sobre las cosas”¹⁰⁷, nacido tempranamente en Castilla dentro de un marco sociocultural y económico avanzado con relación a otros países europeos. Desde un principio —agrega— bajo una base absolutista en crecimiento se observa una tendencia racional hacia la unificación y homogeneidad, tendencia que era meta ideal solo alcanzable de modo parcial. Las peculiaridades de la Monarquía española —especialmente su considerable extensión y variedad—, en donde subsistían concepciones, instituciones y ordenamientos heredados, lo dificultaban aún más. En este amplio encuadre, Maravall explica el fenómeno del Descubrimiento por el desarrollo de una economía pre-capitalista y el despliegue de la política estatal.

Más allá del empleo de la controvertida expresión “Estado moderno”, interesa destacar la presencia de unos elementos nuevos y otros heredados que, en su conjunto, ofrecen unas formas políticas que fueron configurando lo que más adelante recibió ya propiamente el nombre de Estado. En ese examen, Maravall menciona a la reforma de la legislación y de la jurisprudencia como uno de los cuatro factores utilizados por ese “Estado moderno” para llevar a cabo su política¹⁰⁸.

La ley se constituyó entonces en el más poderoso medio de acción al servicio de ese aparato político. A medida que su expansión fue en crecimiento emergió una tendencia hacia la sistematización, con algunos avances importantes. A la luz de los ejemplos castellano-indianos que invoca, me parece algo apresurada la conclusión de Maravall en cuanto a los frutos obtenidos en esa dirección. Pero la idea estaba y su rescate por dicho autor conviene destacar. Así se pueden detectar perfiles sistemáticos —aun de manera embrionaria— en textos tan relevantes como las Ordenanzas del Consejo de 1571, las Ordenanzas de descubrimiento y po-

¹⁰⁷ MARAVALL, *Estado moderno*, II, 102.

¹⁰⁸ Ídem, I, 249-250.

blaciones de 1573 y el título de las descripciones, en los cuales tuvieron activa participación Juan de Ovando y Juan López de Velasco. Ello también se aprecia en la progresiva necesidad de adoptar un criterio ordenador de materias —gobierno, justicia, guerra y hacienda— para facilitar el despacho gubernativo¹⁰⁹, que ya asomó a fines de esta centuria¹¹⁰.

Al examinar la interrelación entre Estado y Derecho en la época mencionada, Maravall advierte que las nuevas formas estatales se impregnaron de juridicidad, especialmente a través de la burocracia —su órgano de sustentación— en la que actuaban de modo directivo los juristas. Sostiene que el Derecho es mucho más que un fin del Estado, es “la forma misma que reviste su actividad, en su raíz esencial”¹¹¹. Esta aseveración del distinguido historiador español coincide con lo que en capítulo anterior habíamos percibido a través de destacados testimonios de época, de los cuales surgía la actividad gubernativa imbuida de base y sentido jurídicos. Digo que coincide en razón de que Maravall —con una visión hispano-europea del problema— ha formulado su juicio sin conocer esos u otros testimonios indianos.

El mencionado autor también destaca que, desde otro ángulo, Estado y Derecho tendían a distinguirse. En efecto, en el desarrollo teórico del Derecho se acentuaba una tendencia a vigorizar ciertos institutos, especialmente el contrato y la propiedad, en torno a los cuales se constituía una verdadera fortaleza, como límite infranqueable para el poder estatal¹¹². Es precisamente en este terreno —que empieza a conocerse como Derecho privado, aunque frecuentemente se le denomina Derecho a secas— donde se realizaron tempranos y sólidos esfuerzos teóricos hacia la sistematización.

De tal modo, Maravall establece un certero enlace entre

¹⁰⁹ Esto lo ha destacado LALINDE ABADÍA, “El régimen...”, 220-221.

¹¹⁰ Real cédula de 15 de octubre de 1595 en PACHECO, 1ª s. t. XVIII, 279-280.

¹¹¹ MARAVALL, *Estado moderno*, II, 417.

¹¹² Ídem, I, 345-347. También GÓNGORA, *El Estado*, 303.

“Estado moderno” y tendencia sistemática del Derecho, en influjo recíproco, que me interesa destacar en este capítulo. El estudio de ese enlace en el autor citado no supera el siglo XVII, lo que pone de manifiesto el vigor con que esas raíces se desarrollaron, empujando hacia la uniformidad, la adopción de reglas generales y la sistematización. Estas manifestaciones, que hoy valoramos como posturas sistemáticas precursoras, se hallaban dentro de la estructura estatal de la Monarquía ya en sus comienzos casuistas en las Indias.

En el siglo XVIII, con la reforma de la administración central, puede situarse el inicio de una dirección racional y centralizada del poder, la cual al chocar con la variada y lejana realidad indiana, alcanzó logros solo parciales y tardíos, según lo revelan los estudios que se han realizado sobre esa reforma política en las provincias americanas.

Con relación concreta a la organización rioplatense, pero con vistas más amplias, Zorraquín Becú centra en la época de Carlos III el auge de una construcción racionalista del poder, en razón de “la concentración de la autoridad en los Secretarios del Monarca, la preferencia concedida a los problemas económicos y fiscales y sobre todo la superioridad otorgada a los organismos administrativos sobre las demás fuerzas sociales que existían en América”. Se afirma —dice— una tendencia a “la estatización del poder”, creándose una nueva y frondosa burocracia —que sitúa entre nosotros entre 1777 y 1785—. Considera que el régimen intendencial fue el eje de esta “nueva organización centralizada y estatista”¹¹³.

Sobre este eje, García-Gallo también coloca el acento, para destacar la iniciación de una nueva etapa¹¹⁴. Bajo la iniciativa del ministro Gálvez —expresa en otra ocasión— “el sistema se concibe como un todo racional, compuesto por órganos de gestión escalonados y en orden jerárqui-

¹¹³ ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política*, 249 y 251.

¹¹⁴ GARCÍA-GALLO, “Los principios rectores”, 347; y “El gobierno territorial”, 88.

co”¹¹⁵. En coincidencia, Edberto O. Acevedo enmarca el establecimiento de las intendencias dentro de un plan ideológico ilustrado y racionalista¹¹⁶, y Gisela Morazzani afirma que las intendencias se planifican como “un sistema integrado”¹¹⁷.

Bravo Lira ha enfatizado tanto la presencia, para entonces, de una administración centralizada, constituida por un complejo de oficinas —en sustitución del régimen de oficios—, con una tendencia a la uniformidad¹¹⁸, como la de una más nítida separación entre administración y judicatura, de la cual son exponentes las ya mencionadas Ordenanzas de Intendentes y la Instrucción de regentes¹¹⁹. En una misma dirección que los autores citados, Mariluz Urquijo ha puesto de relieve la introducción, en el último cuarto del XVIII, de la racionalización en la división del trabajo de los agentes de la administración¹²⁰.

La nueva situación fue exigiendo —en la teoría y en la práctica— una regulación legal más general y uniforme, como lo proponía Villaba en su escrito reformador de 1797¹²¹. Esto mismo se hizo visible en los trabajos que condujeron a la nueva Ordenanza General de Intendentes de 1803 —que fue dejada sin efecto—, la cual, según Sanz, aparece como “un régimen unitario” para todas las provincias indianas, en donde se advierte una expurgación “del casuismo de las anteriores leyes” y se ordena la literal observancia de su texto, revocando las leyes y costumbres opuestas¹²².

Nos encontramos, pues, ante una vigorosa tendencia racionalista y unificadora, tal como lo han destacado los principales estudiosos que han abordado la cuestión. Esta

¹¹⁵ GARCÍA-GALLO, “La evolución...”, 123.

¹¹⁶ ACEVEDO, “La reforma...”, 183 ss.

¹¹⁷ MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, 640.

¹¹⁸ BRAVO LIRA, “Oficio y oficinas”, 73-92.

¹¹⁹ BRAVO LIRA, “Judicatura...”, 64-75.

¹²⁰ MARILUZ URQUIJO, *Orígenes*, 34-36.

¹²¹ VILLABA, *Apuntes...*, 117.

¹²² SANZ, 170 ss.

tendencia culminó con los dos intentos constitucionales que se hicieron dentro de la Monarquía hispana, ya en plena crisis de desmembración: el de Bayona de 1808 y el de Cádiz de 1812, este último de fugaz vigencia pero con repercusión americana. Se buscaba una uniformidad y generalización legislativa en la creencia de que el poder podía y debía ejercerse a partir de un centro único.

La voz *sistema* alcanzó a convertirse en un tópico de inusitado valor en la mentalidad de la época, introduciéndose en el discurrir de ministros y escritores como una expresión bien sonante que daba fuerza expresiva al argumento. Como ocurre con estas voces que alcanzan temporario prestigio, también se la utilizó en el “contrabando ideológico”, es decir, para hacer pasar bajo su nombre una idea distinta o hasta contraria. Un curioso ejemplo de esta modalidad hallamos en un extenso escrito de don Antonio Porlier, Marqués de Bajamar, gobernador del Consejo de Indias, dirigido al rey en 1801 en oposición al régimen intendencial. Precisamente este régimen constituía para entonces el logro más apetecido de la concepción sistemática en punto a la organización política indiana. Pues bien, Porlier en su crítica a las intendencias, hacía una encendida defensa del antiguo gobierno americano considerándolo como un sistema acabado e insuperado. Es decir, haciendo una llamativa trasmutación de la voz, designaba con la misma a la forma gubernativa anterior. Veamos los pasajes salientes de tan curioso y sugerente testimonio.

Sostenía el gobernador del Consejo que los primitivos legisladores de Indias tuvieron puntos y reglas generales “para formar y organizar el bien concertado sistema de aquel gobierno, admirado de todas las naciones políticas, y acreditado hasta ahora pocos tiempos, de la constante experiencia de dos siglos y medio, en que ha sido observado puntualmente, conservando con él la Paz, la tranquilidad de los Pueblos y Vasallos allí establecidos, y la armonía y concierto de las potestades y jurisdicciones de que se compone”. Y agregaba de seguida:

“Pero a pesar de la oscuridad de los primeros tiempos de la conquista, y de la falta de experiencias, y menudas e individuales noticias, superaron aquellos Sabios Ministros, los obstáculos que se ofrecieron, penetrando con la luz de la razón, y profundas reflexiones lo que convenía mandar, para el logro del gran objeto de establecer un gobierno pacífico, subordinado al Soberano, y a la Metrópoli, y concatenado de tal suerte entre los Magistrados establecidos para la administración de Justicia, recaudación de intereses Reales, dotación de Ministros, tanto Eclesiásticos, como Seculares, culto divino, bien y comodidad de los Pueblos y sus moradores, para que de este enlace resultara la recíproca armonía de todos los puntos que deben componer un sabio gobierno, y un todo perfecto, y acabado, que a manera de un reloj diera movimiento a todas las ruedas de que se compone”.

Admitía Porlier que los tiempos y las circunstancias habían obligado a algunas modificaciones, pero —enfaticaba— “siempre se ha mirado con el mayor respeto el todo del Sistema político, y gubernativo, y se ha procurado conservarlo indemne, sin descantillar nada de los principios y fundamentos que se tuvieron al formarlo, y son como las columnas, que sostienen tan magnífico y sólido edificio”. Estas reflexiones —continuaba— debían conducir a no apartarse mucho del “Sistema del primitivo y fundamental gobierno de las Indias” en la determinación del expediente sobre nueva Ordenanza de Intendentes que se estaba tramitando¹²³.

Los extensos párrafos transcritos son muy elocuentes. Los repetidos usos de la voz *sistema* —hay otros más en el escrito— acompañados de adjetivos o conceptos elogiosos, no dejan lugar a dudas sobre el empleo intencional que hacía en un sentido contrario al que entonces solía utilizarse. Porlier —aparentemente amante del espíritu sistemático— aplicaba esas características a la antigua organización política

¹²³ Dictamen del Marqués de Bajamar, Gobernador del Consejo de Indias en el expediente sobre nueva Ordenanza de Intendentes. Madrid, 2 de diciembre de 1801 (AGI, Indiferente General, 886).

indiana, comparándola con un reloj. Se trataba, en su opinión, de un orden creado de modo racional, concatenado en sus elementos, con principios y fundamentos que hacían de columnas del sólido edificio, cuyas modificaciones no alteraron el conjunto.

¿Creía realmente el experimentado ministro y gobernador del Consejo en esta mudanza de conceptos o se trataba de un ardid para atacar el régimen intendencial? No sería fácil determinarlo, pero de cualquier modo no es necesario esclarecer este interrogante para verificar lo que parece decisivo en esta aportación. Ya sea una u otra la solución, lo cierto es que el marqués de Bajamar acudía al espíritu sistemático como inapreciable recurso para defender ante el rey un tipo de estructura gubernativa que sólo dialécticamente podía ser así bautizada. Al vestir al antiguo modelo, preferido suyo, con los atractivos ropajes nuevos, estaba dando otra prueba de la alta estimación de que gozaba la concepción sistemática y, en contrapunto, el desmedro en que había caído el casuismo. La defensa del antiguo régimen gubernativo sólo podía hacerse —según este testimonio— poniéndolo bajo el manto protector del “sistema”, aunque se cometiera —a sabiendas o no— una verdadera trasmutación ideológica.

Otro perfil sistemático no desdeñable —pese a que a primera vista parezca marginal— es lo relativo al interés que se le empezó a conceder a la ordenación de los papeles administrativos. Desde comienzos del siglo XVIII —aun cuando más nítidamente en la segunda mitad— se expresaron preocupaciones ordenadoras acerca de los papeles del Consejo de Indias, que diferían de la simple guarda y preservación antiguas. Ello llevó a considerar necesaria la creación de una plaza de archivero en las secretarías de Nueva España y del Perú. Ya en 1715 los secretarios del Consejo pedían oficiales específicos para que no solo arreglasen y compusieran los archivos, sino formasen “Índices

de negocios y expedientes con separación de Audiencias”¹²⁴.

Aparte del valor concedido a esa documentación para resolver mejor los asuntos que cotidianamente se planteaban, me parece interesante subrayar la necesidad de dar reglamentos o instrucciones más o menos minuciosos, ajustados a cierto método, para que esos papeles pudiesen servir a la finalidad apuntada. No hay duda de que en este despliegue influyó el rápido crecimiento de la documentación y de las oficinas, pero es ese rasgo ordenador el que me preocupa remarcar.

En esta materia también asomaba la peculiaridad indiana, pues a la hora de concretar el modo en que debía hacerse esa ordenación, si bien cabía aplicar el método general, propio de otras oficinas, de separar los legajos por años y clases, había que tener en cuenta que el Consejo de Indias “abraza en sí solo, universalmente, todos los negocios que separadamente se versan en cada uno de los demás”, de donde —se agregaba en una memoria anónima redactada hacia 1763— “nace que los Archivos de sus oficinas deben tener también otro distinto método en lo formal...”¹²⁵.

En fin, el empleo de la voz *método* —como también las de *plan* y *regla*— se hizo cada vez más frecuente en la documentación de la burocracia de la segunda mitad del XVIII para postular el buen orden de las oficinas, archivos, provisiones de plazas, despacho de asuntos, asignación de tareas, estado del erario, ingresos fiscales, etc. Dicho vocablo —como los otros mencionados— tenía, como ya es notorio, un inocultable espíritu sistemático.

El ideal de unificación también se hizo presente en el orden político, con vistas a establecer no sólo un centralismo funcional —a través de una nueva organización— sino para regir las tareas gubernativas por reglas generales, evitando la variedad o contradicción de providencias, pro-

¹²⁴ AGI, Indiferente General, 918.

¹²⁵ De esto da acabada imagen la documentación existente en AGI, Indiferente General, 831.

pías de la concepción casuista. Estimo necesario puntualizar el carácter más teórico que práctico del intento, pero de todas maneras no puede ignorarse su influjo en este último terreno.

Resulta adecuado recordar la reflexión que hacía Peñalosa y Zúñiga en la última década del siglo, a la vista de esa tendencia, distinguiendo entre la teoría de los escritores y la práctica de los gobernantes. Mientras aquéllos —decía— “presentan reglas inflexibles, deducen principios generales, no hay obstáculo que detenga la corriente de su juicio y de su pluma; pero los Jefes del gobierno siempre esclavos de las circunstancias imperiosas, se ven forzados las más de las veces, aun proponiéndose el sistema más perfecto, a pasar de una excepción a otra en el curso de la administración”¹²⁶.

La resistencia suscitada por ese ideal de unificación llevó al virrey novohispano Bucareli en 1774 —en postura contraria al establecimiento de las intendencias— a sostener que “la naturaleza de las provincias pide todavía distinto manejo que el de la metrópoli, y poco a poco es como debe irse ganando la uniformidad”¹²⁷. Años más tarde ministros del Consejo también expresaban sus opiniones contrarias. En 1809 Valente se pronunciaba contra las reformas gubernativas de 1787 y 1790. Sostenía que el pretexto había sido “uniformar el gobierno en todas las partes de la Monarquía; pero la naturaleza resistía esta uniformidad”¹²⁸.

La introducción del espíritu sistemático se hizo visible en la pretensión, cada vez más extendida, de sustituir la norma casuista por la regla general, tal como veremos detenidamente en el capítulo sexto. Por ahora, valga la muestra que encontramos en el decreto real de 7 de octubre de 1794, relativo a la forma en que debían despacharse los negocios de la Monarquía, en igualdad entre los de España e Indias. En esta instrucción rezumaba el aprecio por la regla general

¹²⁶ PEÑALOSA Y ZÚÑIGA, I, 456-457.

¹²⁷ REES JONES, “Aspectos...”, 253.

¹²⁸ AGI, Indiferente General, 831. Cita y glosa esta memoria BERNARD, 73-75.

y la uniformidad de las resoluciones, siendo el proveído particular una excepción que debía procurarse evitar. Se, resaltaba como pauta “el buen orden y sistema constante y uniforme que debe adoptarse en lo sucesivo para el despacho de los negocios de la Secretaría...”¹²⁹.

De tal modo, a través de un lento proceso, con avances y repliegues, se fue intentando sustituir aquel casuismo de los primeros tiempos por la construcción de un sistema estatal, compuesto por órganos y autoridades jerárquicamente distribuidos, y por un conjunto de reglas generales que ordenaran esa actividad. Los frutos obtenidos fueron escasos hasta el momento de desintegrarse la Monarquía española, pero la tendencia se manifestaba con vigor e influía sobre la sensibilidad colectiva. Para este empeño resultaba compañera inseparable la idea sistemática del Derecho.

¹²⁹ El texto impreso lo he consultado en AGI, Indiferente General, 924.

TERCERA PARTE

Cuatro campos operativos
del Casuismo y del Sistema

CAPÍTULO QUINTO

EL APRENDIZAJE DE LOS JURISTAS

Consideraciones generales. I. *La enseñanza del Derecho*. 1. Entre casos y principios en las aulas, a) El modelo jurídico salmantino, b) La aplicación del modelo en América, c) La reforma del siglo XVIII. 2. Pasantías y academias como preparación forense. II. *La idea de sistema en la crítica y renovación de la enseñanza*. 1. Los precursores, a) Pedro Simón Abril, b) Francisco Bermúdez de Pedraza. c) Juan Machado de Chaves. 2. Críticas y aspiraciones dieciochescas. 3. Las propuestas de Jovelanos y de Rodríguez de Mendoza. 4. Las “Conversaciones críticas e instructivas” de Pérez y López. 5. Modelos para renovar la didáctica jurídica, a) Las Institutas, todo un género literario, b) Las Partidas, el modelo hispano, c) Domat, autoridad influyente, d) El Derecho natural, disciplina pujante. III. *El jurisconsulto ideal*. 1. Imágenes del Barroco. 2. Imágenes de la Ilustración.

Consideraciones generales

Después de haber examinado las motivaciones de orden general que dieron sustento al despliegue del casuismo y los estímulos que abrieron sendas en el desarrollo de la idea sistemática, es necesario verificar cómo operaron ambos procesos en sectores vitales del tejido jurídico. La primera atención —expuesta en este capítulo— se dirige a la for-

mación intelectual de los cultivadores del Derecho en los decisivos años de aprendizaje.

Cabe preguntar si dicho aprendizaje preparaba juristas casuistas; si hubo dentro del ámbito universitario movimientos crítico-reformadores; y, en fin, si la instrucción ejerció influjo en el momento de producirse el cambio histórico. Para ello hay que tener en cuenta que si bien la enseñanza es muchas veces punto de partida de renovación, no se trata de una regla invariable. Con alguna frecuencia dicha renovación es estimulada por círculos ajenos al ámbito universitario, con influjo inmediato sobre la sociedad y sobre los mismos graduados y estudiantes, antes que los aires nuevos penetren en las aulas.

Aun cuando existe una abundante bibliografía histórica sobre las universidades en el mundo hispano, no es fácil encontrar en la misma respuestas concretas a estas cuestiones. De una parte, no suelen aparecer en la documentación oficial. De otra, las indagaciones realizadas han atendido casi exclusivamente a la organización externa, sin profundizar en los métodos de enseñanza, sin registrar los cambios que se fueron produciendo por debajo de la estructura formal, sin conectar la vida universitaria con el mundo intelectual y social en el cual estaba insertada, sin vincularla con las posibilidades profesionales de los egresados. Solo algunos pocos estudios han abierto esas nuevas vías de investigación, en espera de su desenvolvimiento.

De los cuatro campos comprendidos en nuestra indagación, es precisamente en éste donde se perciben los primeros esfuerzos sistemáticos¹. Las más tempranas reducciones del Derecho a un orden o sistema fueron promovidas con el fin de exponerlo, con mayor claridad, a quienes se iniciaban en su estudio. Las propuestas que, en tal sentido, se hicieron no encontraron fácil ni rápida acogida en las aulas.

Me ocuparé primero de la enseñanza jurídica organizada, procurando fijar los rasgos dominantes en cuanto a la ma-

¹ WEBER, I, 631; COING, *Historia*, 31; CARPINTERO, "Mos italicus...", 150 ss.

teria que venimos desarrollando durante todo el período examinado. Un tratamiento separado merece la presencia de la idea de sistema en la crítica y renovación de esa enseñanza. Por último, ofreceré algunas imágenes que el Barroco y la Ilustración proporcionan acerca del jurisconsulto, como resultado ideal de ese aprendizaje.

I. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

En una reciente investigación Kagan ha resaltado la fase de apogeo de las universidades castellanas en el siglo XVI, durante la cual se ofreció un modelo educativo a toda Europa, dando como nota destacada la formación de los letrados que actuaron como pilar fundamental de la Monarquía de los Austrias. Los estudiantes se inclinaron hacia el atractivo estudio del Derecho en tal proporción que las demás facultades quedaron disminuidas en la segunda mitad de la centuria. Los juristas fueron entonces mayoría en las universidades. Los graduados de Salamanca, Valladolid y, en menor medida, Alcalá de Henares, eran los más cotizados para ocupar las plazas importantes en el gobierno y en la administración de justicia. A esta etapa de esplendor siguió —sostiene el mismo autor— otra de estancamiento o de crecimiento mínimo, que se extendió desde las primeras décadas del siglo XVII hasta el último cuarto del XVIII².

² KAGAN, 139-145 y 266-280. Vincula este período decadente al declive económico, al fuerte descenso demográfico y a la atrofia de las ciudades mercantiles e industriales, producidos dentro de una crisis europea generalizada. La recuperación fue lenta, sin poder hacerse en las universidades los cambios que los nuevos tiempos exigían, los cuales tampoco se hicieron tan rápidamente en otros países europeos. La excesiva dedicación al estudio del Derecho con una enorme plétora de letrados con menores posibilidades de ubicación impidió contribuciones y avances en otras áreas del saber. Sólo a partir de 1772 aprecia Kagan signos de recuperación. Desde otro ángulo visual, Mariano Peset atribuye al dominio de la Teología y a la ausencia del Humanismo en las aulas de Derecho las graves limitaciones que sufrieron las universidades españolas desde mediados del siglo XVI. (Véase PESET, “Universidades...”, 76 ss. También J. L. y M. PESET, *Carlos IV*, 320 ss.).

La situación de los reinos indianos tiene su peculiaridad. Si bien la introducción de la educación superior fue resultado de ese esplendor castellano —recuérdese que las universidades de Lima y México se establecieron en 1551—, en realidad fue en la siguiente centuria —coincidiendo con el declive peninsular— cuando en otras regiones americanas se fundaron nuevas universidades, ritmo creativo que prosiguió en el siglo XVIII. A manera de indicación, puede señalarse que de los 32 intentos fundacionales que registra Rodríguez Cruz, siete corresponden al siglo XVI, trece al XVII y doce al XVIII hasta la emancipación.

Las universidades de México y Lima representan el trasplante del modelo salmantino al Nuevo Mundo. Constituyeron a su vez el prototipo de las restantes americanas, conservando una jerarquía superior por su ubicación en las sedes virreinales y por sus propios títulos. Así México o Lima en lo inmediato, Salamanca en lo mediato, inspiraron las nuevas creaciones. Estas fueron surgiendo ante la dificultad de los estudiantes para llegar a aquellas ciudades desde los más lejanos lugares del continente. Nacieron con cátedras y privilegios limitados, con facultades restringidas para graduar, etc., logrando algunas posteriormente más amplio reconocimiento. De momento, la falta de investigaciones como la de Kagan para Castilla³, impide abordar aspectos tales como el papel predominante de teólogos o juristas en estas universidades americanas. De cualquier manera, la presencia de letrados —ya canonistas, ya legislistas— debió ser considerable si tenemos en cuenta la existencia de estas facultades en la mayor parte de esos centros de enseñanza.

³ DÍAZ TRECHUELO en su lección *La vida universitaria* traza algunos presupuestos de esa investigación por realizar. De modo más amplio aparece enunciado en la obra *Universidades españolas (UEA)*, con algunos trabajos que vislumbran futuros programas de investigación en esa orientación.

1. Entre casos y principios en las aulas

a) *El modelo jurídico salmantino*

El modelo europeo de educación jurídica, de origen bajo-medieval, se asentaba sobre el estudio de los cuerpos del Derecho civil romano y del Derecho canónico, con particular aplicación del Digesto y del Código para el primero, y del Decreto y las Decretales para el segundo. Sobre estos textos y sus glosas se impartía la enseñanza. A partir del siglo XVI empezó a producirse en Europa la fragmentación de aquel modelo a raíz de las grandes mutaciones políticas y culturales —como la reforma protestante, el absolutismo de los reyes, el impulso humanista—, que llevaría a los Derechos romano y canónico a perder la exclusividad de que disfrutaban⁴. La fuerza de arrastre fue, sin embargo, muy poderosa en todas partes.

En el ámbito hispano hubo razones particulares para la subsistencia del modelo. La unión entre ambos Derechos se mantuvo —en contraste con lo ocurrido en los países protestantes—, lo mismo que el influjo teológico sobre la jurisprudencia⁵. El Humanismo se exteriorizó dentro de esos límites. El Derecho real tuvo presencia en las aulas a través de una vía accesoria: la ampliación o concordancia de textos. A estas circunstancias cabe agregar el estancamiento o decaimiento general experimentado por las universidades en Castilla al avanzar el siglo XVII.

El esquema pedagógico salmantino distinguía tres fases: la lectura de un texto consagrado; las dudas, dificultades o cuestiones que se planteaban en torno al mismo; y las conclusiones o sentencias⁶. Ello implicaba el estudio directo sobre los grandes cuerpos —el Digesto y el Código, de un lado, el Decreto y las Decretales, de otro— mediante la

⁴ CAVANNA, I, 370-371. Un panorama en COING, “L’insegnamento...”, 179 ss.

⁵ PELORSON, 43.

⁶ RODRÍGUEZ-SAN PEDRO, *La Universidad*, II, 309.

exégesis o comentario que de palabra hacía el profesor sobre cada pasaje⁷, ayudado y apoyado por los principales libros de doctrina. De tal modo, se introducía al estudiante en el manejo dialéctico y argumentativo de los cuerpos legales y autoridades doctrinarias, siguiendo en esto el estilo de enseñanza generalizado en todas las disciplinas.

Uno de los mejores testimonios descriptivos del aprendizaje es el ofrecido por Bermúdez de Pedraza en su *Arte legal* de 1612. El ángulo visual de este autor era pragmático y estaba insuflado de un espíritu moderadamente renovador, que lo llevaba a establecer algunos nuevos criterios. De esto me ocuparé más adelante, pues por ahora solo interesa su testimonio acerca de cómo se estudiaba el Derecho en Salamanca en aquella época, lo que resulta por extensión aplicable —en razonable hipótesis— a las universidades del Nuevo Mundo. Así lo considera Malagón Barceló en lo que respecta a México⁸.

De dicho testimonio surge que, junto a los cuerpos romano y canónico, el estudio —en las aulas y fuera de ellas— comprendía a las grandes obras jurisprudenciales. Concretamente Bermúdez enunciaba los libros que se utilizaban. A la cabeza de los civiles ubicaba a Bartolo y Baldo, indicando luego los más recomendables según fuesen para las leyes, las palabras, los cotejos o las comunes opiniones. Para el Derecho castellano, mencionaba las glosas de Gregorio López, los comentarios de Juan de Matienzo sobre el libro quinto de la Recopilación, y los de Antonio Gómez sobre las leyes de Toro. En cuanto a los autores canónicos, se inclinaba por el Abad Panormitano y por Felinus, lo mismo que por las Sumas de Azón y del Ostiense.

Si bien el estudio de la jurisprudencia empezaba con los Derechos canónico y civil, Bermúdez sugería agregar las Partidas y un vocabulario jurídico. Aconsejaba al joven que leyese, antes de concurrir al aula, las leyes o cánones “muy

⁷ GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 308; COING, *Historia*, 31.

⁸ MALAGÓN BARCELÓ, “Breve reseña...”, 221.

despacio, una, dos y tres veces, hasta entenderlas y ponerle el caso”, recurriendo a la glosa para su mejor comprensión y para ver allí los textos concordantes o los contrarios. Esto mismo —agregaba— lo había de repetir después de la lección, para comprobar si la conclusión del maestro era “ajustada a la sustancia del texto, y si los textos concordantes se inducen bien en su confirmación, si los argumentos se oponen bien a la conclusión, si los prueban los textos, en que se fundan, poniéndoles el caso, y haciendo contraposición della a la conclusión, para ver la similitud o disimilitud, que tiene con ella; que esto se llama inducción”⁹.

La enseñanza tenía, pues, por eje a determinados cuerpos de los Derechos civil y canónico, con la doctrina de los autores anexa, dando así relevancia a las opiniones comunes y no comunes. Esto se refuerza con otra afirmación del mismo Bermúdez: leer las leyes de la rúbrica correspondiente y ver los doctores ordinarios sobre el caso propuesto “es el verdadero estudio y el que hace letrados y no el estudiar por modernos y cartapacios”¹⁰.

La lectura se hacía en latín y según los Estatutos salmantinos de 1561, en la cátedra no se hablaba en romance “excepto refiriendo alguna ley del reino o poniendo ejemplos”¹¹.

En el aprendizaje salmantino de principios del siglo XVII aparecía dominante la jurisprudencia de los autores, con la sugestiva figuración del Derecho real, especialmente de las Partidas y de las leyes de Toro¹². Yendo a lo particular de las leyes, se introducía al estudiante en el conocimiento de los grandes *corpus* legales y jurisprudenciales para adiestrarlos en la consideración de los problemas y en la articulación de la argumentación. Como telón de fondo, aparecía el caso, ya hipotético, ya real. Este modo de aprender era una conse-

⁹ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 103-104.

¹⁰ Ídem, 124.

¹¹ RODRÍGUEZ-SAN PEDRO, *La Universidad*, II, 304.

¹² Anoto en este sentido que en el curioso “diario” de un novel estudiante salmantino aparece en 1568, entre sus primeras compras de libros indispensables, un ejemplar de las leyes de Toro (RODRÍGUEZ-SAN PEDRO, “Universidad moderna...”, 465 y 469).

cuencia directa de la arraigada creencia de que el Derecho consistía en hechos variables, imposibles de regir por reglas universales. La presencia del Humanismo y de un incipiente racionalismo, no había llegado a alterar aquella creencia y sus influjos en el terreno de la enseñanza se limitaban aún a aspectos secundarios.

Tanto Kagan como Rodríguez-San Pedro han sostenido la inmutabilidad del plan de estudios a través de los siglos XVII y XVIII hasta por lo menos las reformas Carolinas de 1771, dando para ello algunas razones de orden general. Para Kagan ello debe atribuirse, más que a una fuerza externa como la Inquisición o al supuesto aislamiento intelectual de España con respecto al resto de Europa, a “las ideas y aspiraciones de los propios profesores universitarios” dentro de un espíritu general de los tiempos que recibía de la innovación¹³. A su vez, Rodríguez-San Pedro señala enfáticamente la presencia de “fuertes inercias” tendientes a producir “el estancamiento de los planes de estudio”, entre las cuales señala: el respeto a los antiguos, como autoridades; el recelo hacia las novedades; el apego de la estructura universitaria a costumbres y tradiciones; el repliegue experimentado ante las manifestaciones de la modernidad; el control inquisitorial y la salvaguarda de la ortodoxia religiosa¹⁴. Ambas explicaciones tienen argumentos comunes, pero me parece más sobria la de Kagan, en cuanto permite hacerla extensiva fuera del mundo hispano —donde también se observa— y prolongarla a épocas en que ya no regían con igual fuerza algunas de las puntualizaciones del segundo autor citado.

De acuerdo a estas afirmaciones el esquema didáctico habría permanecido por largo tiempo, acompañando la prolongada inmutabilidad del programa universitario. Pero ¿y los matices? ¿y el estilo de las escuelas y maestros? ¿y la dinámica irrenunciable dada por el paso de las generacio-

¹³ KAGAN, 206.

¹⁴ RODRÍGUEZ-SAN PEDRO, *La Universidad*, II, 381-382.

nes? Cabría también preguntarse si hubo mutaciones en el contenido de cátedras que conservaban su antigua denominación. Si de esto queda poco en la memoria histórica, tal como hoy la conocemos, es difícil para un historiador aceptar períodos de tan larga inmovilidad. También lo es admitir que fuese tan pronunciada y permanente la fosa abierta entre el Derecho enseñado y el Derecho practicado¹⁵.

Cuando observamos en la Salamanca de principios del XVII que el Derecho real ocupaba un lugar en la enseñanza, nos asalta la duda sobre lo que ocurrió después, si atendemos a las reiteradas denuncias dieciochescas sobre la ausencia de las leyes del reino en las aulas. ¿Acaso se produjo una posterior involución hacia un romanismo excluyente? ¿Eran exageradas las críticas del XVIII, surgidas de algunas situaciones particulares? Por de pronto, falta un examen crítico del valioso testimonio de Bermúdez. Ayuda a la veracidad del documento el que se trate de una copia casi a la letra de lo expuesto por Diego del Espino en un opúsculo difundido décadas atrás y que también coincide con lo que explicaba Alonso de Villadiego en 1617¹⁶. En fin, cabe tener en cuenta que el propio se convirtió en un modelo del aprendizaje del jurista —como estudiante y pasante—. Circuló profusamente en el mundo hispano y llegó a suelo americano.

b) *La aplicación del modelo en América*

Sobre la instrucción jurídica en las provincias indianas aún conocemos poco. Desde la sugestiva tesis doctoral de Javier González Echenique, es escaso el adelanto que se ha hecho con relación al método y contenido de la enseñanza. No puede dudarse de la poderosa gravitación del modelo salmantino, pero bien sabemos que es común observar en el trasplante de las instituciones peninsulares en el Nuevo

¹⁵ Sobre esto, véanse las sugerentes páginas de PELORSON, 54-57 y 323.

¹⁶ véase PETIT, "Derecho común", 189; y PELORSON, 53.

Mundo un proceso de adaptación que asumió distintos grados. ¿Qué ocurrió en este sentido con la enseñanza jurídica? ¿El casuismo indiano tuvo influjo en las aulas? ¿Fue incorporada a la enseñanza la legislación y jurisprudencia indianas? Estos interrogantes no pueden ser satisfactoriamente contestados en el estado actual de la investigación.

Desde el comienzo se establecieron, en México, las facultades de cánones y leyes. En la primera las cátedras de Decretales y Decreto agregándose luego las de Sexto y de Clementinas. En leyes, las de Instituta y Código, agregándose luego la de prima, en donde se enseñaba el Digesto. La explicación del profesor se hacía sobre “el texto y la glosa” de algunos títulos de aquellos cuerpos. Esto mismo ocurría con la Instituta, es decir que se la utilizaba como un cuerpo legal más de donde se extraía material jurídico concreto, sin buscar en la misma —como acontecería después— un principio ordenador de los estudios.

En las constituciones de Pedro Farfán, en 1580, se dispuso, para las cátedras de cánones, leyes y teología, que la clase comprendiera el dictado del texto, su verdadero entendimiento, la dificultad de la glosa, con la disputa correspondiente y la resolución acerca de “cuál es la verdadera y común opinión y el principal texto y fundamento de ella, para que el oyente pueda hacer memoria y cultivar el ingenio y entendimiento...”¹⁷. El rol central que jugaba el caso en esta enseñanza aparecía nuevamente en oportunidad del examen de licenciatura: el aspirante, luego de explicar durante una hora sobre el punto asignado, en la segunda lección había de “poner el caso al texto” y “traer la razón de dudar y de decidir”¹⁸.

En Lima, la Universidad de San Marcos tuvo cátedras de prima y vísperas, tanto en leyes como en cánones y además otra de Institua, en las cuales se enseñaba —como en Sala-

¹⁷ MENDIETA Y NÚÑEZ, 70. Véanse también los textos que incluye MALAGÓN BARCELÓ, “Breve reseña”, 222-229.

¹⁸ RODRÍGUEZ CRUZ, I, 265.

manca y en México— los Derechos civil y canónico. Se aprecia también una estabilidad formal de esas cátedras durante toda la época hispánica. El contenido de la enseñanza fue recogido en un párrafo del *Alegato apologético* que en 1648 hizo Diego de León Pinelo. En las facultades de cánones y leyes —decía— “cada día se aumenta la gloriosa noticia del derecho con los cánones de los Concilios, los oráculos de los Pontífices, las sentencias de los Santos Padres, las respuestas de los antiguos jurisconsultos, los rescriptos de los Emperadores”¹⁹. El método no difería al universalizado por entonces. Bajo el modelo limeño, el rector Ahumada, de San Felipe de Santiago de Chile, establecía en un auto que el catedrático —y en su caso el estudiante— “de todas las materias opinables formase cuestiones, dedujese conclusión, la fundase, se opusiese argumentos y diese satisfacción de ellos”²⁰.

Las demás universidades siguieron los modelos novohispano y limeño, según su radio de influencia, sin dejar de tener presente el más lejano de Salamanca. En Bogotá, Guatemala, Charcas, Caracas, La Habana, Santo Domingo y Santiago de Chile se erigieron, además de las cátedras de prima y vísperas, en cánones y leyes, la de Instituita. Sugestivamente ésta fue en algunos lugares la primera o única que se estableció, en otros se lo hizo conjuntamente con la de prima de leyes. En el modelo europeo esta cátedra, antes del siglo XVIII, tuvo una jerarquía menor en el orden universitario, frente a las que enseñaban el Digesto o el Código²¹. Hay ciertos indicios para sostener que ello no siempre fue así en América²². Esta jerarquización que se daba a las cá-

¹⁹ Ídem, I, 219.

²⁰ GONZÁLEZ ECHENIQUE, 140.

²¹ GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 308.

²² Un curioso testimonio de fines del XVII señala que por entonces la cátedra de Instituita tenía en la Universidad de San Marcos mayor graduación que la de Código. Al advertirlo, el virrey Duque de la Palata revisó esa situación, ordenando dar primer lugar y más renta a la de Código, para que en todo tuviese prelación a la de Instituita, siguiendo en esto —según decía— el régimen de las universidades europeas (Relación del virrey del Perú, Duque de la Palata a su sucesor, 18 de diciembre de 1689, en HANKE, *Los virreyes... Perú*, VI, 63).

tedras de Instituta —como primera en el tiempo y aun en la gradación— es un hecho llamativo, en cuanto parece apartarse del patrón salmantino descrito por Bermúdez. Pero no tuvo, aparentemente, una trascendencia metodológica hasta ya avanzado el siglo XVIII²³.

La impresión firme que surge de lo visto es que la enseñanza estaba dirigida a adiestrar al estudiante en el conocimiento de textos legales y obras jurisprudenciales sobre el entendimiento de que el Derecho era el arte problemático de decidir los casos suscitados.

El tema del casuismo en la enseñanza debe necesariamente contemplarse más allá del área jurídica estricta, abarcando también los estudios de Teología, de tanta importancia en el mundo hispano y acaso particularmente en América. Según hemos visto, en dicha disciplina alcanzó fuerza creciente la corriente filosófico-moral conocida por *probabilismo*, especialmente desenvuelta por los jesuitas, que llevaría a la configuración de una moral casuista. Roberto Peña ha puntualizado, con respecto a la enseñanza en

²³ Probablemente se yuxtapusieron dos roles. El más antiguo, consistente en extraer simplemente de la misma algunas materias concretas, tal como se hacía con los demás cuerpos romanos. Hacia 1775 se tenía por ejemplo de oposición a dicha cátedra a un postulante que cumplió con lo que había prometido, consistente en “decir de memoria cualquier texto que se le preguntara de todo el Derecho canónico y de todo el civil: dar las razones de decidir y de dudar del texto propuesto: y argüir de repente contra cualquiera conclusión, que se le propusiera” (MENDIETA Y NÚÑEZ, 91). El otro rol, destinado a ganar adeptos progresivamente, era el que apreciaba en la Instituta una exposición del Derecho más llana y accesible para el principiante, que facilitaba el estudio posterior de los otros cuerpos romanos, vastos, complejos, carentes de elaboración racionalmente dispuesta (Sobre esto, PIANO MORTARI, “Considerazioni”, 286-288). Era, por ejemplo, el que proponía Bermúdez de Pedraza en su *Arte legal*. Paulatinamente este segundo rol se fue imponiendo, convirtiéndose la cátedra en una explicación elemental para los principiantes, con un sesgo sistemático aún poco perceptible. Este nuevo carácter anida en un adagio común que hacia mediados del Setecientos circulaba en Charcas: “el que lleva plata a España, aunque no haya saludado la Institua, vuelve garnacha” (RÍPODAS ARDANAZ, “Popularidad...”, 43). Incluso en la misma Charcas se llegaba a decir por entonces —en esas versiones populares que a veces exageran, en rara ocasión mienten— que el título de bachiller se lograba por “el solo estudio de los libros I y II de la Instituta con algún expositor” (RÍPODAS ARDANAZ, “Constituciones...”, 272). Posiblemente ya para entonces se estuviese en el tránsito hacia una verdadera valoración sistemática, siendo la cátedra el eje de la renovación. No es por cierto fácil separar ambas facetas, ni ello puede hacerse sólo en base a algunos testimonios favorables.

la Universidad de Córdoba, las “profundas implicaciones” que tuvo esa doctrina para alcanzar una interpretación justa y equitativa del Derecho positivo según las circunstancias del caso principalmente en los órdenes canónico y penal²⁴. Como el rol de los jesuitas en la dirección de las universidades americanas fue muy significativo hasta su expulsión en 1767, se trata de un aspecto que merece ser atentamente estudiado para establecer la relación efectiva entre la enseñanza de dicha doctrina y su aplicación jurídica, como también para determinar su eventual peculiaridad americana y hasta su probable prolongación más allá de la fecha indicada, a pesar del destierro que oficialmente se hizo de la misma.

c) *La reforma del siglo XVIII*

La reforma desplegada en la Europa del siglo XVIII, bajo el impulso del racionalismo, apuntaba de una parte a intensificar los estudios del Derecho nacional, en franco enfrentamiento político con el romano; y de otra parte, a sustituir la explicación tradicional sobre los textos legales y sus glosas por la exposición de los principios y sistema del Derecho, en base a nuevos criterios en vías de desarrollo. El cambio fue lento, a menudo las aspiraciones superaron largamente a la realidad, y en cada país esta renovación tuvo sus notas peculiares. Las universidades indianas siguieron al dechado español, en sus líneas fundamentales. Rasgo de la nueva época fue la permanente mutación que experimentaron, a partir del último cuarto del siglo XVIII, los planes y métodos de enseñanza, contrastando con la aparente inmovilidad anterior. Esta reforma en la Península se debió en gran parte a las presiones externas —más adelante estudiaremos el movimiento crítico que la empujaba—, pues en los claustros más renom-

²⁴ PEÑA, *Los sistemas*, 37-39.

brados —tales como Salamanca y Valladolid— encontró abierta o sorda resistencia, prestándose con mejor disposición al cambio algunas universidades, como Granada y Valencia²⁵. Me limitaré a esbozar las líneas directrices de esta transformación, en lo que aquí interesa.

Ya en el siglo XVI habían aparecido síntomas que progresivamente llevaron a una fragmentación de la unidad europea en materia de instrucción jurídica. Ello sólo se hizo manifiesto, avanzando la segunda mitad del XVII, en países o regiones que posiblemente tenían mayores estímulos para radicalizar la peculiaridad de su enseñanza, separándose del común patrón. Así ocurría en las universidades germánicas, donde las influencias luteranas o calvinistas habían reducido o suprimido el estudio del Derecho canónico; donde el influjo humanista había logrado romper tempranamente el orden del *Corpus Iuris*, dando lugar a cursos sectoriales de “materias”, como contratos, testamentos; donde se fue imponiendo luego un “uso moderno” del Derecho romano, de aplicación forense. En esta situación, a partir de 1694 y a lo largo de la primera mitad del XVIII se crearon en las facultades de jurisprudencia cátedras de Derecho natural. Sus influjos llegaron más tarde a Italia, España y Portugal²⁶.

Otra novedad que cabe apuntar fue la introducción del Derecho nacional en la enseñanza jurídica francesa a partir de 1679, con la declinación del romano, convertido en “ratio”; y la redimensión del canónico, bajo el influjo galicano. Esta reforma estaba en consonancia con la finalidad política del absolutismo monárquico y se dirigía a dar a los estudiantes una instrucción esencialmente forense, adecuada a las exigencias de los futuros magistrados judiciales y abogados²⁷.

²⁵ RIAZA, *El derecho romano*, 7-9. Para una visión general sobre las reformas de los planes en las Facultades de Leyes, ver ALVAREZ DE MORALES, 117-130.

²⁶ TARELLO, *La ideologie*, 86 ss.

²⁷ Ídem, 89.

Es precisamente en ese momento histórico —hacia finales del siglo XVII— donde Cavanna sitúa una verdadera y propia “revolución” en las aulas, con la aparición del iusnaturalismo y de la mentalidad racionalista, con modalidades y resultados diversos, según los países. Durante esa centuria —agrega— se percibe una tendencia a ubicar el Derecho, como objeto de estudio, dentro del orden natural de un sistema en el cual la materia, la categoría y la regla estaban concatenadas, según criterios racionales. El Derecho se presentaba en forma de regla abstracta, una deducida de otra y no en forma casuista. Entraba así, según Cavanna, en crisis el tradicional método de enseñanza²⁸.

La renovación de los estudios en el ámbito hispano estuvo vinculada a lo que ocurría en otros países europeos, sin dejar de ofrecer rasgos particulares. Estos aspectos se exteriorizaron a través de un intenso movimiento crítico-renovador que a lo largo del siglo XVIII preparó el cambio en las dos direcciones que he subrayado: la enseñanza del Derecho nacional en sustitución del romano; y la introducción de criterios sistemáticos en la preparación de los estudiantes. Durante unos decenios, que se prolongaron sobre los inicios del siglo XIX, se puede apreciar una estructura universitaria y un método de instrucción en plena evolución, imposible casi de fijar con precisión. Eso mismo es lo que subraya Arnaud para la Francia de la época en que se educaban los autores del *Code Civil*²⁹.

Según Mariano Peset, en España el Derecho romano se mantuvo con mayor fuerza que en Francia, retrasando la introducción del Derecho patrio. Por una parte, pesaba la fuerte tradición que continuaba apreciando el viejo saber. Por otra, la falta de altura intelectual en el estudio de las leyes reales. A todo esto, el núcleo central de la burocracia estatal no se veía afectado por la aplicación del Derecho romano³⁰.

²⁸ CAVANNA, I, 371. Véase también COING, “L’insegnamento...” 183 ss.

²⁹ ARNAUD, 51.

³⁰ PESET REIG, “Derecho romano...”, 325-329 y 338.

También dicho Derecho —pese a las corrientes críticas— mantuvo en América, durante el siglo XVIII, “su papel rector en lo relativo a la formación de los letrados y a la vida misma del ordenamiento jurídico”³¹.

Al mismo tiempo es patente la introducción de nuevos criterios en la enseñanza, bajo el pensamiento de la Ilustración, preocupado por que las ciencias y las artes se estudiases “por principios”³². Se empezó a abandonar el método de explicar sobre los textos legales para sustituirlo —según García-Gallo— por “la exposición de los principios y del sistema del Derecho”. Aunque ya la descripción parece avanzar sobre el siglo XIX, es interesante detenerse en la caracterización que este autor hace del nuevo régimen: “El análisis cede el lugar a la síntesis; la explicación se convierte en una disertación o conferencia; la alegación y discusión minuciosa de opiniones se sustituye por la exposición de la doctrina frecuentemente cristalizada —y a veces anquilosada— del profesor. Se pierde profundidad y erudición. Ahora abundan en la enseñanza —contrastando con los extensos tratados de siglos anteriores— libros en general breves que llevan los expresivos títulos de ‘Instituciones’, ‘Prolegómenos’, ‘Principios’ o ‘Elementos’”³³. Esta descripción es ilustrativa de la nueva situación y marca el destino final de la transformación que dejaremos inacabada a principios del siglo XIX.

El plan dado para Salamanca en 1771 estableció una transición, que también se extendió a las universidades indianas. Se dispuso que para obtener el grado de bachiller en Derecho civil, los dos primeros años se destinasen a los cuatro libros de la *Instituta*, usando el comentario de Vinnio, con las notas de Heinecio. Para complementar su estudio se acudía a las *Institutiones Hispanae* de Torres y Velasco. En tercer año se preveía el estudio del Digesto y en el cuarto, el

³¹ LEVAGGI, “Derecho indiano...”, 270.

³² MARILUZ URQUIJO, “El saber profesional...”, 260.

³³ GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 313.

Código, dando en cada caso los libros que se seguirían. Los tres años de la licenciatura se destinarían a la Nueva Recopilación y a las leyes de Toro³⁴. Quedaba separado el estudio del Derecho civil del canónico.

De este modo se introducía explícitamente en la enseñanza, de una parte el Derecho real, de otra un orden metódico encarnado en la Instituí, dándole buen espacio en la etapa formativa. Los libros que se incluían venían a sustituir el antiguo método de explicación. Con ellos entraban las nuevas corrientes europeas, a través de la obra del holandés Arnaldo Vinnio.

El plan establecido por Carlos III en 1776 para la Universidad de Granada avanzaba sobre el salmantino. Allí concurría gran parte de la juventud andaluza que, por entonces —época del ministro Gálvez—, era llamada a ocupar empleos de justicia en América. La estructura era de siete cursos. El primero comprendía la historia del derecho con los rudimentos del Derecho natural, romano, patrio, público universal y canónico; en segundo y tercero, se explicaban las Instituciones de Justiniano, concordadas con las leyes reales; el cuarto y quinto era para el Derecho canónico; el sexto dedicado al Derecho patrio y el séptimo al Derecho público universal. Entre los libros recomendados figuraban las *Institutiones* de Torres y Velasco y las más recientes de Asso y de Manuel.

Aunque la aplicación de este plan fue solo parcial, es interesante destacar que el nuevo criterio de enseñar por principios iba ganando terreno frente al casuista. Del Derecho romano quedaban solo las Instituciones justiniancas, desapareciendo los otrora relevantes Digesto y Código. Se incorporaban modernas disciplinas que llevaban en sí mismas un espíritu sistemático. Los textos recomendados apuntaban en esa dirección, con el agregado de que también se incluían los incisivos *Discursos críticos* de Juan Francisco de Castro. Bajo este clima se pretendió establecer una

³⁴ GONZÁLEZ ECHENIQUE, 40-41.

academia con el propósito de “estudiar sistematizadamente la legislación de Indias, cotejarla con la de Castilla para puntualizar sus concordancias y divergencias y revelar su razón y sentido”, auxiliándose de la historia³⁵.

La renovación se acentuó en los años siguientes con la enseñanza del Derecho natural y del Derecho público en algunas universidades peninsulares y con la difusión de cátedras dedicadas al Derecho real. También surgieron las academias teórico-prácticas y entre 1780 y 1794 funcionó la cátedra madrileña de Derecho natural y de gentes. No por esto desaparecieron materias y métodos hasta entonces dominantes. Antes que sustitución, hubo combinación de unos y otros. Pausadamente se fue imponiendo un espíritu sistemático en la planificación de la instrucción jurídica y en la utilización de libros de texto, iniciándose el reemplazo del régimen anterior.

La renovación llegó también a las universidades americanas. En las últimas décadas del XVIII se percibe ya la decisión de incorporar los estudios sobre el Derecho real en condiciones más dominantes³⁶ y de dar relieve a la Instituta desde el punto de vista sistemático. Ello lo podemos verificar en algunas nuevas creaciones, como Caracas y Córdoba. En el primer ejemplo, al establecerse la cátedra de Derecho real, se ponía énfasis en la enseñanza de la legislación castellana e indiana, acompañada de las doctrinas de los autores regnícolas, sin abandonar por ello las leyes romanas³⁷. En el segundo ejemplo, era la cátedra de Instituta la que inauguraba los nuevos estudios y servía de enseñanza básica, utilizándose los comentarios de Vinnio y haciéndose

³⁵ MARILUZ URQUIJO, "Una academia...", 83 ss.

³⁶ Por ejemplo, en 1780 al dar posesión de la cátedra de vísperas de Leyes de la Universidad de Lima a don José Baquijano y Carrillo se le encargaba precisamente de “acompañar en su enseñanza la del Derecho patrio” (TEN, 521).

³⁷ Esta pieza singular no pasó desapercibida a un inteligente coleccionista de papeles, como Benito de la Mata Linares, quien incorporó a su colección una copia del documento (En RAH, Colec. MATA LINARES, 120, fs. 157-178).

las concordancias con el Derecho real³⁸. La introducción de los modernos “libros de texto” no impedía que se siguiese prestando atención a los “casos o puntos jurídicos” y que se mantuviese el aprecio por autores clásicos de la época anterior, como Hevia Bolaños o Antonio Gómez.

Estos aires reformistas quedaron también plasmados en el conocido plan universitario esbozado por el Cabildo eclesiástico de Buenos Aires en 1771 —atribuido al canónigo Maziel—, en donde luego de enfatizar la necesidad de estudiar el Derecho real, tanto el castellano como el indiano, se justificaba la inclusión de una cátedra de Instituta, dado que su estudio —decía— “es necesario por tener recopilados y reducidos a método científico los principios generales de la ciencia legal”³⁹. Este sentido dado a la enseñanza de la Instituta ganaba adeptos también en otras partes. El rector Errázuriz, de la Universidad de San Felipe de Santiago, la consideraba en 1794 como “único puerto seguro para entrar al comercio del vasto piélago de la jurisprudencia teórica y práctica”⁴⁰.

La etapa de renovación se extendió mucho más allá del límite cronológico establecido para nuestro estudio. La utilización de un testimonio extemporáneo sirve para mostrar la persistencia de antiguos criterios, en unión con otros nuevos, en la enseñanza del Derecho hacia 1834. Me refiero a la manera en que Andrés Bello —uno de los sobresalientes codificadores del siglo XIX— enseñaba Derecho en clases

³⁸ Sobre esto, COCCA, 211 ss. Se ha sostenido que esta creación fue uno de los débiles indicios de penetración universitaria de la Ilustración —frenada en casi todo por las autoridades virreinales—, la cual se hizo siguiendo el modelo tradicional, sin introducir nuevas cátedras, como las de Derecho natural o de economía política (BALDÓ LACOMBA, 71-72 y 92-95). Por un lado se revela la presencia del Derecho real, por otro se advierte la persistencia del Derecho romano a través de la Instituta, aunque se hiciera la concordancia y aplicación con el Derecho castellano-indiano. En cuanto al método, la exégesis parecía imponerse en los comentarios de Antonio Gómez y en la propia enseñanza del catedrático Victoriano Rodríguez (LUQUE COLOMBRES, 61-63) a despecho del aire sistemático que ofrecía la Instituta en vez del Digesto. Este último dato no debe subestimarse como síntoma de una precoz orientación sistemática.

³⁹ JUAN M. GUTIÉRREZ, 257.

⁴⁰ GONZÁLEZ ECHENIQUE, 145-146.

particulares. Según el recuerdo de sus alumnos, el estilo tendía hacia una formación casuista. Exigía aprender de memoria las Instituciones de Justiniano, hacía manejar el Digesto, Código y Novelas, exponía precisa y concisamente el punto que se discutía, aclarándolo con la consulta de obras selectas, hacía planteamientos casuistas, y utilizaba la obra de Vinnio para la comprensión del texto. Su propósito era “habituarse a pensar y discurrir a sus alumnos dentro de una enseñanza vasta y comprensiva” dice Hanisch Espíndola⁴¹. Se trataba de un modo clásico de razonar —posiblemente fortalecido por su formación autodidacta de los años londinenses—, en el cual se insertaban trazos sistemáticos. En suma, una yuxtaposición de criterios destinada a formar mejor a los juristas.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pero las tendencias ya están a la vista. Se percibe la preocupación por otorgar a las leyes reales un lugar destacado en la enseñanza frente al Derecho común. También se aprecia la intención de introducir el uso de libros didácticos en reemplazo de la explicación profesoral sobre las propias leyes. Es también nítida la afirmación de las Instituciones como guía metódica. Aún así se descubre que la mentalidad de los juristas seguía dominada por el *caso*. Era éste el eje del aprendizaje. Los mismos estudiantes guardaban los más gratos recuerdos de las clases en que se suscitaban disputas sobre la base de las distintas opiniones. Era lo que Juan Antonio Llorente mejor recordaba de su tiempo de alumno en Zaragoza⁴². Por cierto que el “disputar y disputar” evocado por René-Moreno en la Chuquisaca de principios del XIX encaja exactamente en este cuadro⁴³.

La creencia casuista del jurista había sido sacudida por la idea sistemática. Pese a ello, la sensibilidad del letrado daba muestras de apego a una concepción que desde mu-

⁴¹ HANISCH ESPÍNDOLA, 40.

⁴² LLORENTE, 58-59.

⁴³ RENÉ-MORENO, 64.

chos siglos atrás se consideraba como natural del Derecho. Se admitían así los nuevos criterios sistemáticos en cuanto buscaban dar un mejor orden al material jurídico para la labor de aprendizaje, pero no parecía madurar todavía la idea de reemplazar enteramente esa visión casuista por otra sistemática.

2. Pasantías y academias, como instrucción forense

La formación del letrado no concluía estrictamente en las aulas universitarias. Los que aspiraban a ejercer la abogacía debían, una vez obtenido el grado de bachiller en leyes, hacer la pasantía en el bufete de un abogado durante varios años, por lo general cuatro, después de lo cual rendían examen de aptitud ante la audiencia. Este régimen estuvo en vigor durante casi todo el período que estudiamos. Poco sabemos hoy acerca de su evolución entre los siglos XVI a XVIII, y más bien todo nuestro conocimiento se vuelca sobre la crisis que experimentó hacia el último tercio del Setecientos. Se trata de una transformación que me interesa apuntar —aunque más no sea brevemente por su relación con nuestro tema, al ofrecernos una nueva prueba en apoyo de ese lento pasaje de una formación predominantemente casuista a otra sistemática.

Son pocos los testimonios de que disponemos hoy para saber cómo se hacía esa pasantía. Es conocida una página de Bermúdez de Pedraza dedicada al “modo de pasar”, que parece aplicable a este estado del aprendizaje. En efecto, afirmaba que una vez superados los cursos en las aulas se iniciaba esta segunda etapa cuyo meollo consistía en “más libros para más estudio”. Describía dos modos de pasar: “el ordinario de Salamanca” y el “sumario” atribuido al doctor Navarro. Consistía este último en estudiar todo el contenido de los cuerpos, sin dar relieve o preferencia a determinados temas o cuestiones. Así se podía deducir de la respuesta que

dicho maestro había dado a quien lo había interrogado al respecto: “Abrid las Decretales —dijo— y la materia que saliese, porque sea ésta, o aquélla, todo se ha de saber”. Sin emitir juicio, Bermúdez parecía inclinarse al modo salmantino, que se presentaba como más orgánico y desarrollado.

Se estudiaba cada día seis horas, dos por la mañana de Digesto, dos por la tarde de Código y dos por la noche de Decretales. Para el primero se veían las leyes principales de cada título, según Bártolo, atendiendo para ello a Azón que “declara en general la materia y sustancia de todo el título, y abre los ojos del entendimiento para entender lo particular de las leyes”. El examen de la ley se hacía con la Glosa y con Bártolo recurriendo a otras opiniones cuando hubiese discordia. Del mismo modo se hacía la concordancia con las Partidas, apelando a Gregorio López en la discordia. Recomendaba también otros autores para buscar la concordancia con el Ordenamiento real y las leyes de Toro. En cuanto al estudio del Código, recomendaba ver primero a Azón que “presta inteligencia para las leyes particulares”, examinándose después dos o tres de las leyes “más famosas” de cada título, pasándolas por texto y glosa. También debía verse el código alfonsino, porque “todas las leyes del Códice están casi traspaladas en las Partidas”. Para el estudio de las Decretales, se encaraba asimismo el examen de texto y glosa, partiendo de la Suma del Ostiense que daba la noticia general de la materia tratada. En la descripción de Bermúdez se percibe un trazo sistemático cuando recomendaba recurrir a Azón o al Ostiense para alcanzar una ubicación temática general. También asoma un rasgo humanista al sugerir al estudiante la lectura de los oradores, “deleitarse con los poetas y hasta escribir versos”⁴⁴. En ambos casos, tal vez haya más de insinuación del autor que de realidad salmantina.

En esta etapa de su formación, el bachiller entraba de

⁴⁴ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 159-163.

lleno al aprendizaje de la “jurisprudencia práctica” consistente en el examen de los pleitos, la confección de escritos, el conocimiento de los usos forenses, todo lo cual le llevaba a introducirse en el estudio de las leyes reales y los autores. Esto lo adquiría en el bufete de un abogado, con concurrencia a los estrados judiciales a oír relaciones y alegatos. La preparación llegaba a su fin con la prueba de aptitud ante la audiencia. La falta de reglas uniformes —y hasta de normas escritas para los primeros siglos— hace pensar que en buena medida las exigencias del letrado que expedía la certificación, y de los oidores que examinaban, eran la vara bien variable con que se medía la idoneidad del aspirante, además de las circunstancias locales y el número de abogados que componían el foro. Se dispone de algunos testimonios tardíos que ilustran sobre esta situación.

Mariano Peset ha constatado cómo se realizaba dicho examen en la audiencia de Valencia en la década de 1760 y estima que su verificación puede extenderse a otros lugares. El tribunal, una vez admitida la documentación del aspirante, le entregaba un pleito original para que en veinticuatro horas preparase y expusiese tres razones de Derecho a favor de cada parte y diese los fundamentos de la sentencia. También se le podían formular preguntas en “práctica y teórica”⁴⁵. Esta misma orientación, con alguna variante, se observa en un auto acordado de la audiencia de Chile, en 1778. Una vez admitida la petición de examen, se designaban tres abogados para que interrogasen al aspirante sobre “los principios de jurisprudencia y práctica, en el método y forma de seguir y substanciar las causas así civiles como criminales”. Superada esta prueba de aptitud, se le señalaba pleito para que ante el tribunal hiciera relación de los hechos en castellano, expusiera los fundamentos de Derecho por una y otra parte en latín, y sentenciara según su parecer. Los ministros podían también hacerle preguntas. Espinosa Quiroga ha comprobado que estas prescripciones fueron

⁴⁵ PESET, “La formación...”, 623 y 656.

cumplidas en forma estricta⁴⁶. Se advierte que el régimen de pasantía con examen ante la audiencia era el modo de concluir coherentemente una preparación orientada bajo una concepción casuista del Derecho, cuyo último peldaño consistía en mostrar la aptitud para establecer las razones de cada parte y dar la solución atendiendo al caso particular. En los ejemplos de Valencia y de Chile —sobre todo en este último— ya se insertaban nuevos elementos de orientación teórica, que hacen vislumbrar los futuros cambios, pero aún conservaban la esencia del régimen vigente probablemente durante todo el período anterior.

La declinación de este tipo de instrucción forense obedeció a diversas causas. Si bien hubo siempre abusos y fraudes, éstos fueron denunciados solo en las plumas de quienes criticaban el régimen y buscaban el cambio. Así el oidor de Charcas Ramón de Rivera y Peña, además de alegar la deficiente preparación universitaria de los bachilleres, añadía que para recibirse de abogados les bastaba con dejar pasar dos años después de presentarse a oír práctica en los estrados judiciales y obtener un certificado —muchas veces complaciente— de un abogado de haber asistido durante el mismo lapso a su bufete⁴⁷.

Estimo que las razones determinantes para provocar un cambio en el tipo de instrucción fueron dadas por la necesidad de enaltecer el aprendizaje de las nociones teóricas en desmedro de la disputa dialéctica; y por el deseo de proporcionar mayor conocimiento sobre el Derecho real, ya que éste era aún insuficientemente atendido en las aulas. Al respecto, es ilustrativo el auto acordado de la Audiencia de Chile de 9 de julio de 1778, en el cual, al considerar favorablemente una petición de la flamante Academia de Leyes, afirmaba que “ya se considera imposible o muy arduo empeño, pretender lograr una metódica y clara idea de substanciar, y formalizar las causas, penetrar y conocer el espí-

⁴⁶ ESPINOSA QUIROGA, 44-45.

⁴⁷ RÍPODAS ARDANAZ, “Constituciones...”, 272.

ritu de las leyes, sin el auxilio de estas Academias, en que no solo se examinan prolijamente los escritos y recursos forenses, y su modo de introducirlos, sino que por medio de las disertaciones, uno de los principales ejercicios de estos cuerpos, se discurre sobre el origen y verdadera causa de las leyes, circunstancias que ocurrieron, y tuvieron presentes los Soberanos para su promulgación, valiéndose para esto de las luces que abundantes suministra la historia del Reyno”⁴⁸. Las pasantías ya perdían su exclusividad, paulatinamente irían desapareciendo en manos de los nuevos cuerpos.

Las academias de jurisprudencia se establecieron en América a partir de 1776 en Charcas, Santiago de Chile, Caracas, Lima, México, Guatemala, siguiendo los modelos peninsulares —sobre todo el madrileño— o las peculiaridades locales. Estas y otras nuevas prolongaron su existencia hasta más allá de la primera mitad del XIX y monopolizaron la formación post-grado de los letrados, ya que a sus ejercicios y disertaciones concurrían —paulatinamente se fue imponiendo la obligación de hacerlo— los bachilleres que aspiraban a ser admitidos como abogados en la audiencia.

El surgimiento de las academias no fue uniforme y obedeció a impulsos locales, aunque tuvo el apoyo de la Corona. Dio nuevo orden a la instrucción forense, al fijar normas precisas en contraposición al empirismo que dominaba en las pasantías. Dentro de una regulación diversificada, puede advertirse que las labores académicas consistían en tres puntos: la sustanciación de procesos figurados; la explicación de las leyes reales y municipales, mediante disertaciones a cargo de los practicantes; el conocimiento del orden de procedimiento y de los tribunales del reino. Esto llevó a un sensible mejoramiento en la preparación teórica de los bachilleres, con mayor atención al estilo forense, a la profundización del Derecho castellano e indiano,

⁴⁸ ESPINOSA QUIROGA, 50.

y al conocimiento más claro y esquemático del procedimiento judicial, con el auxilio de libros o de “cartillas” de instrucción práctica. Recuérdese así el célebre “Cuadernillo de Gutiérrez” que aun manuscrito tuvo vasta circulación en la América meridional.

Probablemente era parcial la crítica que Joseph de Covarrubias dirigía en 1789 a las academias —concretamente a la madrileña— al sostener que en las mismas los cursantes “se tinturan de práctica ficticia y abstracta⁴⁹, pues desconocía otros perfiles útiles. Pero sin duda daba en el clavo al puntualizar una tendencia hacia lo teórico. Esta tendencia se percibe, con avances y retrocesos, en toda la instrucción jurídica, ya a través de los cursos suplementarios salmantinos en el plan de 1771, ya con la cátedra de Derecho natural y de gentes, ya de modo más particular con el establecimiento de las academias. En éstas se procuró mantener, dándole nuevo ropaje, los tradicionales ejercicios forenses de los pasantes.

Se apuntaba a un cambio de mentalidad, impulsado de modo explícito por algunos ministros. Cambio apetecido que era anunciado en el proyecto de estatutos del Colegio de Abogados de Lima, redactado bajo el estímulo reformador del Visitador José Antonio de Areche en 1779. En el mismo se asentaba que el sistema de conferencias bimensuales tenía por finalidad principal que “se vayan insensiblemente formando unos abogados que, libres de los impedimentos que dejan las sutilezas de las opiniones, conozcan el verdadero fondo y objeto de las leyes”⁵⁰. Se aspiraba, pues, a modificar el modo de pensar de los letrados haciéndoles abandonar el cultivo de “las sutilezas de las opiniones”. Era, en suma, la sustitución de un orden jurídico casuista —en donde tanto pesaba el libre juego de las opiniones— por otro fundado en la aplicación rigurosa de las leyes reales.

⁴⁹ MARILUZ URQUIJO, “Una academia...”, 88.

⁵⁰ ESPINOSA QUIROGA, 14.

El avance de lo teórico sobre lo práctico, de lo racional sobre lo empírico, de los principios sobre la disputa dialéctica puede seguirse —acaso con claridad creciente— en las primeras décadas del XIX. En este sentido es elocuente el ejemplo que ofrece la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires cuando en 1814 peticionaba al Director Supremo la fundación de una Academia de Jurisprudencia Teórica y Práctica, adoptando como modelos las de Chile y Charcas, y obteniendo la aprobación de su propuesta. Aunque el testimonio es algo tardío arroja luz sobre nuestra materia, refirmando otros anteriores. La Cámara, al fundamentar su petición, señalaba —en lo que más directamente nos interesa— la falencia del régimen existente, en el cual el joven bachiller adquiría su versación sólo en “el estudio de un Letrado en muy pocos y singulares asuntos judiciales, y con una asistencia voluntaria las más veces infrecuentes”, y con ese bagaje se presentaba “al examen, siempre breve de los Tribunales superiores”. Estimaba la Cámara que para conseguir los altos fines del Derecho y para ordenar los litigios “por medio de una práctica pura, exacta y sistemática” era preciso cultivar la jurisprudencia “metódicamente y por principios”⁵¹. Al primero se le achacaban los defectos irreparables de todo aquello que se propugna sustituir, mientras al segundo se le presentaba como el ideal esperanzado para alcanzar los fines más elevados del Derecho.

II. LA IDEA DE SISTEMA EN LA CRÍTICA Y RENOVACION DE LA ENSEÑANZA

Desde el siglo XVI se detecta un movimiento crítico-renovador, cargado de razones y propuestas, que en su prolongado desenvolvimiento introdujo criterios sistemáticos en la instrucción de los juristas. La raíz de este movimiento se encuentra en el Humanismo. Sostiene Piano

⁵¹ LEVENE, *La Academia...*, 157-159.

Mortari que los humanistas valoraban el método y señalaban la necesidad de estudiar el Derecho con criterio sistemático, a través de compendios panorámicos.

La influencia de la filosofía de Platón y el influjo del concepto renacentista de proporción —presente en la vida artística, pero también en la vida espiritual— eran la base del movimiento destinado a introducir los nuevos criterios pedagógicos en el campo del Derecho. La armonía entre el todo y sus partes —tan destacada en la inspiración artística— influyó en el pensamiento especulativo sobre la organización sistemática del saber conceptual como complejo unitario, formado de elementos rigurosamente coordinados⁵². De ahí que se buscara constituir a la disciplina jurídica en un conjunto de principios y de institutos íntimamente enlazados⁵³. Este criterio, lentamente desenvuelto, llevó a una crítica de la disposición y tratamiento de las materias en el Digesto y en el Código de Justiniano, principales cuerpos que conformaban la enseñanza tradicional de las aulas. La preocupación por programar un nuevo orden del Derecho, simple, claro y armonioso desembocó en una tarea que, excediendo las posibilidades de los humanistas, ocupó la vanguardia del pensamiento jurídico en los siglos siguientes.

Se produjo de esta manera una lenta maduración del pensar sistemático, lo que obliga a examinar con pautas diferentes —tal como lo recomienda Piano Mortari— a quienes lo ejecutaron en el siglo XVI de quienes lo desarrollaron en las siguientes centurias bajo el presupuesto del racionalismo cartesiano⁵⁴. Así en aquella época los vocablos *methodus*, *via*, *ars*, *ratio docendi* e *discendi* significaban modos de exponer y de organizar lógicamente un determinado conjunto de noticias, de pensamientos, de conocimientos. Ello derivó, por ejemplo, en la aspiración de Alciato, no desenvuelta precisamente, de hallar un método

⁵² PIANO MORTARI, "Considerazioni...", 285-286.

⁵³ PIANO MORTARI, "Dialettica...", 232.

⁵⁴ Ídem, 251.

más racional de estudio del Derecho. Esa aspiración aparecía idealmente conectada con una dirección científica tendiente no solo a la reconstrucción histórica del patrimonio científico tradicional, sino también a alcanzar una organización de carácter sistemático⁵⁵.

Este cuadro que destaca una evolución paulatina me parece más ajustado a la realidad que otros que intentan contraponer, con vivos colores, el controvertido paso de un método antiguo, el llamado *mos italicus*, a otro nuevo, el *mos gallicus*, dándole a este esquema una difusión universal. Coing, al poner el acento en esta contraposición, ha remarcado el rol que le cupo a la educación jurídica en este momento, mostrándonos de una parte el método medieval consistente en el dictado de los textos, con su explicación detallada, según el modo escolástico, y de otra la exigencia humanista de una comprensión filosófico-histórica de los textos y de una presentación que, apartándose del orden legal de las fuentes tradicionales, adoptara un punto de vista sistemático, bajo el modelo de la Instituta⁵⁶. Esta contraposición no deja de ser sugestiva a los efectos de una comparación entre metas opuestas.

1. Los precursores

a) *Pedro Simón Abril*

En una obrita de Pedro Simón Abril encontramos buena exteriorización de estas aspiraciones en el mundo hispano. Se trata de los *Apuntamientos de cómo se deben reformar las doctrinas y la manera de enseñarlas*, publicado en 1589⁵⁷. Con este escrito el humanista castellano intentaba conmover a Felipe II para lograr una reforma integral que, partiendo de la enseñanza, alcanzara otros niveles. Al se-

⁵⁵ PIANO MORTARI, "Pensieri...", 364.

⁵⁶ COING, *Historia*, 31. También del mismo autor, "L'insegnamento...", 184 y 189.

⁵⁷ SIMÓN ABRIL, *Apuntamientos*, 293-300.

ñalar los errores que apreciaba en diferentes esferas, sostenía que el Derecho civil era el más necesitado de enmiendas. Su crítica y la consiguiente propuesta no eran en sí originales, pero tenían el mérito de anudar distintas líneas del pensar humanista, dentro y fuera de España, desenvueltas a lo largo de la centuria que finalizaba, según lo ha apuntado Alejandro Guzmán⁵⁸. Reflejaba, pues, un estado de opinión y no tan solo una idea aislada, aunque naturalmente proviniese de una postura algo hostil a la esfera de los letrados.

Simón Abril apuntaba a respaldar la lengua castellana frente al latín; a estimar el Derecho romano clásico en detrimento del justiniano; a exaltar el Derecho de los reinos hispánicos —sobre todo las Partidas— frente al romano; y a peraltar el orden legal frente a la jurisprudencia de los autores. Todo ello le llevaba a una propuesta que excedía el ámbito de la enseñanza y terminaba siendo una reforma del Derecho. Consistía en que en las escuelas públicas y universidades se enseñase el Derecho de los reinos hispánicos, que “son —dice— las verdaderas leyes hechas con maduro acuerdo y pública autoridad”, en sustitución del Derecho civil de los romanos. Aunque en otros párrafos había mostrado su predilección por las Partidas —en cuanto a la lengua en que estaba redactada y en cuanto a la superior disposición que se observaba con relación al Digesto—, sin embargo, postulaba componer “un nuevo cuerpo de derechos”, en estilo legal y lengua castellana, con brevedad de palabras y repartiendo las materias por sus géneros y especies. En esto se percibe nítidamente la inspiración ciceroniana, según lo ha verificado Guzmán.

La elaboración de tal obra era tarea conjunta de “muy sabios filósofos y de muy prudentes jurisconsultos”, éstos para atender “la justicia y materias legales”, aquéllos para darles “elegante orden y concierto, poniendo cada materia en su propio lugar”, es decir imprimirle el sesgo sistemático. Dicho cuerpo recogería lo determinado por ley y, en caso de

⁵⁸ GUZMÁN BRITO, “Estudios...”, 167-185.

faltar ésta, la opinión de autor más razonable. De esta forma consideraba nuestro escritor que quedaría “el derecho civil claro y sin confusión”, prescindiendo de todo el lastre de las glosas y comentarios.

Si bien la reforma se orientaba hacia el predominio decidido de un Derecho legal, es conveniente apuntar que ese legalismo era más racional que voluntario, desde el momento que, enalteciendo su papel, sostenía que la razón era “el alma de la ley”. Su ataque vigoroso contra la labor de interpretaciones y comentarios lo llevaba a proponer la prohibición de todo recurso a las opiniones existentes y a las que eventualmente se suscitasen, bajo penas graves. Estimaba que el nuevo cuerpo “bastaría para decidir por él las causas, sin admitir glosas ni interpretaciones”, y en caso de necesidad debía acudir al rey. Dicho cuerpo iba a constituirse en el centro de la enseñanza del Derecho civil.

La propuesta de Simón Abril estaba asentada sobre un pensamiento teórico, dominado por el ideal sistemático que hasta entonces había encontrado muy limitado eco en la esfera de los juristas. En efecto, ¿cómo podía despojarse súbitamente del libre juego de dudas y opiniones a una disciplina que centraba su actividad operativa en el problema? Según se verá, esta cierta dosis de utopía humanista no solo impregnó a algunos juristas de la época, sino que con el tiempo llegó a reorientar la labor de la jurisprudencia. Por ahora quedaba en el cajón de los proyectos, sin descartar por cierto su influjo indirecto.

b) *Francisco Bermúdez de Pedraza*

Bajo este clima humanista desarrollaron su pensamiento algunos juristas hispanos a fines del siglo XVI y principios del XVII, haciéndose eco de críticas y propuestas destinadas a reformar el Derecho. En sucesivos capítulos aparecerán figuras como Bartolomé de Albornoz, Jerónimo

de Zevallos, Tomás Cerdan de Tallada y Lope de Deza. En cuanto a la enseñanza, el más representativo de esta corriente es Francisco Bermúdez de Pedraza, con su *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia*, impreso en Salamanca en 1612. Si en páginas anteriores utilicé su testimonio para describir el plan y método observado en el estudio salmantino, ahora me ocuparé de la obra en sí como estímulo para la renovación que venimos examinando. Dentro de la indiferencia general que se advierte ante dicho libro —no ante su valioso testimonio ya mencionado— parece predominar entre los estudiosos el criterio de considerar a Bermúdez como un mero epígono del “mos italicus”. Pocos autores han llamado la atención sobre su figura, haciendo una revalorización a la cual me adhiero⁵⁹.

Estamos ante un libro práctico, destinado a los aprendices para que pudiesen penetrar mejor en el conocimiento del Derecho. No era propiamente una obra de texto —en el sentido que esta expresión tuvo desde el siglo XVIII— ni lo pretendía, pues el Derecho se enseñaba de otra manera. Tampoco era un ensayo crítico ni un alegato renovador. Su autor no era un humanista puro, ni vivió bajo el fervor sistemático de tiempos más avanzados. Sólo bajo estos presupuestos se puede hacer una lectura en la que se descubren interesantes huellas que apuntaban hacia una concepción sistemática, limitada al terreno didáctico. El interés por examinar este libro se acrecienta si tenemos en cuenta que tuvo dos ediciones y fue considerado básico para la formación de los juristas en España y en América.

Bermúdez era, ante todo, un jurista pragmático. No resulta así extraño que asumiera una postura defensiva ante algunos ataques críticos de los humanistas contra el Derecho. No proponía —como otros— una reforma integral, con orientación sistemática, pues debía creerla inviable, impo-

⁵⁹ DELGADO PINTO, 195-201; PELORSON, 48-54, 323 ss. También véase RODRÍGUEZ-SAN PEDRO, II, 504-506 y 509. Otro es el punto de vista de TOMÁS Y VALIENTE, “El pensamiento”, 367-369.

sible, contraria a la naturaleza misma del Derecho, disciplina apegada al hecho o caso, básicamente problemática. Esta admisión del casuismo como nota esencial no le impedía estimar la utilidad de una moderada ordenación sistemática en la instrucción de los aspirantes a juristas.

Apenas abrimos el *Arte legal* encontramos a un Bermúdez preocupado por el método. Reconocía su falta en el Digesto y afirmaba que la Instituta, pese a ser “un epítome y cifra de todo el Derecho Civil”, no logra hacer más fácil su estudio. Ante la inquietud recogida en el ambiente, confesaba Bermúdez que había tratado de buscar “preceptos y reglas para facilitar el trabajo de aprender la Jurisprudencia en menos tiempo: y hallé doctrina tan sólida y documentos tan útiles que si los supiera en los principios de mis estudios, fuera más bien aprovechado en ellos”. Luego de afirmar, citando a Cicerón, que “el método es un camino por el cual con orden se enseña el conocimiento de lo que se ignora, y el orden una disposición para entenderlo mejor y más fácilmente”, exponía su propósito de “dar a entender el Derecho con más facilidad que hasta aquí”⁶⁰.

A esta declaración, agregaba las razones para escribir la obra en castellano. La preocupación metódica, la crítica al Digesto, la valoración de las Institutas pero al mismo tiempo su empeño superador, la invocación ciceroniana y la elección del castellano como lengua más idónea para la comunicación, son todos rasgos que, luciendo en las páginas introductorias dedicadas al lector, nos colocan ante una profesión de fe condicionada por su dificultosa aplicación.

La primera dificultad se observa cuando Bermúdez intentaba rebatir a quienes negaban al Derecho el carácter de ciencia. Estimaba que la pugna de leyes y el encuentro de opiniones —que aceptaba como característica del mundo jurídico— no era motivo para esa negativa. Tampoco lo era la variedad y mudanza del Derecho civil, por ser ello conforme al mismo Derecho natural. De igual modo, respondía

⁶⁰ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 1-5.

a los impugnadores que el Derecho no menospreciaba las definiciones, antes las aprobaba, aunque siguiendo a Ulpiano admitía que eran difíciles y peligrosas. Consideraba que el Derecho estaba reducido a “método y orden de ciencia” en la división de la Instituta en cosas, personas y acciones. También respondía a quienes achacaban la falencia científica a que los juristas se valían de la autoridad de una ley y no de sus razonamientos y especulaciones⁶¹. En fin, estimo que más importante que los resultados efectivos de esta disputa —que tal vez no sea siempre favorable a nuestro autor, según el punto de mira en que se coloque el juzgador— es el interés con que Bermúdez planteaba esta cuestión y cómo intentaba, sin negar las modalidades básicas de la jurisprudencia, admitir para ésta la posibilidad de que operase con un criterio sistemático, propio, enalteciendo la enunciación de los principios de la disciplina, la división general de materias y la utilización, aunque limitada, de las regías universales. Esto sobre todo queda patentizado en el extenso capítulo dedicado a los “primeros rudimentos de la Jurisprudencia”⁶². Claridad, orden y universalidad aparecen entonces como aspiraciones, diseminadas en esas páginas, con logros desiguales pero que marcan una inclinación sistematizadora, aunque sólo fuese en embrión.

Con el mismo alcance puede registrarse el sugestivo párrafo con que cerraba el breve capítulo dedicado a explicar las razones que llevaban a los jurisconsultos a proceder más por hechos que por reglas generales, ya conocido en otra parte de este libro. Estas páginas no eran una exaltación del casuismo —como a veces se ha interpretado— sino una explicación de la situación dada. Donde Bermúdez ponía énfasis era cuando, al finalizar, decía que como “todas las artes constan de preceptos generales, y que cualquier ciencia pende, no del conocimiento de cada cosa, sino del universal

⁶¹ Ídem, 18-23.

⁶² Ídem, 74-126.

modo, estudio y trabajo será, de tantos casos singulares sacar preceptos generales, reduciendo a breve método y arte el Derecho Civil disperso por tantas especies e individuos”⁶³. Según se aprecia, el empeño de Bermúdez por hacer del Derecho un arte y una ciencia, lo llevaba a proponer una labor futura —“estudio y trabajo será”— que él mismo parecía reconocer como fuera de su alcance, en una actitud que nuevamente empujaba hacia lo sistemático.

Como ya adelanté, la finalidad práctica de la obra y su destino le llevaba a ceñirse al Derecho tal cual era. De ahí que sus páginas acerca “Del modo de pasar” nos hayan servido de testimonio para describir el orden y método de la instrucción jurídica. Sólo aquí Bermúdez agregaba algún trazo sistemático, cuando aconsejaba prestar atención a autores que podían ofrecer una visión general de determinada materia, pero en realidad predominaba el recurso a las leyes y las opiniones. Donde, en cambio, sí se refleja esa aspiración sistemática —sin que por ello dejara de ser práctica— es en una pequeña obra aneja a su *Arte*, que lleva portada y numeración independiente, publicada en el mismo lugar y año que la anterior. Se titula *Paratitla y exposición a los títulos de los cuatro libros de las Instituciones de Justiniano* y estaba destinada a guiar a los estudiantes en sus primeros pasos y hacerles nacer —según decía— “nuevos deseos de emprender lo más arduo y dificultoso, y entregarse con mayor osadía al ancho piélago de la Jurisprudencia”. De lo más fácil a lo más difícil y profundo era un orden que entonaba con la armonía buscada por el Humanismo. Los cuatro libros de la Instituta ofrecían así un primer paso en esa dirección.

A diferencia de aquella obrita de Simón Abril, el libro de Bermúdez se halla en los cauces de la jurisprudencia práctica de su tiempo. Admitía la naturaleza casuista del Derecho y por lo tanto reconocía que el tejido con el cual trabajaba el jurista estaba formado por leyes y opiniones en

⁶³ Ídem, 134-135.

pugna, con cierto desdén o indiferencia hacia la construcción de principios o el despliegue de esquemas abarcadores. Esta concepción era objeto de la enseñanza y, por tanto, la que se reflejaba en el libro.

Desde el prólogo hasta la *Paratitla* aneja se percibe en Bermúdez una aspiración sistemática que no superaba el punto de compatibilidad con el carácter casuista que reconocía en el Derecho. De ahí que lo limitara al nivel de la enseñanza, que lo hiciera más intensamente en la primera orientación del aprendiz y que, en lo demás, quedara como una aspiración para alcanzar en el futuro. Marcaba así una continuidad, ensamblando ambos tipos ideales, a costa de ciertas concesiones. Delgado Pinto encuentra que, en cuanto a la lógica particular de la argumentación jurídica, Bermúdez revela unas oscilaciones que eran un compromiso entre las exigencias de un humanismo teórico y la praxis influida por la jurisprudencia bajomedieval⁶⁴, y que la obra toda, sin ser muy original, refleja una práctica en continuidad sustancial con la precedente⁶⁵. A mi modo de ver, esta continuidad aparece enriquecida por los aportes humanistas⁶⁶ que él incorpora moderadamente en la didáctica jurídica.

c) *Juan Machado de Chaves*

Dentro de este movimiento de crítica y reforma que venimos examinando debemos ubicar, en los decenios centrales del siglo XVII, a una obra que no ha merecido atención de los estudiosos actuales, posiblemente por hallarse

⁶⁴ DELGADO PINTO, 197. En este sentido, el *Arte* es para PELORSON un “libro eminentemente contradictorio” (354).

⁶⁵ DELGADO PINTO, 201.

⁶⁶ Observa DELGADO PINTO actitudes típicamente humanistas en la crítica acerca del abuso del argumento de autores y de la proliferación de obras de bartolistas de segunda fila, y también en la censura a la falta de sentido histórico de glosadores y comentaristas (DELGADO PINTO, 200). Luce, en fin, ese perfil en sus recomendaciones a los jóvenes estudiantes para que lean “los oradores”, se deleiten con los poetas, y hasta escriban versos (BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 162-163).

encuadrada en el penumbroso terreno de la Teología moral. Se trata de la voluminosa obra —de casi 1800 páginas— de Juan Machado de Chaves, que lleva por título principal *Perfecto confesor y cura de almas*. Impresa en Barcelona en 1641, fue reeditada dos veces, en 1647 y 1655. Esta circunstancia revela el buen suceso que tuvo su aparición y la difusión que alcanzó por entonces. En 1661 se publicó, además, un resumen de la misma⁶⁷. Machado de Chaves era jurista y moralista. Nacido en Quito, hizo sus estudios de Derecho en la Universidad limeña de San Marcos, dio cátedra en Salamanca y ejerció como abogado en Granada. Su posterior ordenación sacerdotal lo llevó a desempeñarse como arcediano de la Catedral del Trujillo peruano, oficio que desempeñaba al momento su obra. Esta tenía una inocultable impronta americana, como el mismo autor lo confirmaba al dedicarla al Consejo de Indias.

La obra, en cuya elaboración se conjugan las calidades de jurista y moralista que poseía el autor, ofrece pronunciadas diferencias con las examinadas anteriormente, no obstante que las vincula una común preocupación metódica y una crítica al estado de la jurisprudencia. Machado se proponía modificar el modo de examinar a los curas y confesores construyendo al efecto un edificio científico que comprendiera —al menos metódicamente— la Jurisprudencia —sobre todo la canónica— y la Teología moral.

La lectura de la profusa portada del libro nos coloca sobre buen camino para entrar en su estructura. Como era usual en muchas obras barrocas, más allá del título principal, se anticipaba su contenido. Decía en la parte que interesa destacar aquí: “asunto singular, en el cual con suma claridad, breve y científico modo, se reducen a Principios universales, y Reglas generales de ambos Derechos, Civil y Canónico, todas las materias pertenecientes al Teólogo Moral...”. Agregaba que se proponía “el modo único y científico de enseñar la Jurisprudencia y Teología Moral...”.

⁶⁷ APOLINAR, *Suma moral...*

Desde la portada, pues, quedaba ostentosamente anunciada la adopción de una necesaria actitud crítica ante el estado actual del conocimiento y de una nueva manera de encarar la materia sujeta a estudio.

La causa estimulante para la labor de Machado fue la observación del modo deficiente con que, en España e Indias, se examinaba a los curas y confesores para su habilitación ministerial, conforme a las disposiciones del Concilio de Trento. Dicho examen se reducía —según señalaba— a exigirle súbitamente al examinado la solución de casos dudosos y controvertidos que se le planteaban, sin que las respuestas que pudieran darse acreditaran la idoneidad buscada. Tampoco se conseguía el objetivo tridentino con la explicación de un punto, en que solían consistir las oposiciones de concurso. De ahí que se propuso —agregaba— descubrir “otro nuevo modo de examinar”, que consistía, en sustancia, en los siguientes tres puntos de indagación: 1º) “los principios y reglas generales de todas las materias que juzgaren serles necesarias”; 2ª) “la noticia general que deben tener de las obligaciones especiales” de cada uno de los estados eclesiástico, religioso y secular; y 3º) “la prudencia y celo que el confesor y cura deben tener para la administración de sus ministerios”, en donde entraba la consideración de los casos inopinados.

El “nuevo modo” significaba colocar en lugar relevante a los principios generales de la materia en cuanto fuese posible, dejando sólo para el ejercicio de la prudencia aquellos casos que, no estando determinados por el Derecho, debían resolverse por arbitrio conforme al lugar, personas y circunstancias. Se trataba, pues, de una aceptación de la naturaleza casuista del Derecho y de la Teología moral, pero al mismo tiempo —y en esto radicaba la nueva postura— mostraba confianza en que el artificio humano podía reducir esa maraña de casos dudosos, estableciendo ciertos principios y reglas universales.

Puesto en esta tarea, Machado, apoyado en la autoridad

de Aristóteles, afirmaba que para enseñar científicamente cualquier ciencia o facultad convenía, recurriendo a sus causas, proceder de los principios universales a las doctrinas singulares, explicando primero lo que resulta común a toda ciencia y después lo que es propio a cada parte y casos especiales. Este es —subrayaba— “el verdadero, único y científico modo de enseñar cualquiera ciencia o facultad”.

Consideraba Machado que la mayor parte de los doctores de ambos Derechos y los maestros de la Teología moral que escribían y explicaban en las universidades permanecían ajenos a este modo de enseñar por “principios y reglas de Derecho, habiendo introducido un Derecho “fundado en los pareceres y doctrinas de los Doctores” que ha conducido a que no se encuentre ya nada cierto en estas materias. De ahí que no se pudiese acudir a esos autores por la oscuridad y “poco método, con que los más han escrito”.

Estimaba que su planteo, en el que había invertido mucho tiempo y trabajo, era novedoso. Postulado básico de Machado era asentar lo cierto por cierto y lo dudoso por dudoso, a través de deducciones necesarias y forzosas de los principios y reglas, tal como lo hacían en sus campos respectivos la metafísica y las matemáticas. Así, establecía que doctrina “disputada por Derecho” o recibida por los doctores sin controversia alguna, es la cierta. Si ambos requisitos faltasen, la doctrina debía ser considerada por dudosa, dando lugar a la controversia con doctores por una y otra parte que la apoyen y defiendan. En este supuesto, era preciso enseñar el estado presente de la cuestión y la probabilidad de una y otra. Cabe señalar que, si por una parte Machado apuntaba hacia un criterio sistemático, por otra apreciaba la necesaria existencia de ese juego de opiniones, propio del sentir casuista. En este último sentido se preocupaba por que dicho juego fuese más certero, estableciendo en páginas consagradas a ello cómo se debían elegir las opiniones y servirse de las mismas.

Bajo estos enunciados Machado elaboró su obra, en cuyo primer tomo —decía— se hallaba “como en una Metafísica

depositados todos los principios y reglas generales de las materias del Derecho Canónico, Civil y Teología Moral”, y en el siguiente se trataban las obligaciones generales y especiales de los tres estados que componen la república cristiana, descendiendo así —expresaba— de los principios y reglas generales de la materia a los casos especiales, conforme al postulado aristotélico⁶⁸. Faltan tal vez algunos elementos para dar un juicio definitivo sobre el lugar que esta obra ocupa en el desenvolvimiento de la ciencia jurídica hispana, pero sin duda puede considerarse que su aporte es estimable en la introducción de una concepción sistemática en la didáctica jurídico-moral, con ciertos rasgos peculiares que deben ser objeto de un mejor análisis, como la doble invocación de las matemáticas y de Aristóteles para apoyar su propuesta. En cuanto a su originalidad, habría que determinar los modelos que pudieron servirle de inspiración, aunque el autor parece no reconocer ninguno.

Los ejemplos expuestos en estas páginas son representativos de una crítica temprana, centrada en las leyes y glosas romanas y dirigida solo al tejido casuista. Surgía entonces, suavemente apuntada en algunos, más firmemente en otros, una estimación hacia las leyes del reino y hacia una enseñanza que peraltase los principios y reglas generales. La fuerza de esta corriente crítica y reformadora —emparentada con el Humanismo— parece diluirse o extinguirse al avanzar la segunda mitad del XVII y en los inicios del XVIII, época en la cual no he hallado nuevos ejemplos de esta índole ni tampoco un estímulo renovador en las aulas universitarias.

2. Críticas y aspiraciones dieciochescas

En el siglo XVIII encontramos otra corriente crítica, muy

⁶⁸ Las citas efectuadas corresponden a la “Prolocución a los Prelados y demás Ministros legítimos de la Santa Iglesia Romana” y al “Discurso nuevo y práctico”, incluidos al empezar el primer tomo de la obra.

tibia al comienzo, con fuerza creciente después de 1740. Solo muy ligeros recuerdos merecían Simón Abril y Bermúdez de Pedraza, sin otorgarles su verdadera dimensión de precursores de estas ideas.

Aunque aparezca aislada de los posteriores esfuerzos, es muy sugestiva la reforma que en 1713 propuso Melchor de Macanaz, como nuevo fiscal general, al Consejo de Castilla. Posiblemente bajo la influencia de la reforma francesa de 1679, Macanaz postulaba que en las universidades “se enseñen y lean... las leyes del Reino”. Sostenía que, mientras entonces sólo se explicaba el Derecho común de los romanos, “en otro tiempo” —¿acaso el de Bermúdez?— se leían en las aulas las leyes reales. Agregaba que las Partidas estaban “en la mayor parte olvidadas” y lo mismo que otras leyes patrias se estudiaban “solo en el caso y la necesidad y no según los principios y con las reflexiones que en ellas deben hacerse...”. Proponía Macanaz que en adelante las cátedras universitarias se asignasen principalmente para ese objeto. Para ejecutar esta medida —agregaba— con “madura reflexión y acuerdo” era conveniente pedir informes a las principales universidades. Poco sabemos sobre la suerte corrida por esta propuesta, ya que el conocido auto acordado castellano del mismo año 1713 trata una materia afín —la aplicación de las leyes del reino en los tribunales— pero no precisamente ésta referida a la instrucción jurídica. Eso sí, la idea de Macanaz — también su autor?— levantó abierta oposición en Salamanca⁶⁹.

El testimonio de Macanaz es sustancioso. Su incidental referencia a que “en otro tiempo” se habían enseñado en las universidades las leyes del reino nos lleva a sospechar sobre una involución hacia un romanismo puro. La propuesta apuntaba hacia una renovación metódica. En efecto, el criterio en uso formaba al estudiante en la utilización instrumental de leyes y opiniones, sobre la creencia de que la

⁶⁹ MARTIN GAITE, 226-227. Una interpretación de este informe en ALVAREZ DE MORALES, 16-17.

naturaleza casuista del Derecho exigía el libre juego de las mismas en apoyo de las diversas soluciones. En cambio, al propugnarse el estudio de las leyes del reino se enfatizaba la idea de que esas soluciones estaban en las leyes y no en la disputa dialéctica. En rigor, esto no era nuevo. Ya en 1630 el licenciado Francisco Barreda escribía que “la verdadera jurisprudencia” estaba en las leyes de los reinos, aunque el estudio del Derecho romano y particularmente de los autores formaban al juriconsulto proporcionándole la ciencia y adiestrándolo en el conocimiento y distinción de lo justo⁷⁰. Es decir, esta acentuación sobre el papel determinante que cumplían las leyes reales dentro de la instrucción jurídica era uno de los hilos conductores que llevaban a la transformación metódica que estamos interesados en descubrir. En este preciso sentido es, pues, destacable el pensamiento de Macanaz contenido en la citada propuesta.

El movimiento crítico-reformador que se desarrolló después de 1740 tuvo numerosas y variadas expresiones, estampadas en libros, discursos, cartas, representaciones, pareceres, ya abordando el tema como punto central, ya de modo incidental. Junto a figuras destacadas en el horizonte intelectual —tales como Gregorio Mayans, Juan Francisco de Castro o Gaspar de Jovellanos— encontramos algunos nombres oscuros e incluso memorias anónimas. Desde nuestro ángulo visual interesa observar el conjunto, en tanto expresaba una sensibilidad colectiva en favor de la reforma del método y contenido de la enseñanza. En afirmaciones y en silencios podemos recoger huellas que permiten registrar el avance de la concepción sistemática.

Este conjunto de escritos que he reunido y me sirven para articular la cuestión que desenvuelvo⁷¹ tienen puntos en

⁷⁰ Introducción a LEÓN, *Tratado...*

⁷¹ La nómina de escritos utilizados es: Representación hecha al Exmo. Sr. MARQUÉS DE LA ENSENADA...; MEDINA Y FLORES, Representación; MORA Y JARABA, *Tratado crítico...*, 196 ss.; Representación del MARQUÉS DE LA ENSENADA a Fernando VI en 1752, recogida por SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo*, 89-90; BARBADIÑO, *Verdadero método*, IV, 62 ss.; CASTRO, I; Mayans y su plan de 1767 en M. y J.L. PESET, 244 ss.; D.A.S. y Stº, Discursos...; PÉREZ VILLAMIL, *Disertación...*; *Discurso sobre la obser-*

común, dentro de estilos diferentes. Su principal característica es que, casi todos, se expusieron fuera de las aulas y representaban una postura de enfrentamiento —a veces agresivo— al modelo de enseñanza dominante. A tal grado llegaba ese recelo, que algunos postulaban que la nueva instrucción se hiciera fuera de los claustros. Como es sabido, éste fue uno de los estímulos —no el único ni acaso el más determinante— que dio origen a las academias de jurisprudencia surgidas en el mundo hispano en la segunda mitad de la centuria.

Estos escritos estaban destinados a influir en la renovación de la vida universitaria en los últimos decenios del XVIII y principios del XIX. En las bibliotecas americanas de la época se destacaba la presencia de los más prominentes escritos críticos, entre otros los de Castro y Mora y Jarraba.

La primera consecuencia de esa reforma en ciernes era el ocaso de una enseñanza basada en las leyes romanas y en las opiniones de los autores. En las reflexiones quedaba involucrado —aunque no fuese más que implícitamente— el método hasta entonces dominante. Si la naturaleza del Derecho era casuista, la antigua orientación metódica tenía su razón de ser, y posiblemente de subsistir. En cambio, si el ingenio humano era capaz de ordenar en sistema el material jurídico, la reforma era sustancial y necesaria, partiendo desde la enseñanza y expandiéndose hacia los restantes niveles de la esfera del Derecho. Ninguno de los escritos escogidos — salvo acaso el de Pérez y López— abordaron la cuestión con la profundidad deseada.

Se detecta en dichos escritores —superando cierta ambigüedad tanto en la crítica como en la propuesta— un convencimiento acerca de la posibilidad y conveniencia de ese cambio. Hervás y Panduro, procurando reflejar el estado

vancia...; AZEBEDO, *Idea...*; HERVÁS Y PANDURO, *Historia*, IV; VILLAVA, *Apuntes; Parecer y dictamen*, 184 ss.; JOVELLANOS, Carta al doctor A. Fernández de Prado; Plan de Toribio Rodríguez de Mendoza en VARGAS UGARTE, 94 ss.

de la opinión, decía: “Los críticos convienen en que son innegables la confusión, inutilidad, contrariedad y mal orden de muchas leyes del Derecho romano; y esta opinión, casi común, y bien fundada, ha estimulado a no pocos Autores a ponerlo en sistema o darle método más fácil”⁷². De ahí, el enaltecimiento dado a las Instituías y otros intentos del mismo o distinto tipo, que veremos más adelante.

Las limitaciones que presentaba la aplicación de un criterio sistemático puro en las aulas llevó a postular su moderada introducción. Así un anónimo jurisconsulto, al proyectar un nuevo plan de estudios, se inclinaba a una enseñanza sistemática para los principiantes pero reservando las cuestiones problemáticas del Derecho para los más adelantados⁷³ No es aventurado considerar que este criterio tenía un lugar ganado en la mentalidad de la época si recordamos que precisamente Vinnio, al ocuparse del método del Derecho, sostenía: “En todo arte ha de hacerse lo que acostumbran los pintores, que en primer lugar, tiran las primeras líneas y bosquejan su obra, hasta que después la pintan cual conviene: pues, primero se ha de empezar por aprender las cosas superficialmente y en globo, y después emplear mayor diligencia y sutileza; aquello, para los principiantes; esto para los que desean consumarse en la ciencia”⁷⁴.

La aspiración generalizada entre estos escritores era la de enseñar en las aulas el Derecho patrio en sustitución del romano, quedando éste para algunos como estudio fundante de aquél, para otros en el nivel de antigüedad erudita, no fallando quienes sostenían su eliminación total. En la mayoría predominaba la idea de dar preeminencia —cuando no exclusividad— a las leyes del reino. Eran muy pocos los que mantenían respeto por las opiniones de los autores —objeto por entonces de muy dura crítica— y en el mejor de los casos, solo se exceptuaban de la censura los autores hispanos.

⁷² HERVÁS Y PANDURO, IV, 18.

⁷³ *Parecer y dictamen*, 188-190

⁷⁴ VINNIO, I, I (t. I, 12).

Bajo este programa de enseñar las leyes del reino bullían preocupaciones metódicas. Barbadiño —seguido y refutado a la vez— encontraba la falta de método como defecto principal en los juristas⁷⁵. No se trataba, pues, de explicar las leyes patrias con el mismo criterio que se aplicaba al Código y al Digesto. Algunos destacaban entonces el orden de las antiguas Partidas. Otros tenían por modelo a las Institutas. No faltaban los que vislumbraban la más moderna idea de codificación. Casi todos coincidían en la necesidad de redactar un nuevo cuerpo legislativo y didáctico —al mismo tiempo o en forma separada—. “La edición de unas perfectas instituciones hispánicas”, con comentarios, proponía Medina y Flores; la preparación de un Código o Digesto teórico-práctico, con el extracto de una Instituta, reclamaba Mora y Jaraba; “un cuerpo metódico de derecho español” postulaba Juan Francisco de Castro; “unas Instituciones que sean un compendio breve y claro” del Derecho real, sugería Mayans; “un código legal breve y claro”, establecía Hervás y Panduro; un cuerpo legal sobre la base de las Partidas, reclamaba Azevedo; “buenos códigos civil y criminal” que sean objeto de estudio, peticionaba Victorián de Villaba. Pérez Villamil, en fin, prefería marcar la carencia recordando que Leibniz advertía la falta de un libro donde estuviesen los elementos del Derecho al día, “breve y metódicamente escritos”.

El aparente legalismo que brotaba de estas propuestas quedaba atemperado cuando los mismos autores establecían la necesidad de otras disciplinas que concurriesen a formar los letrados. Así uno de aquellos críticos más conocidos, Juan Francisco de Castro, apuntaba que quien “piensa ceñir con solo el texto de las leyes la facultad legal, está muy lejos de llegar a ser abogado perfecto”. Se destacaban, en primer plano, como materias formativas, la Historia y el Derecho natural, agregando otros la Política, la Filosofía, la Teología. La Historia es “maestra del mundo” y con ella “se

⁷⁵ BARBADIÑO, IV, 62.

concilian muchas aparentes contrariedades en los Derechos; y sin ella muchas leyes son imperceptibles”, decía Castro⁷⁶. “Son imponderables los males que ocasiona la ignorancia de la historia, y mucho más la de la legislación. Porque no sabiéndose las causas de las leyes, las circunstancias en que se expidieron, el espíritu que las dictó, ni sus resultas en beneficio o daño del Estado, se repiten y multiplican infructuosamente: y acostumbrándose los ánimos a ver su inobservancia, inutilidad e ineficacia para remediar los males públicos, se debilitan en ellos las impresiones de sumisión y respeto con que todos los ciudadanos deben mirar a la autoridad legislativa, y obedecer sus órdenes y decretos”, alegaba hacia fines de siglo Sempere y Guarinos⁷⁷.

En consonancia con estas ideas, los distintos autores proponían ya una Historia del Derecho romano —dentro de la concepción formativa más arriba enunciada—, ya una Historia del Derecho real, sin alcanzar por cierto las ambiciosas metas de Sempere. Esta corriente historicista era vigorosa desde un punto de mira conceptual, aunque su despliegue concreto fuese aún embrionario.

Adviértase también que, pese a la introducción del Derecho natural, no desaparecía la Teología como conocimiento necesario o útil para el letrado, pues en el ámbito hispano estaba arraigada, no habiendo sido ajena a la renovación humanista. Así, la seguía mencionando un crítico como Castro. Ello ocurría en momentos en que tendía a desdibujarse aquella estrecha conexión entre los Derechos civil y canónico, que daba unidad al saber jurídico. Se percibían ya entonces los síntomas de la secularización del Derecho.

La formación exclusivamente romanista de los letrados —que había predominado en pasados tiempos— entraba en franca declinación. Era ya insuficiente a ojos vistas para atender, por ejemplo, a los oficios públicos que algunos

⁷⁶ CASTRO, *Discursos*, I, 264-265.

⁷⁷ SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del lujo...*, I, 4.

estaban llamados a desempeñar. A este respecto, Mariluz Urquijo destaca la opinión de empinados ministros en el último cuarto del XVIII. Es particularmente sugestiva su constatación en el sentido de que algunos pretendientes a esos empleos en América, además de la mención del grado universitario, alegaban en los pertinentes memoriales su gusto o versación en otras disciplinas de las cursadas en las aulas. El Derecho natural, el Derecho público, la economía política, la historia, la ética, figuraban entre ellas. También solían indicar su conocimiento en algunas de las lenguas modernas⁷⁸. Cuando los aspirantes reiteradamente alegan de un mismo modo es porque conocen de antemano la receptividad de la vía utilizada. Así estos testimonios revelarían, de una parte una difundida convicción sobre ciertas carencias en la formación universitaria y de otra un pronunciado aprecio hacia las mencionadas disciplinas como necesarias en la formación de quienes pretendían acceder a los oficios públicos.

Se refuerza lo dicho con otro valioso testimonio, también recordado por Mariluz Urquijo. El criollo Manuel Belgrano confesaba que su aplicación no la había contraído tanto a la carrera de leyes —que había ido a cursar a la Península— como al estudio de las lenguas vivas, de la economía política y del Derecho público. Decía, además, que había rechazado la posibilidad de graduarse de doctor por considerarlo un empeño que le haría gastar “en sutilezas de romanos” un tiempo que más aprovecharía en estudiar otras cosas⁷⁹.

Se percibe así que las ideas expuestas por los escritores renovadores iban penetrando en la burocracia y en los más altos círculos de decisión política, aunque su acción fuese menos efectiva sobre el ámbito estrictamente universitario.

⁷⁸ MARILUZ URQUIJO, “El asesor letrado...”, 212-213; y del mismo autor, “El saber profesional...”, 262-271.

⁷⁹ Ídem, “El saber profesional...”, 271.

3. Las propuestas de Jovellanos y de Rodríguez de Mendoza

Algunos de los escritos que integran este movimiento crítico-reformador merecen ser examinados particularmente por ser piezas orgánicas y ofrecer, dentro de su género, ejemplos representativos de las nuevas apetencias. He elegido dos, ambos de fines de siglo, uno pensado desde fuera de la Universidad, otro desde dentro; el uno peninsular, el otro americano.

La propuesta de Jovellanos está contenida en una carta dirigida al doctor Antonio Fernández de Prado, de la Universidad de Oviedo y fechada en Gijón el 17 de diciembre de 1795, en donde se declaraba “contra el dañoso método de la enseñanza del derecho, que de tan antiguo siguen, y que todavía protegen nuestras universidades”⁸⁰. De manera sumaria y clara, Jovellanos planteaba la formación del letrado desde sus raíces, es decir desde los rudimentos que debía aprender antes de cursar la facultad de leyes. Punto de partida era que la enseñanza se suministrase en lengua castellana, cuyo cultivo alentaba, sin por ello condenar el estudio del latín. Después del “arte del bien hablar” debía pasarse al de “discurrir o raciocinar bien”, mediante la lógica. Luego vendría la geometría, “la verdadera lógica del hombre”; la física experimental; la ética, de la cual “es inseparable el del derecho natural”; el derecho social o público universal, para conocer “los derechos y deberes recíprocos” de las sociedades.

Instruido el joven en estas disciplinas, consideraba Jovellanos que era innecesario el estudio del Derecho romano y de las Institutas de Justiniano. En cuanto a los “principios de justicia natural” que contenían estaban suplantados ya en la instrucción del joven, y en cuanto a las leyes positivas, eran ya inaplicables en la sociedad actual. Se pronunciaba así por su destierro absoluto de las aulas.

⁸⁰ JOVELLANOS, Carta...

En esta carta Jovellanos se ocupaba especialmente del Derecho civil, aunque consideraba que sus ideas globales eran también aplicables al campo canónico. Dicho estudio debía empezar por “una buena y breve historia” del Derecho patrio, aunque encontraba el mayor obstáculo en la falta de libros apropiados. Conocida la Historia era preciso entrar en los elementos del Derecho, poniendo por cabeza al “derecho público interior”, estudio —decía— que “por desgracia está enteramente despreciado u olvidado”. Bajo ese título, Jovellanos proponía el examen de la constitución política de la Monarquía en su más alto sentido. La dificultad volvía a aparecer en punto al libro donde se pudiese estudiar tal disciplina. Desechada la obra de Pérez Valiente en términos severos, recomendaba por ahora el examen de la Partida 2^a, complementándola con la historia posterior.

Después colocaba al “derecho privado”, puntualizando que debían abordarse “solamente los principios de la ciencia legal”. Nueva dificultad encontraba en los libros de enseñanza. No le satisfacían las *Instituciones* de Asso y de Manuel. Su principal defecto consistía en “no estar escritas en método racionado, y por consiguiente ni establecidos los principios generales del derecho, ni referidas a ellos las leyes como consecuencias suyas; circunstancia que es esencial en toda obra elemental en que se trate de convencer la razón y ordenar las ideas en un sistema científico”. Instaba al hipotético catedrático a recurrir para ello a las Partidas y no a las leyes de Toro ni a la Recopilación. Insinuaba aprecio hacia la *Curia Filípica*, pero encontraba en la misma “dos grandes defectos”: “Uno, que tampoco está escrita en método racionado: otro, que su división no es la más oportuna para abrazar el sistema completo del derecho”. Terminaba confesando su fracaso en la búsqueda del libro ideal: “...por más que revuelvo en mi idea, no encuentro un solo libro, ni castellano ni latino, que pueda señalar como conveniente para la enseñanza del derecho español”. Pero enseguida aportaba su solución: “¿Sabe usted lo que yo

quisiera para nuestras universidades? Una obra como la de Domat, intitulada *Leyes civiles en su orden natural*". Una traducción y el reemplazo de las concordancias francesas por las leyes castellanas era la propuesta final para esta empresa. Sorprendente y paradójico era que después de haber defendido con tanto ardor la lengua y el Derecho nacionales, Jovellanos terminase adoptando para la enseñanza una obra francesa, sin antes haber agotado la nómina de libros españoles que habían aparecido con análogos objetivos.

La preocupación permanente de Jovellanos era que el estudiante recibiese al Derecho como un sistema científico, construido por el artificio humano. En eso residía tanto los sucesivos pasos de su formación como la dificultosa elección de los libros que servirían a ese propósito. Se alejaba así al aprendiz de todo contacto con una esfera problemática, con la atención a las circunstancias del caso. Sobre esta dicotomía no había consideración alguna. Era, pues, esta propuesta de Jovellanos un ejemplo bien expresivo de un estilo que acentuaba la preparación intelectual con sólidas bases teóricas y cierto desdén hacia la praxis jurídica.

Algunos puntos en común tiene el plan de estudios elaborado por el peruano Toribio Rodríguez de Mendoza, rector del Real Convictorio de San Carlos, en Lima, hacia el último decenio del XVIII. Lo dio a conocer hace unos años el P. Vargas Ugarte, en un texto incompleto, pero que permite conocer su parte sustancial⁸¹. Rodríguez de Mendoza, como Jovellanos, ponía énfasis en el Derecho civil antes que en el canónico. Para él el jurisconsulto debía estudiar tres Derechos: el natural, el civil y el canónico. Aquél era común a todos los hombres, el segundo correspondía al Estado y el último a la Iglesia. Sobre esta tríada desenvolvía su propuesta.

⁸¹ VARGAS UGARTE, *El Real Convictorio...* Agradezco este valioso dato a José M. Mariluz Urquijo. Una copia se encuentra en la colección MATA LINARES (RAH, t. 80, fs. 1-92), según informa TEN, quien aporta otros datos referidos a este plan, aunque no se ocupa de su gravitación en la reforma de los estudios jurídicos.

Consideraba que el Derecho natural era “el fundamento de toda legislación” y que “la sabiduría y la justicia de las leyes positivas se deben calcular por la mayor o menor conformidad que tienen con él”. Los principios esenciales del Derecho natural daban al letrado un instrumento idóneo para la interpretación de la casuística jurídica. Para su estudio se inclinaba por el libro de Heinecio y así se hacía en el Real Convictorio, por habérselo adoptado en la Corte. Personalmente prefería los *Principios del orden esencial de la naturaleza* de Pérez y López, estimado como “un libro de oro escrito con método, concisión, sublimidad y claridad”, además de la ventaja de ser español.

El Derecho civil era el “municipal y propio de cada nación”. Este, pues, debía ser objeto de enseñanza, como ya lo habían propugnado Simón Abril y otros autores modernos que invocaba. El fin de ese estudio era “la defensa y administración de la justicia y el discernimiento de los particulares y del mismo rey: luego es preciso que en los colegios y universidades se estudie y enseñe la teórica que después se ha de practicar en los tribunales”. De ahí que considerase inútil el estudio del Derecho romano, pues de un lado las leyes dignas de saberse han sido recogidas en la legislación del reino “con más orden y claridad”, y de otro las máximas y principios de Derecho natural en el mismo contenidas se pueden adquirir “con mayor distinción y claridad en unas instituciones metódicas de este derecho”.

La preocupación metodológica estaba presente en Rodríguez de Mendoza, como en todos los autores que ubicamos dentro de este movimiento renovador. En cuanto al Digesto y al Código —los clásicos cuerpos de la enseñanza del pasado— decía, citando a Viscaíno Pérez, que estaban lejos de constituir “un edificio regular, trabajado con proporciones geométricas”, y más bien parecía “una magnífica obra empezada y no concluida, donde se ven columnas maravillosas y primorosos pedestales”.

Sin pronunciarse sobre las Institutas de Justiniano, pre-

fería a las Partidas al considerarla como “la más metódica y comprensiva y reglada que se descubre en la legislación de las naciones”. En otro pasaje abundaba en el elogio al decir que era el “código de legislación el más sabio, el más completo y abundante, el más recomendable y el más excelente de todos los que se conocen no solo en España sino en toda la Europa y aun en el mundo todo”.

En cuanto a los libros convenientes para estudiar el Derecho real, consideraba solo dos posibles: las *Instituciones* de Asso y de Manuel y el Compendio de Vizcaíno Pérez. Siempre bajo la óptica metodológica, Rodríguez de Mendoza decía que el primero trataba sólo el Derecho privado y no el público y que “el empeño que tomaron de seguir prolija y escrupulosamente el método geométrico ha ocasionado mucha oscuridad y confusión en esta obra”. Más que una instituta era “un prospecto o diseño” de la misma. En cambio, el de Vizcaíno Pérez merecía su preferencia, tanto por contener ambos Derechos —público y privado— y ser compendio de las Partidas, como por estar colocadas las leyes “en un orden natural, concatenado, claro y admirable”. En lo relativo al Derecho indiano, sostenía que por la falta de “unas institutas compendiosas” se debía enseñar accesoriamente al explicar el de Castilla y no en forma separada.

En síntesis, el plan de Rodríguez de Mendoza proponía el reemplazo de las antiguas cátedras de leyes, por otras de Derecho natural, de Derecho español y de Derecho indiano, dejando para el estudio del Derecho romano la cátedra de Instituta, o acaso reemplazándola por una de “antigüedades romanas”.

Al igual que en la carta de Jovellanos, vemos en el plan del peruano una dominante preocupación por dar un orden sistemático al estudio del Derecho nacional, con prescindencia del Derecho romano por haber quedado inútil su actual contenido. Un legalismo mitigado por el Derecho natural y una constante apelación al método asomaba en la propuesta. Como Jovellanos, también Rodríguez de Mendoza se mos-

traba poco afecto a las Instituciones de Justiniano y, en cambio, ferviente admirador de las Partidas. Un hecho corrobora esta afirmación. Al aplicar sus ideas en el Convictorio limeño, las críticas lo obligaron a reimplantar las Instituciones en vez del *Compendio* de Vizcaíno, pero en cuanto pudo volvió a la utilización de esta última obra.

4. Las “Conversaciones críticas e instructivas” de Pérez y López

El examen del movimiento crítico-renovador se cierra con un pequeño libro publicado en 1795 con el sugestivo título de *Conversaciones críticas e instructivas sobre el estudio de los derechos civil y canónico de las Universidades*. Su autor fue el sevillano Antonio Xavier Pérez y López, pero su nombre sólo era mencionado de modo indirecto. Pérez y López había muerto tres años antes y es probable que esta edición póstuma de las *Conversaciones* se deba a su yerno, Juan José Tamariz y Aguayo, continuador del difundido *Teatro de la legislación*⁸².

El escrito que ahora nos interesa es obra de pensamiento, en la línea de otro libro importante del autor, el denso y recordado *Principios del orden esencial de la naturaleza...* Poco sabemos sobre su circulación e influjo. Una primera impresión es negativa y hasta hoy dicho escrito ha permanecido casi desconocido para los cultivadores de la historia jurídica⁸³. Estimo que su mayor interés reside en representar el estado mental de la época al ofrecernos, a través de la ficción literaria, una postura crítica, acompañada del aporte del moderno pensamiento europeo combinado con la tradición hispana.

La obra recoge dos conversaciones: la primera sobre la

⁸² MARILUZ URQUIJO, “El Teatro...”, 267-280.

⁸³ La única excepción que conozco es CLAVERO, “La disputa...”, especialmente 327-329. Estas referencias me llevaron a localizar la obra en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Sevilla.

jurisprudencia civil y la segunda, sobre la canónica. A ojos vista, la primera parte es la más sustanciosa, y en la cual el autor parece haber volcado con agudeza y estilo suelto, su postura crítica y renovadora. La segunda, algo más densa, se detiene en rodeos particulares sin alcanzar la fuerza expresiva de la primera. Al final del diálogo se anuncia que en otra conversación se haría la censura de la práctica y otros ramos de la jurisprudencia, lo que no se concretó. ¿Se trata de un escrito que quedó trunco a la muerte de Pérez y López?

La trama es sencilla. Se finge una controversia entre dos personajes mientras un tercero actúa como dictaminador. El crítico es don Justo Sutil, un estudiante de jurisprudencia que, decepcionado, ha abandonado las aulas bajo el atractivo de los nuevos métodos de las ciencias exactas y la física. De contrapunto le sirve don Ángel Escolar, quien, escandalizado ante los dichos de su interlocutor, formula algunas débiles defensas del método establecido. Y, por fin, como maestro aparece don Patricio Bono, que modera el debate oyendo a uno y otro. La trama revela que Sutil es quien, tomando a su cargo la parte principal de la conversación, desenvuelve los argumentos que a la postre resultan triunfantes. Escolar, a su vez, sirve bien el papel de erigirse en un defensor de lo existente que, ante la fuerza argumentativa del censor, retrocede haciendo algunas concesiones y a veces aparatosos contraataques que se vuelven en beneficio de Sutil. En los últimos tramos de la segunda conversación queda Escolar tan aturdido que llega a sostener que el Derecho canónico “casi no sirve” para los civilistas, lo que merece la vibrante refutación del maestro Bono. Al asumir este último el papel de moderador, es cauto en sus juicios y reserva frecuentemente su dictamen, aunque va dando la razón a Sutil, ya en sus afirmaciones, ya en sus silencios.

Es preciso introducirse en la trama de este diálogo siguiendo sus principales cauces de desarrollo, dada la importancia que tiene para nuestro tema, pues es el único debate

conocido —aunque sea fingido, refleja la realidad— en el cual se aborda, en opiniones dispares, la penetración de la idea ordenadora de sistema en la enseñanza de la jurisprudencia. Cabe adelantar que no encontraremos aquí una controversia a velas desplegadas, en primer término, por la débil postura de Escolar. No obstante, pueden percibirse en sus argumentos y objeciones algunas de las comunes razones que seguramente se oían por esos días en boca o en pluma de quienes asumían una postura reaccionaria o inmovilista. Esto revela, a mi juicio, la intención puesta y el pensamiento del autor, que late en el crítico Sutil y en algunas expresiones moderadoras del maestro Bono. Veamos este despliegue a través de una apretada relación de su contenido.

El diálogo tiene su punto de arranque cuando los contertulios Escolar y Bono, sorprendidos, le piden a Sutil que explique en virtud de qué razones ha abandonado los estudios de jurisprudencia, después de haber cursado los Derechos común, canónico y natural y de haber realizado algunos años de práctica. Sutil alega entonces que antes “tenía las ideas confusas, así por falta de método, como por la ignorancia de otras nociones exactas”, y su transformación mental se debió a las enseñanzas que le proporcionó un ingeniero amigo, Mr. l'Esprit, durante los dos años que estuvo en Medinaceli, su patria, introduciéndolo en el conocimiento de la física experimental y en el mundo de las ciencias naturales. La imagen de un maestro extranjero y de un ambiente extra-universitario sirven de marco a esta transformación. La posterior aclaración de que aquél era católico permite, a su vez, disipar escrúpulos.

Ante el requerimiento de sus contertulios, Sutil explica las enseñanzas recibidas. En cuanto al método, dice, “el estudio de cualquiera ciencia se debe empezar por su definición, y por la de cada una de las materias que comprende; que de estas definiciones bien exactas y analizadas, se han de deducir las reglas generales o axiomas: de éstos las demás conclusiones, que son al modo de teoremas y problemas, expli-

cándolos, cuando fuere preciso, por medio de un escolio”. Al ejemplificar su explicación en el campo de la geometría, con el cuadrado y el círculo, Escolar le contradice alegando que si ese método puede ser bueno para las ciencias exactas, no lo es para la moral o la jurisprudencia, donde la certeza y evidencia matemáticas no se puede dar, ya que la materia “es intrincada y oscura”. No es su contrincante sino el maestro Bono quien, replicando a Escolar, rechaza tal diferencia metódica entre unas y otras ciencias, y adelanta su juicio en favor de la aplicación de aquellos criterios a la moral y a la jurisprudencia, sin ahondar en la cuestión.

Ante las incitaciones de su contendor, Sutil justifica sus afirmaciones en torno a la falta de método en la enseñanza de la jurisprudencia, recordando que en las aulas se explicaban los Derechos sin orden, empezando por cualquier materia, generalmente las más difíciles e intrincadas, sin abordar primero los rudimentos, sin ir estableciendo definiciones, clasificaciones, sin atenerse al orden geométrico que preconiza. Sostiene que los cuerpos legales “no son metódicos, ni proporcionados para la enseñanza pública”, y agrega que no sirven, especialmente el Derecho civil común “para la instrucción de la ciencia legal, y la administración de justicia en España”. Ante la réplica de Escolar, fundada sobre todo en la larga tradición de esa enseñanza y en la autoridad de que gozaba, Sutil vuelve a la carga señalando de una parte que “su fondo es apreciable” y de otra marcando la existencia de una corriente de pensadores que en España —Vives, Cano y Covarrubias— y fuera de ella —Berulamio, Descartes, Newton y Grocio— “descubriendo el verdadero método y el norte de las ciencias, por el rumbo de la crítica, de la experiencia y del estudio del Derecho natural y de gentes, abrieron un camino real, que conduce al Templo de Minerva a los viajeros que no están preocupados, y al mismo tiempo manifestaron los extravíos o rodeos del método antiguo de estudiar”. Encuentra en Muratori y en Domat —sobre todo en este último— los apoyos más modernos. Precisamente era

Domat el eje sobre el cual descansaba el dictamen que enseguida daba el maestro Bono para poner punto final a esta parte de la discusión. Según dice, en aquella obra quedaba tanto demostrada la falta de método de los cuerpos legales romanos como la existencia en los mismos de buenas reglas de Derecho natural y de gentes. La verificación —agrega— se podía hacer cotejando los tratados elaborados por Wolff y Heinecio con el mismo Derecho común, encontrándose conformidades en reglas y razones naturales en varias materias, aunque también hay algunos principios injustos.

Los argumentos de Sutil y el dictamen de Bono terminaron por rendir a Escolar en lo referente al método, pero aún así éste alegaba la utilidad de aquellas buenas reglas que lucían en esos cuerpos romanos. Es entonces cuando el duro censor inicia un nuevo ataque, replicando vigorosamente que “su inutilidad es más clara que la luz del medio día”, tanto por su falta de método como porque no tienen fuerza legislativa en España. Entonces saca a relucir las Partidas, haciendo del código alfonsí una significativa revalorización y deplorando que su enseñanza no se hubiese continuado desde el siglo XVI. Atendamos al elogio en boca de quien propugnaba una profunda mutación jurídica: “... este cuerpo legal, además de contener las definiciones de cada materia, sus divisiones, principios, y reglas generales, que le hacen científico; es también mucho más breve y metódico que las Pandectas y Código, y abraza a un mismo tiempo el Derecho Real y Canónico de España, que gobernaba entonces, así particular como público: además de esto comprende un tesoro de sentencias de los mejores Filósofos de la antigüedad y de los Santos Padres, y es justamente un Compendio histórico de las primeras dignidades, empleos, y loables usos y costumbres de la Nación, brillando en casi todas sus leyes los mejores rasgos de una moral evangélica y sólida, de una sana política, y de una humanidad amable, de una Religión verdadera, de una justicia exacta, y sin aceptación [sic] de personas; y en fin, de todo aquel fondo de piedad, sabiduría y

erudición que han conocido los Saavedra, y Mayans, y que ignoro por qué desgracia nuestra se sepultó en el abismo del olvido”. Más todavía, al objetar Escolar que las leyes alfonsinas se tomaron del Derecho común y concuerdan con el mismo, Sutil replica forzosamente que las Partidas recogió sólo una parte pequeña de las leyes romanas.

La vigorosa arremetida contra los cuerpos romanos creaba un vacío normativo que era preciso cubrir de inmediato. Para ello las Partidas reunía condiciones mínimas indispensables. Era un cuerpo integral, con un buen orden externo, que gozaba de una autoridad mítica entroncada con los orígenes de la lengua castellana, que reunía los más sabios principios y reglas de Derecho conocidos en la antigüedad, y había sido admitida dentro del orden jurídico por promulgación del rey en las Cortes. Para quienes vinculaban la noción de progreso apegada a la tradición —¿eran tal vez los más?—, las Partidas representaban, pues, la mejor expresión nacional que podía ofrecerse —aun con sus defectos silenciados— como alternativa al combatido Derecho común, superando de este modo el cotidiano recurso a leyes y autores extranjeros.

Ni la propuesta era novedosa, ni quedaría olvidada. Forma parte de una historia que nos llevaría muy lejos. El cuerpo alfonsí, entre mediados del XVIII y hasta la codificación decimonónica, se convirtió —más allá de su vigencia normativa— en un modelo legislativo que sería centro de discusión en el dilatado mundo hispano.

Volvamos a nuestro diálogo fingido. Después de una escaramuza entre Escolar y Bono, de la cual queda enaltecido el Derecho público en detrimento del privado, Escolar saca a relucir un arma que él considera mortífera para la argumentación de su adversario. Dice entonces que en las Institutas se puede percibir un método ordenado y exacto que responde a las mismas recomendaciones del maestro francés de Medinaceli. La división “es completa, clara, breve, tiene todas las excelencias posibles” —concluye— pues trata de las perso-

nas, las cosas y las acciones. En el desarrollo de una animada discusión, Sutil afirma su tesis de que “esas Institutas no son útiles para el conocimiento del Derecho Real”. De este modo, el censor elimina de la competición al otro modelo que aparecía en el mundo jurídico, afirmando implícitamente el papel peraltado de las Partidas.

Ante cierto desdén de Escolar sobre la excesiva importancia concedida al Derecho natural, Sutil alega que desde la antigüedad todos los sabios y naciones han marcado la necesidad de su conocimiento, a tal punto que los filósofos modernos expresan que “sin el conocimiento del Derecho Natural no se pueden establecer leyes civiles con acierto”, afirmación que resulta ratificada por el maestro Bono al decir que “el Derecho Natural es el principio, el cimiento y el alma del Civil”.

Cuando la controversia entra en su segunda parte —el Derecho canónico—, se imponen algunas limitaciones. Tanto el maestro Bono como el replicante Escolar creen advertir que, siendo el Derecho civil mejor punto de críticas, el canónico no merecerá análogas censuras por parte de Sutil. Sin embargo, éste anuncia su crítica orientada a perfeccionar su fondo y método, y a mostrar la falta del Derecho canónico particular de España e Indias, pero respetando su autoridad.

El diálogo cobra así interés con relación a diversas cuestiones, pero asoma como eje del mismo el asunto del método, que precisamente es lo que aquí interesa destacar. Sutil sustenta en general la tesis de que los cuerpos canónicos no son los más a propósito para enseñar el Derecho canónico común y mucho menos para el particular de España e Indias, tanto por su formación como por su contenido casuista, aun cuando admita que puedan seguir siendo aplicables en el gobierno de la Iglesia, distinguiéndose así el plano de la instrucción jurídica del legislativo. Aunque sólo al pasar lo señala explícitamente, sobrevuela en las palabras de Sutil la necesidad de que la enseñanza en las universi-

dades y colegios se haga por medio de “unas Instituciones Canónicas” —vocablo que rescata para esta parte del Derecho—, en donde se aglutinen los principios que sustentaban la rica casuística de los diversos cuerpos canónicos. La crítica principal está, pues, dirigida a poner de relieve en estos cuerpos “su falta de método para la instrucción científica del Derecho Canónico”. Pero al mismo tiempo se percibe una inusual comprensión del método escolástico empleado por Graciano en el Decreto, que “consiste por la mayor parte en argumentos, y en controvertir las cuestiones por la sentencia afirmativa y negativa”, lo que “agradó mucho a los doctores de aquel tiempo”. Ante la observación de Escolar de que la crítica metódica podía ser aceptable para los cuerpos canónicos, menos para las Decretales que son “breves y metódicas”, la réplica de Sutil se concreta en cuestiones particulares de contenido y no de método.

La conclusión queda en boca del maestro Bono, quien sustenta su dictamen sobre dos principios: la variedad de métodos —conforme a la materia y al propósito del autor— y la imposibilidad de alcanzar la perfección en las obras humanas. Así encuentra “buen orden” en el Digesto y en el Código y también en las Decretales. Pero también lo halla en obras más modernas, como en las de Domat, Wolff, Heinecio y otros en sus tratados de Derecho natural y de gentes. Estima, en fin, que los cuerpos y autores canónicos, guardan mejor orden que los civiles, a excepción del Digesto.

Al ofrecer esta síntesis de la controversia he procurado recrear el clima intelectual de la época, que aparece, a mi juicio, hábilmente representado a través de preguntas y respuestas, ansiedades y recelos, de una sociedad en transformación. Escolar era quien se hacía eco de los temores e inquietudes de un apreciable sector que desconfiaba de las novedades, mostrando prevención ante el pensamiento europeo no católico —como cuando exclama en cierto momento: “¡Bueno! el método de Wolfio, ese herejote...”—, ante las críticas metodológicas contra los Derechos romano

y canónico, y ante las nuevas disciplinas como los Derechos natural y público. En cambio, Sutil aparece como el abandonado de las nuevas ideas, con ciertos aires triunfalistas. Pese al vigor de sus planteos y respuestas, sin concesiones a su contrincante, sustentaba una postura que conjugaba el progreso con la tradición. Tres postulados aparecen enunciados con toda firmeza: la introducción del método geométrico en la jurisprudencia, la enseñanza del Derecho natural como disciplina básica, y el enaltecimiento del Derecho nacional, tanto el real como el canónico. Hace una cuidadosa estimación de autores españoles y europeos desde el siglo XVI —entre ellos Grocio, Descartes y Wolff—, excluye algunos más repelidos por la ortodoxia, como Pufendorf, y termina inclinándose por Domat, que responde —según vimos— a una línea más afín a la tradición hispana. Es también sugestiva su preferencia por el modelo legislativo de las Partidas, mientras se muestra inusualmente crítico de las Institutas.

Si en toda obra de ficción podemos detectar el pensamiento íntimo de su autor, sin dudar puede afirmarse que Pérez y López encarna a Sutil, aunque a veces sus inclinaciones lo lleven a establecer en Bono un punto de moderación a ciertos avances de aquél. Incluso me atrevo a considerar que tal pensamiento era representativo de un sector de los juristas, tal como lo hemos venido advirtiendo en las páginas precedentes. De este modo, así como Escolar recoge los recelos de muchos, Sutil asume las aspiraciones de otros muchos. El propósito subyacente de esta obra se inclinaba en favor de estas últimas, desarmando hábilmente las objeciones poco consistentes de los primeros.

En el nivel de la instrucción jurídica, la renovación metódica parece ganar la batalla. Pérez y López se ubica en una postura genuinamente progresista, es decir, marcando la senda de un futuro sin rupturas con la tradición. Bien merecería un estudio profundo la obra integral de este jurista, hasta ahora sólo conocido por su monumental aporte de

nivel forense y, a mi juicio, erróneamente ubicado por algunos autores entre los “reaccionarios”⁸⁴.

5. Modelos para renovar la didáctica jurídica

Para que una organización sistemática del Derecho se concretase era preciso acudir a modelos históricos o racionales que sustituyeran los antiguos patrones de la instrucción jurídica. Los modelos acompañan a los procesos históricos de transformación, como auxiliares indispensables. Llevan en sí una dosis variable de abstracción —¿o de utopía?— y reciben un mudable grado de estimación. Se hallan a veces dentro del propio ordenamiento vigente pero también fuera de la cotidiana esfera del jurista.

Los modelos que presentaré en punto a la renovación de la didáctica jurídica no tenían una estructura prefijada. Eran cuerpos legislativos, obras jurisprudenciales y disciplinas de rango universitario. Su función apuntaba a mejorar o sustituir el método de enseñanza, que se estimaba agotado, sin que necesariamente se excluyesen unos a otros.

a) *Las Instituciones, todo un género literario...*

Cuando los humanistas empezaron a plantearse la elaboración sistemática del Derecho, se les hizo patente la sugestiva clasificación de las Institutas en personas, cosas y acciones. Esta ordenación —que provenía de Gayo— era de tipo dialéctico. Si bien una vez elaborada aparece como división que iba desde lo general a lo particular, en su construcción operaba a la inversa. Es decir, dados dos conceptos se buscaba un género común que los uniformase. Se distinguía así del sistema axiomático-deductivo, desplegado por el iusnaturalismo⁸⁵.

⁸⁴ ELORZA, 87-90; HERRERO, 119-121. En una nota final, este último autor intenta atemperar esa calificación.

⁸⁵ GUZMÁN, “Dialéctica”, 30. Un esquema valorativo de esta tendencia con aplicación concreta al mundo hispano, y particularmente a Chile, en GUZMÁN, *Andrés Bello...*, I, 393-400. También me remito a SCHIPANI, 205-226.

La ubicación de las Institutas en el primer curso universitario y la inclinación que los humanistas sintieron por este libro justiniano es debido a su predilección por un saber claro, organizado sistemáticamente. Es en este punto donde Cavanna encuentra el nacimiento de la mentalidad generalizante y sistematizante del moderno hombre de leyes del continente europeo⁸⁶. Este ingrediente nuevo que se introdujo en las aulas no siempre operó en la dirección deseada por los humanistas, y en todo caso fue solo una elemental introducción al conocimiento jurídico, pues el meollo de éste lo seguían constituyendo los cuerpos “asistemáticos” civiles y canónicos. El razonamiento de los juristas continuaba siendo sobre los casos. El aporte del Humanismo fue, pues, modesto, aunque significativo. Se limitó a valorar uno de los libros del cuerpo justiniano colocándolo como paradigma metódico de la enseñanza, sin poder imponer un modelo propio. Este fruto tendría una larga per-vivencia, recorriendo todo el trayecto histórico que desde entonces se prolongó hasta la codificación⁸⁷.

Dentro del mundo hispánico encontramos también claros exponentes de esta tendencia valorativa. Es preciso en este punto volver una vez más a Bermúdez de Pedraza. Ya vimos que definía a la Instituta como “un epítome y cifra de todo el Derecho civil”, que argumentaba con la clásica división de personas, cosas y acciones para defender el carácter científico del Derecho, y que buscaba en ese libro los primeros y más claros principios de la jurisprudencia. Ahora cabe examinar con mayor detenimiento su obra, aneja al *Arte legal*, que publicada también en Salamanca en 1612 lleva portada y numeración independientes. Se titulaba *Paratitla y exposición de los títulos de los cuatro libros de las Instituciones de Justiniano*.

En la presentación, luego de señalar que esta Instituta es

⁸⁶ PIANO MORTARI, “Considerazioni...”, 286-287; del mismo, “Dialettica...”, 233-234; COING, *Historia*, 31; del mismo, “L’insegnamento...”, 189; CAVANNA, I, 189 y 374.

⁸⁷ Véase SCHIPANI, 227-228.

“la cartilla de los Derechos”, que por pequeña y fácil se puede aprender sin maestro —siguiendo en esto a Cuyacio—, transcribía una expresión de Duareno en la cual recomendaba que la instrucción inicial en el Derecho civil empezase por la lectura y conocimiento de los cuatro libros de la Instituta, que el joven podía hacer por sí solo siempre que el maestro proporcionase una breve explicación de ciertas “palabras y términos oscuros”. Esto precisamente era lo que se proponía hacer Bermúdez: “con suma brevedad y explicación de los términos, haré una Paratitla y declaración de los títulos de los cuatro libros de la Institua, para que ayudados los ingenios con estos tan esenciales Rudimentos les nazcan nuevos deseos de emprender lo más arduo y dificultoso, y entregarse con mayor osadía al ancho piélago de la Jurisprudencia, y así cumplirse con la intención del Emperador, que fue proponer lo más fácil para venir a lo más difícil, y de mayor trabajo, deseoso de que estime el que en esto he puesto, quien lo juzgase por guía de sus primeros estudios, y estudio de su mayor aprovechamiento”⁸⁸. Según se aprecia, la postura de Bermúdez, al buscar un saber claro y organizado para el principiante, se enrolaba dentro de las aspiraciones del Humanismo. Dado el carácter práctico de la obra y la difusión alcanzada, puede colegirse su proyección sobre la comunidad universitaria hispana.

Ya hemos visto cómo se aplicó el modelo salmantino en las universidades y también cómo en el Nuevo Mundo la cátedra de Institua tuvo —al menos en algún momento— una jerarquía académica superior a las demás ordinarias. Cabe recordar también la presencia de la obra de Bermúdez. Sin embargo, la orientación impresa en esas cátedras careció de elementos renovadores antes de mediados del siglo XVIII. Para esta época ya podemos verificar el nuevo sentido en algunos testimonios. Berni, al publicar su *Instituta civil y real*, decía que “el principiante ha de empezar

⁸⁸ BERMÚDEZ, 3-4 (*Paratitla*).

por lo más fácil para poder comprender lo difícil...”⁸⁹, y el marqués de la Ensenada remarcaba que las cátedras de Instituta eran las únicas útiles por ser un compendio del Derecho con elementos adaptables a nuestras leyes⁹⁰. Recuérdese también que unos años después, en 1771, al proponerse las cátedras para la nueva Universidad, el Cabildo Eclesiástico de Buenos Aires encontraba en la de Instituta “recopilados y reunidos a método científico los principios generales de la ciencia legal”⁹¹. De manera coincidente, el rector Errázuriz —en el Chile de 1794— veía en la misma la vía para “adquirir el hábito de digerir loablemente las materias, y de esplanarlas con método y franqueza, para poseer la buena polémica y sobre todo para fijar en la memoria esa inmensidad de especies agudísimas que se encadenan increíblemente en esta finísima obra elemental”⁹². Se podrían multiplicar las citas en análogo sentido, sobre todo a medida que se llega a los tramos finales del Setecientos.

Las Institutas —tanto libro como cátedra— eran vía adecuada para la renovación de la didáctica jurídica. Pero es preciso apuntar algo más para reforzar esa unión entre el modelo histórico y la reforma educativa. Como otras veces, acudimos nuevamente a la acepción y uso de vocablos, en este caso las voces *instituciones e instituta*, con proyecciones que fueron más allá de la esfera jurídica.

Bermúdez nos ofrece en 1612 una sugerente acepción, en Derecho, de la voz *institución* —así la escribía entonces—. Siguiendo a Juan Fabro, significaba la “introducción de los primeros principios para el conocimiento de lo más profundo de las ciencias”, con una visible tendencia a dar categoría universal a un concepto nacido de una obra concreta. Este significado se consolidó en el siglo XVIII, cuando

⁸⁹ BERNI, *Instituta*, 2.

⁹⁰ SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo*, I, 89-90.

⁹¹ GUTIÉRREZ, 107.

⁹² GONZÁLEZ ECHENIQUE, 145-146.

decididamente aquellas voces aparecieron asociadas a lo metódico, exacto y regular.

En la pretensión sistematizadora en avance el vocablo empezó a utilizarse nítidamente. Ya en 1744 Medina y Flores proponía, con esa orientación, “la edición de unas perfectas instituciones Hispánicas, publicándolas en nombre de nuestro Monarca”, como lo hicieron Justiniano Y Alfonso el Sabio⁹³. En 1767 Mayans proponía reducir el Derecho real a “unas Instituciones que sean un compendio breve y claro de todo él”⁹⁴. Barbadiño propugnaba elaborar unas Instituciones canónicas para el principiante⁹⁵; y, en fin, Rodríguez de Mendoza explicaba que por falta de “unas institutas compendiosas” no se podía estudiar por separado el derecho de Indias⁹⁶. Según se aprecia a través de estos ejemplos selectivos, las voces estaban en la pluma de quienes empujaban hacia la renovación de la didáctica, aplicándola precisamente a disciplinas extrañas al Derecho romano.

El uso de las voces en el indicado se expandió fuera de la esfera jurídica, tal como lo comprueban los diccionarios de la lengua. Los más antiguos, el *Tesoro* de Covarrubias y el de autoridades de 1726, no alcanzaron a registrar esta acepción, lo que induciría a pensar que su introducción en el habla general fue más tardía. En cambio, es elocuente verificar que en ediciones más recientes del Diccionario académico figura como acepción de dicha voz institución la de “colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etc.”. A su vez, en la voz instituto —bajo la indicación de uso antiguo— encontramos este sentido: “intento, objeto y fin a que se encamina una cosa”. No es mi propósito desviarme en una indagación histórico-filológica —que sería interesante emprender— sino solamente apoyar con este dato lo que venimos observando: de una parte, que

⁹³ MEDINA Y FLORES, 51 ss.

⁹⁴ M. y J. L. PESET, *Gregorio de Mayans*, 247.

⁹⁵ BARBADIÑO, 177 ss.

⁹⁶ VARGAS UGARTE, 126.

dichas voces se propagaron no solo a otras áreas jurídicas, sino también a otras ciencias, siempre para designar los principios elementales; y de otra parte, puntualizar que en las acepciones mencionadas se percibe nítidamente una preocupación metódica.

La cuestión puede aún ser mejor iluminada si recordamos que, desde el siglo XVII, se formó y difundió en diversos países europeos el género “institucionista” en la literatura jurídica, consistente en comentarios y notas al libro justiniano de un lado, y de otro en incorporar la voz instituciones a las portadas de obras de Derecho romano, real o canónico, adoptando también con frecuencia su método⁹⁷.

Dentro del mundo hispano⁹⁸ constituyen ejemplos representativos de la primera tendencia los tempranos comentarios de Antonio Pichardo Vinuesa —Salamanca, 1608— o los posteriores de Vinnio y Heinecio, de amplia circulación en España y América. Con alcance comparativo, cabe mencionar la *Instituta civil y real* de Berni —Valencia, 1745— y las *Instituciones romano-hispanae* de Juan Sala —Valencia, 1795—. También la que llevó a cabo el oidor novohispano Eusebio Bentura Beleña, sobre el modelo de la justiniana con explicación de sus párrafos y notas acerca de lo dispuesto en las leyes castellanas e indianas y la opinión de los autores⁹⁹.

Entre los que representaban la segunda tendencia, que suponía una mayor elaboración intelectual de la estructura de la obra, cabe empezar recordando los libros de Tomás Martínez Galindo en 1715 —con cierta preocupación metódica¹⁰⁰— y de Antonio de Florez y Velasco en 1735. Esta línea se consolidó décadas después con las difundidísimas *Instituciones de derecho civil de Castilla* de Asso y de Manuel en 1771, las

⁹⁷ Un panorama general de la literatura institucionista en LUIG, 64-97.

⁹⁸ SCHOLZ, 157-178.

⁹⁹ Aunque el título de la obra era *Elucidationes ad quatuor libros institutionum Imperatoris Justiniani*, México, 1787, con frecuencia se la mencionaba como “*Instituta Civilis Hispano-Indiana*”. Estaba basada en la de Jacobo Magro. Puede verse documentación referida a la licencia de impresión en AGI, México, 1938.

¹⁰⁰ El autor se refiere al método geométrico. Véase SCHOLZ, 167.

Instituciones de Derecho público general de España de Dou y de Bassóls en 1800, y las *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias* de José María Álvarez en 1818. Estas últimas ya entroncan con el surgimiento del nuevo Derecho. Especialmente la obra del guatemalteco Álvarez tuvo nítida proyección hispanoamericana y ejerció influencia didáctica hasta más allá de la mitad del siglo XIX. María del Refugio González la considera como el “parte-aguas” entre el Derecho indiano y los Derechos nacionales hispanoamericanos¹⁰¹.

Según puede comprobarse, el modelo de la Instituta, a través de un largo itinerario y bajo diferentes formas, sirvió como conductor vigoroso del proceso de transformación en la instrucción jurídica. Vinculado al Derecho civil romano cumplió una fase inicial de esa trayectoria, pero más adelante se fue independizando incorporándose ya al Derecho canónico, ya a los más nuevos Derechos real, público, natural y de gentes. Llegó a tal punto esa separación de su posición original que la voz era estimada aun por quienes —como Jovellanos y Rodríguez de Mendoza— consideraban que debía suprimirse la enseñanza del Derecho romano e impugnaban a las Institutas de Justiniano como obra docente.

Es éste el modelo más antiguo, el de más larga perduración en nuestra trayectoria histórica y, además, el más complejo. ¿Faltaría agregar que fue el más importante? La concepción sistemática le debe una buena parte de su alumbramiento y pasos iniciales, sobre todo si enfatizamos en la esfera jurídica —creo que debe hacerse— la presencia de los modelos pragmáticos frente a las elaboraciones abstractas.

b) *Las Partidas, modelo hispano*

Otro modelo atrae nuestra atención: las Partidas. En la mirada retrospectiva de los juristas hispanos en busca de

¹⁰¹ GONZÁLEZ, “Las Instituciones...”, 390.

paradigmas sistemáticos propios, el código alfonsí sobresalió de inmediato. Su presencia daba al ordenamiento hispano un sello distintivo con relación a otros reinos europeos. Esta actitud se fue afirmando a medida que avanzaba la segunda mitad del XVIII, en franca coincidencia con la exaltación del Derecho real y con las más perfiladas preocupaciones metodológicas. Las Partidas se constituyó así en el modelo extraído del propio pasado, que en el orden legislativo y en menor medida en el didáctico, acompañó ese proceso de transformación.

Ya a fines del siglo XVI encontramos en aquellos sugestivos Apuntamientos de Simón Abril una particular estimación del mencionado código, resaltando su mejor disposición en comparación con el Digesto y señalando la conveniencia de su enseñanza en las escuelas públicas, junto a las demás leyes reales¹⁰². Asimismo, las Partidas merecieron el constante aprecio de los juristas, y en América tuvieron una larga e intensa aplicación¹⁰³. Dos centurias después de aquel escrito del humanista castellano podemos detectar a las Partidas articulada en los planteos metodológicos renovadores que hacían, por ejemplo, el estudiante Justo Sutil —personaje ficción en la pluma de Pérez y López—, el ilustrado Gaspar de Jovellanos en su recordada carta, o el peruano Rodríguez de Mendoza en su plan didáctico reformador.

Esta visión estimativa de las Partidas llevó a reeditar su texto con antiguas y nuevas glosas, a preparar ediciones en base a otros códigos —como la de la Real Academia de la Historia—, a elaborar estudios histórico-críticos —como el de Francisco Martínez Marina— y a componer, en fin, extractos o compendios con aires renovadores, como el de Vizcaíno Pérez. Este autor consideraba que las Partidas era el “código más metódico” que tenía Castilla y se propuso colocarlo “bajo el orden natural”, en una labor inspirada en

¹⁰² SIMÓN ABRIL, *Apuntamientos*, 197.

¹⁰³ Véase BRAVO LIRA, “VIGENCIA...”, 43 ss.

la de Domat.

Escapa a mi propósito —y posibilidades actuales— ocuparme con mayor extensión de esta interesante expresión de la mentalidad jurídica. Tan solo cabe apuntarla, como hebra nueva en el tejido jurídico, como muestra del enlace constante entre tradición e innovación. Reclama, a mi juicio, una investigación especial, en lo que podemos acaso llamar “nueva vida” del código alfonsí. Indagación que tiene un interés adicional dado que constituye otra muestra de que la Ilustración jurídica no fue pasivamente receptora de ideas y modelos foráneos, sino que también procuró extraer del propio pasado aquellos que podían aún ser útiles para su construcción progresiva.

c) *Domat, autoridad influyente*

La falta de una elaboración del Derecho castellano e indiano, conforme a las nuevas pautas sistemáticas, llevó a los pensadores hispanos a buscar también modelos más allá de su suelo. Ya había anticipado que las obras de Jean Domat y especialmente *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, ejercieron influjo en el pensamiento reformador español. Ello se advierte concretamente en este plano didáctico. En efecto, en las últimas décadas del XVIII la citada obra se convirtió en un paradigma, al punto que Jovellanos la deseaba para la enseñanza del Derecho español y proponía que tres o cuatro jurisconsultos jóvenes se unieran para traducirla, colocando al pie las leyes castellanas en lugar de las francesas¹⁰⁴.

Más elaborado, este influjo se percibe en las obras de Pérez y López. Recordemos que en aquella obrita de ficción, el crítico Justo Sutil se apoyaba varias veces en él, lo mismo que el maestro Bono. Esto mismo se hace manifiesto en el *Compendio* de Vizcaíno Pérez o en las *Instituciones* de Dou y de Bassóls, libros con preocupaciones metodológicas y

¹⁰⁴ JOVELLANOS, Carta..., 148.

docentes al mismo tiempo. Domat era tanto modelo directo como indirecto a través de aquellas obras inspiradas en su pensamiento. Para la introducción del paradigma domaciano ayudaba que fuese un sistema abierto, sin excesiva rigidez filosófica, construido sobre el Derecho romano común, en consonancia con la tradición católica y por lo tanto de fácil aceptación para el jurista hispano. Como en los otros modelos, su plena repercusión queda sometida a los resultados de una indagación histórica particular que es preciso emprender.

d) *El Derecho natural, disciplina pujante*

Carpintero ha puesto de manifiesto la noción de Derecho natural en los jurisconsultos medievales¹⁰⁵. En la época renacentista adquirió un creciente desenvolvimiento, primero a través de la Teología, más tarde por medio de una filosofía con tendencias seculares. Los juristas continuaron recibiendo su influjo, por vía de aquella tradición literaria propia, o por otros canales. No puede sorprender, pues, que un pragmático como Bermúdez de Pedraza recurriese, a principios del siglo XVI, al Derecho natural para justificar la variedad y mudanza del Derecho civil¹⁰⁶. Pero cuando me refiero al rol renovador que cumplió el Derecho natural, es preciso asociarlo con la disciplina que sobresalió a lo largo del siglo XVIII¹⁰⁷. Si bien esa presencia culminó con la creación de cátedras universitarias, igualmente operó en el campo más amplio de la cultura jurídica, desenvuelta —según es sabido— a veces al margen de la enseñanza oficial.

Este Derecho natural constituyó uno de los puntos de apoyo de la idea de sistema, al servir como instrumento de confrontación y crítica del Derecho existente y al mismo tiempo de elaboración de nuevos criterios. Se convirtió así

¹⁰⁵ CARPINTERO, “El Derecho natural...”, 203 ss.

¹⁰⁶ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 19.

¹⁰⁷ Lo destaca CAVANNA, 374.

en el “noyau dur” de la cultura jurídica de la época —según la recordada y acertada expresión de Van Caenegem— consolidándose como disciplina básica en la renovada enseñanza del Derecho.

Cavanna sostiene que la disciplina tuvo relevante función en las áreas germánica y nórdica, en conexión con la preparación práctica de los oficiales públicos, según el programa de reforma del absolutismo, que llevaría a la codificación prusiana y austríaca. En la primera de dichas áreas, la cátedra surgió en Heidelberg en 1660, con la titularidad de Pufendorf, dentro de los estudios de filosofía. Décadas después, Thomasius la introdujo en las aulas de jurisprudencia. Este Derecho natural se presentaba como una tabla de preceptos que, como “derecho de la razón”, inspiraba al propio gobierno y a la legislación¹⁰⁸.

En otros países europeos la introducción de la disciplina tuvo diferentes características y fue más tardía. En Italia, España y Portugal las cátedras empezaron a establecerse sólo en el último tercio del siglo XVIII, con peculiares orientaciones. En Francia no las hubo¹⁰⁹, penetrando su conocimiento por otros conductos de la cultura jurídica.

El Derecho natural quedó consolidado hacia fines de la centuria en el orbe jurídico de tradición romana como materia básica en la formación de los letrados. Según Jovellanos¹¹⁰, era “fuente y cimiento” de todas las demás. Palabras que recogían el sentir general de los juristas hispanos de la segunda mitad del siglo. Meléndez Valdés puntualizaba la necesidad de su estudio por ser “fuente y raíz de toda buena legislación” e indispensable para “el conocimiento verdaderamente científico de las Leyes Civiles”¹¹¹.

Su enseñanza era propuesta por los escritores que se

¹⁰⁸ Véase CAVANNA, 374-377; y TARELLO, 90-94. Esta versión centroeuropea del Derecho natural ha sido estudiada por CARPINTERO, *Una introducción*, 23-114.

¹⁰⁹ Véase CAVANNA y TARELLO, páginas citadas en nota anterior. Sobre España se ocupan ALVAREZ DE MORALES y JARA ANDREU.

¹¹⁰ JARA ANDREU, 80.

¹¹¹ DEMERSON, I, 205-206.

ocupaban de la reforma de los estudios universitarios, ya bajo el título más amplio de Derecho natural y de gentes, ya bajo el más escueto de Derecho natural. A partir de 1770 se establecieron en España y América cátedras de la disciplina. Sobre sus bondades formativas apuntaba Rodríguez de Mendoza en la Lima finisecular: “El derecho natural es el fundamento de toda legislación. La sabiduría y la justicia de las leyes positivas se deben calcular por la mayor o menor conformidad que tienen con él”. Su estudio —agregaba— “insensiblemente y en poco tiempo forma el juicio y lo adorna de *sindéresis*, prudencia y discernimiento...”¹¹². De tal modo, este conocimiento era, de una parte, un repositorio del saber jurídico, de otra proporcionaba una formación indispensable para aplicar el Derecho a las situaciones concretas.

La disciplina así concebida influyó decisivamente en las últimas décadas del Setecientos en la transformación que se fue operando hacia una visión sistemática del Derecho, no porque el Derecho natural lo fuese en sí mismo, sino por la elaboración intelectual que del mismo se hizo en esta etapa de su larga existencia. Según Hervás y Panduro debía constituir un tratado introductorio al Derecho civil, en el cual “con la mayor claridad, y brevedad se establezcan los principios ciertos y morales de la naturaleza”. Líneas más adelante insistía: “Las instituciones, que yo deseo preliminares al estudio del Derecho, deben ser brevísimas, pues son poquísimos los principios del Derecho natural; y de éstos colocados con buen orden, se deben deducir en corolarios las conclusiones claras, y aplicables a materias determinadas”¹¹³. Esta misma era la idea que predominaba en Mayans. Se ha dicho que para él esta cátedra era “una manera de ver las soluciones jurídicas, dentro de coherencia y sistema, inspiradas por la razón, separándose de la casuística y autoridad del Derecho romano”¹¹⁴. Es en este sentido que debe inter-

¹¹² VARGAS UGARTE, 94-95.

¹¹³ HERVÁS Y PANDURO, IV, 27-29.

¹¹⁴ M. y J. L. PESET, *Gregorio Mayans...*, 145.

pretarse la expresión de Marín y Mendoza cuando decía que esta disciplina “puede llamarse nueva, a lo menos en cuanto al método”¹¹⁵.

Aunque no es posible abordar aquí lo relativo al contenido de ese Derecho natural y su influjo ideológico, cabe señalar una vez más que, en consecuencia, con esa necesidad sentida por todos de dar al Derecho natural una elevada jerarquía intelectual en los estudios jurídicos, se intentaron dentro del mundo hispano diversas elaboraciones con matices propios que, al tiempo de recoger nuevas doctrinas europeas, procuraban adecuarlas a la tradición española. Se trataba de un singular esfuerzo por formar un Derecho natural de raigambre hispánica, con raíces en la teología católica, en la filosofía propia y en el espíritu empírico que le es peculiar. Ese esfuerzo no pudo ser recogido en una obra epigonal, con fuerza intelectual sobre el campo de la cultura. Esta carencia ha dado pie a hipótesis endebles, como suponer la mera existencia de un proceso de recepción —o de rechazo— del Derecho natural de Grocio, Pufendorf o Thomasius, como si se tratase de una simple actitud político-ideológica, encarnada en unos tipos ideales, que se denominaban, según el caso, progresistas o conservadores. Para mí la cuestión es más rica y compleja.

Son muchas las hebras de diferentes tonos que componen el tejido iusnaturalista. En este sentido discrepo con los autores que, escogiendo un tipo único de Derecho natural racionalista, secular y revolucionario, lo canonizan como moderno, considerándolo como única vía progresista de la historia. No dudo que dicho tipo puede ser atractivo para operar intelectualmente cuando, por ejemplo, Herr busca los elementos que condujeron a la revolución¹¹⁶, o cuando Jara Andreu observa la universidad “como espacio de conflictividad ideológica y política activa”¹¹⁷. Se trata, a mi modo de

¹¹⁵ ALVAREZ MORALES, 118.

¹¹⁶ HERR, 144-151.

¹¹⁷ JARA ANDREU, 32.

ver, de un artificio intelectual que por su parcialidad, resulta inadecuado para obtener una visión integral de lo que significó la presencia de la disciplina en el orbe hispano. Para esto último, hay que penetrar en el conocimiento de los libros que efectivamente circularon por nuestro mundo. Tanto interesa seguir la trayectoria de los textos elementales de Heinecio, Anselmo Desing y Juan Bautista Almici como de los libros vernáculos de Marín y Mendoza y Pérez y López para mencionar sólo algunos ejemplos de obras que satisfacían por entonces exigencias docentes. Y aún faltan los incontables escritos menores que, abordando la cuestión, pueden darnos la exacta medida de la preocupación e interés que despertaba. ¿Sobre ellos dominaba acaso la gran autoridad de Domat?

III. EL JURISCONSULTO IDEAL

1. **Imágenes del Barroco**

Para completar esta visión sobre el aprendizaje del jurista creo conveniente mostrar algunos bocetos de época, que inducen a fijar la figura ideal del jurisconsulto, es decir lo que se buscaba alcanzar después de una adecuada formación. Aprovecho para ello tanto la literatura del Barroco como la de la Ilustración. De este modo se podrá observar si no dos tipos contrapuestos, al menos si algunos rasgos que acompañaron a ese lento proceso de transformación que llevó al cambio de concepción jurídica.

Acudamos, en primer término, a algunos testimonios del siglo XVII para verificar en qué medida la labor creativa y práctica del jurista aparecía condicionada por el pensar casuístico.

Decía escuetamente Reina Maldonado que por sabio y docto en Derecho entendía a “aquellos a quienes la lección de libros, y la experiencia de negocios, y noticia de pleitos, les han dado autoridad para poder hablar y decir su parecer

para el acierto de los casos y ocasiones ocurrentes...”¹¹⁸. Se destaca en esta imagen la necesidad de contar con una instrucción literaria, una experiencia y un modo de razonar, todo ello orientado a resolver los casos que se suscitaban, objetivo final de esa labor.

Lo que Reina Maldonado sintetiza con admirable lenguaje, era desenvuelto con abundancia de palabras por Cabrera Núñez de Guzmán en su *Idea de un abogado perfecto* en donde también señalaba la necesidad de que el letrado conociera la ciencia y tuviera experiencia para resolver los casos que se le presentaban. Sostenía que “la Abogacía es compendio de todas las ciencias” y “lo principal de la traza y artificio consiste en ver y manejar muchos y diversos libros”, pues el que estudia cualquier materia o punto “ha menester ver mucho, y elegir lo más ajustado a las reglas, desestimando lo demás, ya por inútil, ya por no del caso”¹¹⁹.

Donde el testimonio despliega su mayor interés para nosotros es cuando Cabrera justifica esta preparación del jurista y la necesidad de manejar no sólo los muchos libros existentes, sino los nuevos que salieren —en claro enfrentamiento con una corriente que los despreciaba. Esa justificación estaba fundada precisamente en el objeto varío y cambiante al cual apuntaba la tarea del jurista. Bien vale seguir su explicación, algo reiterativa, pero sustanciosa desde este punto de vista.

Cabrera dice: “El suceso de hoy se refiere puntualmente, mañana se varía, al tercero día se duda, y al cuarto no hay memoria dél, y sucediendo esto en todas materias, bien piden los que desean muchos libros, en que se funda la perpetuidad, para por ellos tomar punto y resolución en los casos nuevos, y que traen no vistas circunstancias: pues no le hay en la más vulgar materia, que no admita alguna diferencia; y para los que no hay ley, se recurre a las reglas en su defecto, a los dictámenes, y opiniones de los Doctores, y

¹¹⁸ REINA MALDONADO, I, 326.

¹¹⁹ CABRERA NÚÑEZ DE GUZMÁN, 4, 216 y 211 respectivamente.

siempre aprovecha lo que se determinó en otros casos, cuestiones y puntos, que no se halla en pocos libros, y con no depender el mar de accidentes extraños, da cada día materia a nuevas dudas; y teniendo el cuerpo de la República, y del hombre tanta diversidad de afectos, que los inquietan, tantos escollos en que naufragan, tantos enemigos que los asechan, y amenazan, tantos semblantes, cuantos ocasionan los casos, ya prósperos, ya adversos. ¿Qué preceptos están de sobra? ¿Qué avisos serán inútiles si miran a escusar, o cautelar los principios, o asegurar los fines?”¹²⁰.

El casuismo aparece en esta elegante descripción barroca como derivado de la naturaleza de las cosas. El artificio humano sólo podía vencer a través de una constante aplicación y experiencia, en la que colaboraban los “muchos libros”. De tal modo se podía alcanzar el acierto en cada situación, sin vislumbrarse la posibilidad de dominar esa veleidosa naturaleza con anticipadas soluciones uniformes. De ahí que Cabrera no solo alabase la multitud de libros sino que proclamase que “el abogado perfecto” debía ser muy erudito en la jurisprudencia, con “noticias de todas las Ciencias y Artes”, poseer elocuencia y saber historia porque “es maestra universal”, y según Polibio “reduce los hombres a policía y los hace prácticos en todas materias”. Encarecía también que conociera “la política y razón de Estado”¹²¹. El planteo de Cabrera era amplio, con vistas y sugerencias que excedían la concreta enseñanza de las aulas. ¿Su testimonio acaso encerraba una velada crítica?

En una misma orientación se expresaba Gerónimo de Guevara en el *Discurso legal de un perfecto y cristiano Abogado*. Decía allí que “no hay gala que más virtuosamente le adorne, ni joya más preciosa para el Abogado, que la erudición y letras, de que valiéndose en la ocasión, persuada eficaz, y defienda pronto, y con la variedad de noticias de diversas ciencias, halle fácil entrada en cualquier

¹²⁰ Ídem, 225.

¹²¹ Ídem, 160-165 y 4.

materia, instruyendo el ánimo de los Jueces, ya con fundamentos de la Sagrada Escritura, ya con las sentencias graves de Filósofos, cuando el caso lo requiera”. De tal modo, y completada con la experiencia —agregaba— podría aplicar “su ciencia a lo que pide el caso y necesita la ocasión”¹²².

Atiéndase a la insistencia con que los tres autores citados colocaban el acento en una caracterización casuista del Derecho, considerándolo como supuesto inmodificable. La aspiración era mejorar la preparación del letrado para dominar un Derecho que se presentaba fatalmente como una sucesión y variedad de casos no sujetos a una regulación sistemática y previsoras. Esto es, por cierto, lo que aquí conviene remarcar. El valor de los testimonios de Cabrera y Guevara es aún mayor si se tiene en cuenta que ambos escritos proponían un tipo ideal de abogado, lo que suponía una mayor libertad para apartarse de la realidad.

2. Imágenes de la Ilustración

La imagen barroca no permaneció inmóvil, pero tampoco se desdibujó rápidamente. ¿Cuáles fueron los efectos que sobre la misma tuvieron las transformaciones registradas en el siglo XVIII? Puy Muñoz afirma que ya en la primera mitad de la centuria, a la función clásica del jurista de hacer justicia, se le empezó a agregar la de “especialista técnico al servicio del Estado” para que aplicase las leyes, con creciente pérdida de su independencia de juicio. En la medida en que se reforzó esta última función —continúa— se desplazó la idea del jurista como hombre sabio, prudente, versado en la ciencia de “lo justo e injusto”, reemplazándole por una imagen más tecnificada, como mero creador de las leyes positivas¹²³. Sin seguir las reflexiones posteriores que hace dicho autor —que a mi juicio, son en parte discutibles y en parte escapan a

¹²² GUEVARA, 2.

¹²³ PUY MUÑOZ, *Las ideas jurídicas*, 171 ss.

nuestro objeto—, cabe señalar que este enfoque es sugerente. Lo es en cuanto intuye —más que verifica— una transformación, pero conviene moderar el intento de generalización que lleva consigo, como también recordar que la sujeción del letrado al servicio del Estado tiene antiguas raíces. Lo que me parece certero — y éste es el meollo al que sin duda apunta Puy Muñoz— es esa función del jurisconsulto sometido a las leyes. Estamos en presencia de un fenómeno que se fue consolidando en esa centuria.

En las imágenes cosechadas en mi indagación encuentro la subsistencia de rasgos propios del jurista de la época anterior, a veces en contradicción misma con otros enunciados, otras veces yuxtapuestos con aires más modernos. Se trata, en suma, de una pausada pero efectiva transformación que observaremos a través de algunas muestras selectivas.

Uno de los críticos, Mora y Jaraba, escribía que solamente “merece el nombre de Jurisperito, aquel que enterado de los verdaderos principios y máximas del Derecho común, que se hallan confusamente esparcidos entre lo infinito de sus textos, sabe, discerniendo y despreciando lo inútil, entender cautamente los Autores prácticos, y valerse de ellos con discreción en la ocurrencia de las causas”. Y agregaba enseguida que “semejante penetración es rarísima prenda entre los Legistas”¹²⁴. Con la prevención que a un crítico dieciochesco le merecía el vapuleado Derecho común y el embrollo de la doctrina de los autores, Mora y Jaraba rescataba aún rasgos esenciales del antiguo jurista, valorando su labor de penetración en los textos y su aplicación a las causas.

En su crítica a los estudios de jurisprudencia, el controvertido Barbadiño trazaba “la pintura de un verdadero Jurisconsulto”, afirmando que “debe saber el Derecho Natural y de Gentes, la Historia de las Antigüedades Romanas, la Historia de su República y Leyes”. Agregaba: “No sólo esto, sino que debe también tener noticia de la Teología y Cá-

¹²⁴ MORA Y JARABA, *Tratado*, 185-186.

nonas, para poder concordar el Sacerdocio con el Imperio. Además, debe tener buena crítica para interpretar las Leyes; noticia de las de otros Reinos, para conocer cuáles justas, etc.; arte oratoria, para persuadir lo que quiere y debe; grande conocimiento de los afectos del ánimo, vicios, virtudes, etc., leyendo mucho los libros de *Officiis* y otros semejantes¹²⁵. Este boceto, a través del cual se perseguía modificar la orientación de los estudios, conservaba muchas de las huellas tradicionales —como la conexión con la Teología— pero introducía también criterios racionales, tal la asignatura Derecho natural y de gentes.

Junto a estos testimonios que permanecían en una línea tradicional, pese a que sus autores eran críticos de la concepción imperante, es posible mostrar otros que registran de modo paulatino un giro en esta cuestión. Sin caer en un mero legalismo, el jurista ya no era aquel que acumulaba conocimientos y noticias de variada procedencia, que extendía su intelecto a todas las ciencias abarcadoras de lo divino y humano. Empezaba a reducir su horizonte a los preceptos y teoremas universales establecidos por el Derecho y mediante el empleo de la razón natural y la equidad, los aplicaba a la resolución de los casos particulares. Concretando esta idea al ámbito legislativo, Hervás y Panduro afirmaba que “si el Jurisconsulto perfecto debe procurar la instrucción, y el conocimiento sólido de los principios y teoremas generales del derecho, vanamente se pretende perfeccionar la Jurisprudencia con muchedumbre de leyes sobre casos particulares¹²⁶. Sin abandonar el recurso a la equidad y a la razón natural —propia de la concepción casuista— el juicio de Hervás trasluce la confianza en la organización sistemática, declarando que el perfeccionamiento no se encontraba en una legislación casuista.

Un prebendado quiteño escribía en 1789, al ocuparse de

¹²⁵ BARBADIÑO, IV, 107-108. Sobre la importancia que el autor atribuye a la Historia en la formación de juristas y teólogos, véase IV, 10-11.

¹²⁶ HERVÁS Y PANDURO, IV, 81.

lo que a cada uno le correspondía hacer en la sociedad: “El jurista investiga los principios del derecho, para dar a cada uno lo que le pertenece: repasa en todos los siglos la suprema autoridad de la Legislación, para formar reglas de equidad, y mantener en justicia a los Pueblos: se instruye en las Leyes civiles y canónicas para determinar los límites inmutables, que separan la Iglesia del Estado, el sacerdocio del Imperio, venerando las máximas sagradas de la más pura y antigua disciplina”¹²⁷ No era por cierto un punto de vista renovador, pero por esto mismo interesa destacar el papel asignado a “la suprema autoridad de la Legislación”, como base indispensable de la labor del jurista. Puede este testimonio reflejar un lento cambio en ese estado de opinión. Es, tal vez, el mayor valor que posee.

Testimonio que bien vale emparentar con otro, anterior en casi medio siglo. Lo ofrece la *Instituta civil y real* del valenciano Berni¹²⁸. El autor sugería al principiante seguir la ley del reino para alejar toda posible confusión. De no haberla vigente, la duda debía ser declarada por el rey o el Consejo. En esta práctica —aseveraba— las leyes romanas y los autores tenían poca o ninguna cabida. En el prólogo, Berni expresaba enfáticamente: “Tú lector, huye de tal laberinto [de autores] y acógete al estudio de las leyes Reales de España, que ellas te sacarán de todo”. Era el mismo autor quien reconocía que esta postura, si bien conforme a las leyes del reino, no encontraba concreción en la realidad. En las palabras de Berni queda apuntada una firme creencia en la virtud decisoria de las leyes, como fuente exclusiva para el jurista. Aunque no se aplicaba por entonces, la aspiración hizo camino...

Esta confianza hacia las leyes reales llevaba una connotación política de apoyo a la Monarquía absoluta. En esto sí se percibe —como sostiene Puy Muñoz— una pérdida de la independencia de juicio del letrado. Un ejemplo lo encon-

¹²⁷ LÓPEZ RUIZ, fs. 3v.

¹²⁸ BERNI, *Instituta*, 7-9.

tramos cuando en 1775 el Cabildo de Córdoba —en el Tucumán— al exponer la necesidad de establecer la cátedra de leyes en su Universidad, colocaba como primer fundamento de su solicitud que los egresados de la misma “sepan defender con honor la Jurisdicción y regalías de su Majestad”¹²⁹. Aunque bien pueda pensarse que se trataba de inclinar favorablemente el ánimo del monarca y de sus ministros, lo cierto es que también en la utilización de este argumento influye grandemente el sentir generalizado de la época.

Un último dato, que requiere interpretación más sutil. Se trata de un juicio sobre la formación de los juristas, expuesto en una obra satírica atribuida a Jovellanos, que circuló bajo los aires liberales de la emancipación americana, con el propósito de condenar a la España absolutista. Bajo tal marco aparecía contrapuesta la imagen de un jurista ideal con la de otro egresado de las aulas en las últimas décadas del XVIII e inicios del XIX. Atendamos a sus palabras: “Un jurisperito creía Atenas, que no se formaba sin el socorro de todas las ciencias, sin el perfecto conocimiento del hombre, y sin la observación infatigable de la ley eterna: y un jurisperito se ve en España formarse con unos miserables principios de lógica, con el superficial estudio de Vinnio, y con unos cuantos años de instrucción en los enredos forenses y en las iniquidades de los pleitos”¹³⁰. En esta pieza literaria, las estampas estaban premeditadamente exageradas, una apuntando hacia la utopía, otra menoscabando la realidad. Pero ambas, en su inexactitud, guardaban cierta dosis de veracidad. En ello reside su valor, o al menos el que me interesa destacar aquí.

La primera imagen recogía una de esas idealizaciones tan caras al humanismo cristiano de los siglos XVI y XVII, es decir, que el letrado debía poseer todas las ciencias, seguir los enunciados de la ley eterna y alcanzar un conocimiento

¹²⁹ COCCA, 71.

¹³⁰ *Oración apologética*, 17-18 (V, 335-336).

cabal del hombre mediante la experiencia. La segunda se inclinaba a ofrecernos un jurista instruido en la lógica, conociendo las leyes organizadas en la Institución y experimentado en la práctica forense. La búsqueda superficialidad del planteo —comprensible tratándose de una obra sin pretensiones eruditas— pasaba por alto las diferentes concepciones a las cuales servían esos dos tipos de formación del jurista. La primera nos presenta la aspiración a una preparación tan vasta para atender la incertidumbre de las nuevas situaciones y casos. La segunda, parecía satisfacerse con las soluciones dadas en los textos y observadas en la práctica del foro. Si en la comparación el autor de la sátira buscaba la superioridad de la primera estampa para denostar por esa vía a la España absolutista, encarnada en la segunda, de ningún modo da la impresión de que se hubiese propuesto valorar una concepción en franca declinación. Más bien puede interpretarse que aquella primera imagen operaba como una utopía para oponerla a una realidad que se había ido alejando de aquel ideal. En este caso, venía a apoyar la crítica general contra una situación política. Si se admite esta interpretación, el testimonio mostraría nuevamente esa transformación de la imagen del jurista que se ha venido advirtiendo en estas páginas.

CAPÍTULO SEXTO

LA CREACION LEGAL

Consideraciones generales. I. *La ley dentro de un orden casuista*. 1. Casos y leyes. 2. El legislador y la elaboración de la ley. 3. La formulación casuista de la ley. a) Extensión a otros casos y lugares, b) La ley abierta para la solución casuista, c) La alteración casuista de la ley. d) Las leyes casuistas en serie, forjadoras de instituciones. e) La ley descriptiva de situaciones. 4. La acumulación de leyes. II. *La ley orientada hacia el sistema*. 1. La primacía de la ley y el desplazamiento de otros modos de creación jurídica. 2. La ley, como solución a la controversia de opiniones y a otras dudas planteadas. 3. Reclamo de pocas leyes, breves y claras, de fácil conocimiento. 4. La posibilidad de formular leyes generales y abstractas. 5. La ley, agente transformador de la sociedad. III. *Los cuerpos legislativos: de necesidad casuista a preocupación sistemática*. 1. El agrupamiento de normas legales en un ordenamiento casuista: su alcance, a) Leyes “todas sueltas y sin orden”, b) El orden de materias, c) El “hilar” casuista. 2. La idea de código, como preocupación sistemática, a) Las tempranas propuestas de Simón Abril y de Deza. b) Bajo las luces de la Ilustración, c) El código, panacea universal. d) ¿Una alquimia jurídica?

Consideraciones generales

La creación del Derecho es otro de los ángulos visuales que nuestra indagación debe atender. Se trata de practicar

una nueva averiguación en torno a ese interrogante central que nos sirve de estímulo, reducido ahora a esta fórmula inicial: la creación normativa ¿se sustentaba sobre la creencia de que el Derecho estaba constituido por casos, o sobre la idea de que era posible establecer un sistema legal abarcador de todas las situaciones?

La creencia en un Derecho constituido por casos conducía necesariamente a una normativa abierta en donde convivían, junto a diversos tipos legales, la costumbre, la doctrina de los autores, la práctica judicial, etc. El Derecho se creaba con el concurso de esos elementos. Se partía del supuesto de que ningún cuerpo legislativo podía alcanzar, por sí, a encerrar todas las soluciones que la reclamaba en su incesante actividad. Esto es visible en el ordenamiento indiano. De ahí que pese a la importante función asignada a la legislación —como instrumento de acción del aparato estatal que se desplegaba—, las decisiones necesitaban el auxilio permanente de aquellas otras fuentes. He tenido oportunidad de ocuparme con detenimiento del fenómeno consuetudinario en el Nuevo Mundo¹. El crecimiento que adquirió en momentos en que declinaba en Europa, el lugar que le concedió el legislador, la atención que mostraba el jurisconsulto hacia la misma, son elocuentes señales de la impotencia legislativa para asumir un papel exclusivo en la creación del Derecho. La cuestión puede extenderse a otras fuentes, como la doctrina de los autores. Lo diverso y complejo en los modos de creación jurídica en las Indias queda en evidencia en una visión de conjunto ofrecida hace unos años por Zorraquín Becú².

La ley —utilizada en su sentido más amplio— es seguramente en este punto buen testigo para observar ese proceso, dado que se trata de la fuente que se hallaba en franca alza. Por su modo de elaboración y redacción tiene un enorme interés ejemplificativo. También lo tiene por la lenta

¹ TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre jurídica", 355 ss.

² ZORRAQUÍN BECÚ, "El sistema de fuentes", 3 ss.

transformación producida en su noción misma, al comienzo vinculada a la concepción casuista y al final convirtiéndose en el instrumento principal de la acción sistematizadora.

En el capítulo segundo se sentaron las bases que ahora procuraré desplegar. En tal sentido cabe recordar los contrapuntos entre hecho y derecho, entre ley y realidad, entre situación indiana y ley de origen peninsular. También se hizo hincapié en la estimación de las situaciones concretas, como factor determinante de la creación normativa. La peculiaridad indiana llevó a resaltar las nociones de diversidad, mutabilidad y distancia, con análogos efectos.

Asimismo, señalé entonces la fuerza con que esa concepción casuista impregnó la actividad gubernativa. Una parte considerable de esas normas legales —principalmente reales cédulas— eran preceptos casuistas, expedidos para solucionar el caso planteado, sin pretensiones de universalidad. Este *casuismo legal* alcanzó, principalmente en los siglos XVI y XVII, una magnitud aún hoy insospechada. Dada la vastedad del espacio, la novedad de las situaciones, y lo percedero de las soluciones, debió alcanzar un nivel de excepción en la historia universal del Derecho, de la misma manera que lo fue la expansión territorial española para el mundo entonces conocido.

Se podría hacer un recuento de esos preceptos en los varios cientos de libros-registros del Consejo de Indias. El resultado sería incompleto, pues quedarían al margen miles de disposiciones dadas por autoridades locales, civiles y eclesiásticas, en donde las posibilidades de cálculo son mucho más inciertas. Basta recordar en este último sentido el inventario tipológico esbozado por Altamira acerca de lo que él denominaba legislación descentralizada y autónoma³. No debe creerse que estos preceptos locales fuesen secundarios o trataran materias de interés reducido. Esta suposición queda descolocada cuando advertimos, por ejemplo, que un aspecto tan vital para el desenvolvimiento material

³ ALTAMIRA, "Autonomía", 423-466.

de la Monarquía —y para la economía del Mediterráneo—, como la explotación de la minería, se regulaba por ordenanzas locales y no peninsulares, tal como lo ha puntualizado el profesor Demetrio Ramos⁴.

Quienes han observado esta sobreabundancia legislativa desde una postura sistemática —historiadores del derecho incluidos— han arribado explicablemente a un juicio negativo. Sin embargo, con esto no se adelanta nada en la comprensión del pasado. El historiador debe tratar de ver en las aguas profundas, averiguando el porqué y el cómo de esa frondosidad legislativa.

El casuismo legal indiano —según vimos— estaba impulsado por dos factores. De un lado, una situación geográfica y humana, que era nueva y compleja. De otro, la proyección de una Monarquía de tipo estatal. Ambos factores llevaron a dar prioridad, en la elaboración legal, a la materia gubernativa. Se fue así forjando empíricamente un Derecho “público”, en donde esas normas legales cumplieron un decisivo papel constitutivo frente a un Derecho “privado”, ya consolidado por la jurisprudencia de los autores proveniente del Derecho común.

En ambos órdenes eran pronunciados los trazos casuistas. El originado en la actividad gubernativa indiana tuvo algunos peculiares, junto a otros comunes con los demás tipos casuistas dados en la historia jurídica universal. Iremos descubriéndolos al profundizar en los estímulos y mecanismos propios de esta creación legal.

También procuraré mostrar cómo se fue generando el cambio a través de críticas, reclamos y aspiraciones que empujaron hacia la adopción de la idea sistemática. La separación entre las dos cuestiones, que por razones de orden expositivo he decidido, no es fiel reflejo de la realidad, ya que ambas líneas estuvieron yuxtapuestas, al menos durante un considerable lapso del período que analizamos.

⁴ RAMOS, “Ordenación”, 375-378.

I. LA LEY DENTRO DE UN ORDEN CASUISTA

1. Casos y leyes

La mente casuista apuntaba a resolver el caso planteado, trabajándolo particularmente en torno a las circunstancias concretas. De ahí que las leyes omnicomprendivas no le fuesen necesarias y hasta pudiesen estorbar en la búsqueda de la decisión. No dudaba, pues, en apartarse de las mismas cuando no encajaban en el caso concreto. En cambio, las soluciones dadas a casos similares eran un estimable apoyo⁵.

Este criterio tuvo su aplicación en la legislación dictada especialmente en los siglos XVI y XVII. Según García-Gallo, en la primera de dichas centurias, mientras eran pocas las disposiciones dictadas para regular en su conjunto una institución o una situación, fueron, en cambio, innumerables los preceptos que atendieron aspectos concretos de cada una de ellas. Ello se reflejó en un diminuto número de leyes y pragmáticas y en los abundantes mandamientos de gobernación⁶. Esto mismo hacía decir en 1628 a Rodrigo de Aguiar y Acuña que a las leyes indianas dictadas hasta entonces les había faltado “la calidad de universales”⁷.

No puede extrañar que hubiese generalizada convicción acerca de que las leyes no podían abarcar todos los casos ocurrentes⁸, ya sea por el número infinito de éstos,

⁵ Como criterio historiográfico aplicable se pueden tener en cuenta aquellas conocidas palabras del romanista Schulz: “En principio era el caso; toda decisión de un caso práctico es dada, sin embargo, en la persuasión y con la voluntad de que, verificándose el mismo caso, deba tener lugar la misma decisión” (*I principi*, 34).

⁶ GARCÍA-GALLO, “La ley”, 170-171.

⁷ *Sumarios* (dedicatoria).

⁸ No faltaba quien podía considerarse satisfecho con una amplia legislación particular, como aquel virrey del Perú, el conde de Salvatierra, quien decía a su sucesor en 1655 que no había caso para el cual no hubiese providencia particular del rey previniéndolo (HANKE, *Los virreyes... Perú*, IV, 27). Aunque este testimonio luce como ilusoria pretensión, tiene su interés para establecer los alcances de este modo de razonar.

ya fuese por las alteraciones introducidas por circunstancias de tiempo, lugar y sujeto⁹. Es más, se percibía desconfianza hacia las reglas generales, cuando no directa oposición a expedirlas. Esto último se enfatizaba para determinados negocios indianos en la primera época de la conquista. La convicción aparecía consolidada en el aforismo “no hay regla sin excepción”¹⁰, que tuvo repercusión popular y larga pervivencia en el habla corriente, y que precisamente marcaba la falibilidad de la regla¹¹.

Bien vale puntualizar, con algunos ejemplos, ese sentir general que acabo de establecer. Cuando Huarte de San Juan, en su *Examen de ingenios*, buscaba las potencias más necesarias para abogar y juzgar, partía del sólido supuesto de que las leyes no podían comprender “todos los casos que pueden acontecer” y de que ninguna ley podía abarcar “todas las circunstancias del caso que determina”. Por lo demás —agregaba— las disposiciones de las leyes se alteran por “causa de las circunstancias así del tiempo como de la persona, lugar, modo, materia, causa y cosa”¹². De tal modo, al recoger sin reservas esta creencia arraigada, le daba un tono de generalidad para el mundo hispano.

En particular, la situación indiana se presenta aún más radical en esta materia. En un sabroso texto —ya utilizado— que alude a las Indias, fray Tomás de Mercado, al desenvolver las necesidades de un gobierno como el de la Monarquía española, donde la distancia actuaba como

⁹ VILLARROEL, *Gobierno*, II, XVII, 4, 14.

¹⁰ HOROZCO, *Refranero*, 1738; CORREAS, 353.

¹¹ Una reflexión del filósofo Leibniz puede servir de interesante contrapunto —teórico, claro está— en esta cuestión de la falibilidad de la ley general. Atendamos a sus palabras: “...se piensa generalmente que no hay ley sin excepción, cuando el jurista, por el contrario, debe pretender que una regla carezca de excepciones hasta el punto de que si falla una sola vez, le parezca que ya ha perdido toda su utilidad” (151). Este testimonio de la segunda mitad del XVII es buena prueba de esa convicción, así como también de la pretensión ideal —solo entonces en el nivel especulativo— de destruirla. El postulado, tan alejado entonces de la realidad, y mucho más de la praxis indiana, estaba, sin embargo, destinado a encontrar futuros seguidores y haría camino exitoso.

¹² HUARTE DE SAN JUAN, 461-462.

elemento condicionante, sostenía que las leyes no podían proveer ni abrazar la variedad de casos ocurrentes, lo que llevaba a peraltar el juicio y la virtud del hombre de gobierno¹³. Esto mismo aconsejaba el experimentado virrey Antonio de Mendoza a su sucesor novohispano en “las cosas espirituales y que tocan a la doctrina cristiana”, en las cuales —decía— “no se pueden dar reglas generales, porque el gobierno es todo de cabeza...”¹⁴. El argumento era reiterado con fuerza expresiva por fray Luis López cuando, dirigiéndose al rey desde Lima en 1575, decía que “aunque se proveen muchas cosas y maduramente pensadas, por tener carácter general no aprovechan, pues, dada la tierra y sus diferencias, también la debe haber en las leyes”¹⁵.

En algunas materias, la limitación de los enunciados generales parecía ser mayor. Así en el gobierno de los indígenas, Zorita sentaba su experiencia de jurista y de buen observador, al decir que “no se puede tener ni dar regla general, porque casi en cada provincia hay gran diferencia en todo”, extendiendo incluso este juicio al resto de las Indias “según he oído”¹⁶. A su vez, al responder en 1554 a una real cédula sobre el modo y forma de tributar antiguamente los naturales en Nueva España, el licenciado Lebrón de Quiñones consideraba imposible obtener una conclusión que permitiese establecer “regla general por la diversidad que en esto había en cada provincia y cacique y pueblo...”¹⁷. Otro experimentado jurista de la época, Juan de Matienzo, mostraba su desconfianza —cuando no imposibilidad— de dar reglas generales para determinadas situaciones indígenas peruanas, al tiempo que enaltecía la figura del buen gobernador, cristiano, virtuoso y conecedor

¹³ MERCADO, 150.

¹⁴ HANKE, *Los virreyes... México*, I, 38-39.

¹⁵ VARGAS UGARTE, *Manuscritos*, 77-78. No he podido ubicar esta carta en AGI, Lima 270, como se indica en dicho libro, por lo que me atengo en la cita a la versión de Vargas Ugarte.

¹⁶ ZORITA, 77.

¹⁷ PASO Y TRONCOSO, VII, 253.

de la tierra¹⁸. La misma conclusión se desprendía de la actividad de concilios y sínodos, en punto a la normativa sobre evangelización y gobierno espiritual de los naturales.

Esta difundida creencia era recogida en un aforismo de Setanti: “No hay arte ni doctrina más difícil de aprender, que la del gobierno público, porque no tiene reglas ciertas sobre qué fundarse, que el tiempo y las ocasiones las varían y dan formas diferentes, mediante el entendimiento práctico de los ministros”¹⁹.

La dinámica casuista solía superar a la regla general. Al respecto son ilustrativas unas expresiones del marqués de Montesclaros dirigidas a su sucesor en el virreinato limeño. Al ocuparse de las capitulaciones para hacer entradas y formar poblaciones, decía: “Verá V. E. su importancia y la diversidad de calidades que tiene cada una a que precisamente han de hacer presunción los capitanes del contrato, sin que se pueda gobernar por una regla, aunque S. M. la tiene dada en forma general a los descubrimientos y nuevas poblaciones”²⁰. Estamos ante una elocuente manifestación de este constante contrapunto entre lo general y lo particular. En esta ocasión, se trataba de las conocidas Ordenanzas de 1573, en las cuales se había volcado el resultado de un paciente proceso de éxitos y fracasos en la materia. Aun así y pese a su calidad de mandato real, el alter ego limeño sugería la conveniencia de apartarse de la regla general porque las capitulaciones no podían ajustarse, por su diversidad, a una común directiva. Esto ocurría en 1615.

Otro virrey peruano, el conde de Chinchón, deseoso de acotar las apelaciones que de sus mandatos podían hacerse ante la audiencia, confesaba su fracaso en determinar las que eran de mero gobierno. Decía que “siempre serán más las que sucediesen”, lo que hacía imposible “el hallar regla cierta en ellos”, pese a que el licenciado Escalona y Agüero

¹⁸ MATIENZO, 21, 63, 196-199 y 207.

¹⁹ SETANTI, Centellas, fs. 47v,48, núm. 383.

²⁰ HANKE, *Los virreyes... Perú*, II, 136.

había estado encargado de la tarea²¹. Preocupado por la misma cuestión, el príncipe de Esquilache decía que era imposible establecer regla general y lo mejor era que, como hasta entonces, lo declarase el virrey en cada caso²².

Esta convicción acerca de la falibilidad de las reglas frente a los casos se mantuvo como una constante, aunque haya podido tener cierta declinación. En una pluma crítica y reformadora como la de Lope de Deza, se reconocía que el ideal de “gobernar con leyes generales y pocas” era difícil de alcanzar, que era imposible que una regla general elaborada sobre casos comunes pudiese abarcar todos los hechos que ocurriesen en adelante, y que el vicio padecido por “todas las instrucciones de futuro” era que “jamás vinieron al justo con los sucesos”²³. Este reconocimiento es significativo si tenemos en cuenta que Deza introdujo tempranamente, en 1606, las primeras ideas concretas orientadas hacia una sistematización del orden legal.

En el mismo sentido se puede recurrir a testimonios del siglo XVIII. Desde diversos ángulos, se aprecian coincidencias en cuanto a la insuficiencia de la regla general, desbordada por los casos. Carvajal y Lancaster, al reflexionar sobre el gobierno indiano, sostenía en 1745 que “no es prevenir reglas para el gobierno, pues la variedad de circunstancias hace diferenciar las Decisiones...”²⁴. Pocos años antes, Varela de Ureta —estableciendo una ilustrativa comparación con las enfermedades, que “no se curan en abstracto”— remarcaba una vez más la insuficiencia de las reglas universales para el lejano gobierno de las Indias y encarecía la necesidad de suplir ese vacío con buenos ministros²⁵. Ustariz, a su vez, se manifestaba resueltamente a favor de las providencias particulares y no de las reglas

²¹ DUNBAR TEMPLE, 566.

²² AGI, Lima 38, lib. IV, fs. 65-67.

²³ DEZA, 116v., 59, 60 y 62.

²⁴ CARVAJAL Y LANCASTER, Pensamientos, fs. 258v.

²⁵ VARELA DE URETA, 23.

generales para la ejecución de su propuesta arancelaria en apoyo de la expansión comercial²⁶.

El regente de la audiencia de México, Vicente de Herrera, al dar su parecer sobre una ordenanza local, reiteraba la ya conocida tesis de que “las leyes y disposiciones generales no pueden comprender todos los casos humanos”. Sin embargo, puntualizaba que no correspondía que las mismas “se extiendan a detalles pequeños y menudencias”²⁷. Para entonces —1782— el clima era distinto y la regla general más apetecida, sin dejar de reconocer su natural limitación. Este nuevo matiz parece detectarse en el mismo juicio del regente Herrera. Es también estimable el testimonio que ofrece Lardizábal en su conocido *Discurso sobre las penas*, impreso en 1782. Dentro de una postura moderadamente reformista e inclinada a una aplicación literal de la ley, admitía que “las leyes no se pueden hacer de modo que comprendan todos los casos que pueden suceder”²⁸. Una misma actitud de cautela ante la regla y de atención a los casos particulares puede observarse en dictámenes del fiscal de la Audiencia bonaerense, José Márquez de la Plata, actitud que no desentona con la práctica judicial indiana de fines del XVIII y comienzos del XIX²⁹.

Estos calificados testimonios del Setecientos llevan a suponer que la creencia en la imposibilidad abarcadora de las leyes se mantuvo hasta tiempos avanzados, aun cuando el clima intelectual de entonces hubiese experimentado cambios profundos. Ello no significa que este modo de pensar tuviese una hegemonía absoluta, como en las anteriores centurias. Necesariamente volveré sobre el asunto al ocuparme de la introducción de la idea sistemática, con la cual se entrecruza.

²⁶ USTARIZ, 2.

²⁷ “Ordenanza de la división de la nobilísima ciudad de México en cuarteles, creación de los alcaldes de ellos y reglas de su gobierno; dada y mandada observar por el Excmo. Señor Don Martín de Mayorga, Virrey...” México, 1782, pp. 36-37 (ejemplar consultado en AGI, México, 1433).

²⁸ LARDIZÁBAL, 75 y 78.

²⁹ LEVAGGI, “El concepto”, 251.

Cabe añadir, siguiendo el hilo de esta exposición, que aun las pocas leyes generales indianas encontraban estrechada su aplicación. Sin adelantarme a una cuestión que trataré más adelante, basta por ahora señalar una tendencia a reducir la aplicación de dichas leyes, desbordadas por la casuística, mediante derogaciones particulares o apelaciones a la epiqueya. Un obispo de Yucatán, fray Francisco de Toral, exponía ante el adelantado de la Florida, Pedro Menéndez de Avilés, en 1567, que las leyes generales indianas “no pueden dejar de tener epiqueyas, siendo diferentes lenguas y tierras, pues en una misma tierra y pueblo se suelen innovar cosas conforme a los tiempos”³⁰. De tal modo y desde otro ángulo, el casuismo mostraba su hegemonía.

La desconfianza generalizada hacia las leyes generales, agudizada por testimonios indianos expresivos de una variedad y diversidad de pueblos y gentes, acentuó el interés por profundizar en esa contraposición entre leyes generales y particulares. A los testimonios expuestos, estimo de interés agregar otro —ya recordado—, verdaderamente singular en cuanto presentaba con nitidez ese enfrentamiento. Se trata de aquella información levantada en el Cuzco en 1582 para averiguar los usos y costumbres que los antiguos incas tenían en la administración de justicia. En el interrogatorio preparado al efecto se registraba la preocupación por saber si las leyes por las cuales se juzgaba eran universales o particulares³¹. ¿Mera curiosidad intelectual o dato esencial para gobernar a los aborígenes? Me inclino hacia lo segundo sin desdeñar lo primero. Frente a una clara postura contraria a dar normas generales, la pregunta se introducía en una cuestión vital, en el meollo de la política indigenista de la Corona. Subrayo especialmente la preocupación que denotaba tal interrogación.

Que el letrado mostrara cierto desinterés —cuando no rechazo— a las leyes generales y estimara el trabajo parti-

³⁰ *Cartas de Indias*, 240.

³¹ LEVILLIER, *Gobernantes del Perú*, IX, 268-288.

cular sobre el caso planteado, no significaba que operase con total libertad en cada situación dada. Su razonamiento tenía fuentes precisas, el marco de las leyes generales lo ceñía, pero sobre todo interesa apuntar la existencia de algunos criterios directivos, dentro de los cuales se encauzaba. Los principios del orden indiano suelen aparecer dispersos en las numerosas disposiciones gubernativas, ya en sus motivaciones, ya en su propio mandato. La reiteración normativa es también adecuada señal para conocerlos. La riqueza de ideas contenida en esa vasta legislación ha sido destacada por el maestro Altamira como un elemento de la historia de las ideas³².

Konetzke ha señalado que, después de unas vacilaciones iniciales, en la legislación emanada de la Península se configuraron “ciertas normas morales y jurídicas” que se mantuvieron constantes durante los tres siglos de la colonización y condicionaron la futura labor legislativa³³. Esta consideración es formulada por dicho autor para desvirtuar —confusamente a mi juicio— la calificación de “legislación casuista y oportunista” que estima inaplicable. Me parece de interés resaltar esta visión del antiguo maestro alemán, en cuanto señala que sobre esa abundante legislación emergieron, como resultado de la información, experiencias y propuestas, unos principios orientadores, a los cuales es conveniente atender.

No parece aventurado enunciar, con carácter ejemplificativo, algunos de esos criterios-guías, unos más permanentes que otros, que orientaban el razonamiento del jurista indiano, reiteradamente expuestos en la legislación general y particular: la expansión política y territorial de la Monarquía; la justicia, administrada conforme a Derecho; la evangelización y buen tratamiento de los aborígenes; el incremento de la real hacienda. Algunos criterios triunfaron luego de la controversia intelectual y subsistieron bajo

³² ALTAMIRA, "La legislación indiana", 1-24.

³³ KONETZKE, *Colección de documentos*, I, Introducción, p. VIII.

constantes asechanzas en su aplicación, como la libertad de los indígenas.

Precisamente esta última y delicada cuestión permite valernos de un ejemplo representativo acerca de los límites que el casuismo encontraba en aquellos criterios-guías. Se trata de una breve memoria elevada al rey en 1533 por los Consejos de Castilla y Hacienda sobre distintas medidas a adoptar en salvaguarda de la libertad y buen tratamiento de los naturales de la Nueva España. En dicho documento —de valor excepcional en atención a quienes lo suscribían— se recogía esa constante observación acerca de la dificultad de legislar a distancia. Se recomendaba entonces que las disposiciones proyectadas se diesen por “vía de instrucción para el gobernador o presidente y no por precepto”, dado los peligros de aplicarlos a la letra, debiendo todo remitirse a “la conciencia y prudencia” de las autoridades locales “con facultad de mudar o añadir excepto en lo que toca a la libertad de los indios, ya que no sean encomendados ni apremiados a servir como personas sin libertad...”³⁴. Se estaba, es cierto, todavía en una etapa de tanteos, lo que explica que apareciera en este documento una muestra de impotencia para dar un precepto fijo, pero donde creo necesario poner énfasis es en que, aun bajo esa precaria visión de la situación novohispana, se acusaba firmeza en mantener uno de aquellos criterios, en establecer los límites dentro de los cuales las autoridades locales podrían llevar adelante las instrucciones recibidas, conforme las circunstancias lo aconsejasen.

³⁴ Madrid, 18 de noviembre de 1533. Aunque esta memoria ha sido atribuida al Consejo de Indias (PACHECO, 1ª, XII, 139-140 y KONETZKE, *Colección de documentos*, I, 152) no parece que lo sea. Según SCHÄFER es de los Consejos de Castilla y Hacienda (II, 198). He visto un texto manuscrito en *Pareceres que en diversos tiempos el Consejo ha dado de cosas generales* (fs. 260-261), Biblioteca Nacional de Madrid, mss. 904.

2. El legislador y la elaboración de la ley

El caso también estaba, por cierto, en la mira del legislador. Dice Ricardo Levene que motivo y fundamento de las legislaciones peninsular y criolla era “el caso particular”³⁵. Mariluz Urquijo expresa que “la doctrina que informaba el derecho vigente, sostenía que la ley ideal era la dictada especialmente para la relación jurídica que debía regular, pues era la que mejor podía adaptarse a ese caso concreto”³⁶. Konetzke, al referirse a la legislación expedida desde la Península, establece que se originaba en el conocimiento de las regiones, en las experiencias adquiridas, y en las informaciones y propuestas de las autoridades locales y de los particulares. Tales leyes —agrega— estaban sujetas a muchas rectificaciones y modificaciones³⁷. Demetrio Ramos afirma que, en materia minera, reconociéndose el mal que podía provocar una ley general, se dispuso ceder la iniciativa a las autoridades locales para expedir ordenanzas y leyes particulares³⁸. Hay, pues, consenso entre estos estudiosos acerca de la preocupación del legislador por atender unas situaciones concretas mediante leyes particulares. Esto no quiere decir que se tratase de una actitud permanente, a través de todo el período examinado.

Ahora bien, ¿cómo operaba el legislador con el caso y la regla en la elaboración de la ley? ¿Hasta qué punto y hasta qué época el legislador tejió el Derecho preferentemente con el caso? ¿Cuándo la regla general cobró mayor importancia en esa elaboración? Son interrogantes muy difíciles de responder satisfactoriamente, al menos para mí, pese a haber indagado en múltiples fuentes históricas. Sin embargo, no puede rehuirse una aproximación a esa respuesta, utilizando algunos testimonios salientes.

Hay un curioso texto de mediados del XVII —momento

³⁵ LEVENE, “Nuevas investigaciones”, 485.

³⁶ MARILUZ URQUIJO, *Ensayo*, XVI.

³⁷ KONETZKE, *Colección de documentos*, I, Introducción, p. VIII.

³⁸ RAMOS, “Ordenación”, 386.

tal vez de máxima expansión de esta concepción casuista— que conviene examinar. Su autor es un escritor político, Tobar y Valderrama, que se dirigía a todo el mundo hispano, no sólo para Indias. Al ocuparse de la primera prerrogativa del príncipe, que era hacer la ley, Tobar proporciona un interesante concepto de la ley civil. Para él era “una declaración establecida con pena para los transgresores, de cierta razón, o principio natural, vestida y adornada con alguna particular, y política circunstancia, que convenga al lugar, al tiempo, y a la ocasión en que se determina”. Y agregaba: “Pues así como no se llamará ley justa, no teniendo su origen, y fundamento en el derecho, y luz natural, así tampoco se podrá llamar ley civil, sin la prerrogativa de semejantes singularidades, gobernadas o alteradas por la variedad de los casos, y disparidad de los sucesos humanos”³⁹. Aunque el texto sigue y puede tener interés prolongar la transcripción, considero que la sustancia de lo ya dicho es suficiente para lo que aquí interesa resaltar. Admito que estamos ante una lectura deliciosamente barroca —y por tanto difícil de reducir a términos breves y profundizarla—, pero lo que me parece destacable es la presencia constante del fenómeno casuista en esa definición, a tal punto que sin el mismo no había ley. Como acabamos de leer, la razón y principio natural que se halla en la ley debía estar “vestida y adornada con alguna particular, y política circunstancia, que convenga al lugar, al tiempo, y a la ocasión en que se determina”. Es cierto que esta particularidad se halla en toda ley general dada para cierta provincia o país, pero el énfasis en destacar los elementos de lugar, tiempo y ocasión son muy su- gerentes en el sentido apuntado. Sobre todo cuando, de inmediato, Tobar volvía a insistir en que esas “singularidades” eran de la esencia de la ley civil y que las mismas aparecían “gobernadas o alteradas por la variedad de los casos, y disparidad de los sucesos humanos”. Esto era lo que abría camino a la anulación y a la alteración de dicha ley, a

³⁹ TOBAR Y VALDERRAMA, 118-119.

través especialmente de la dispensa y el privilegio.

Este texto de Tobar se difundió en una época en la que convergían opiniones en igual sentido. No era novedad para el legislador, que seguramente conocía aquellos aforismos reunidos por Setanti, entre los cuales eran aplicables a su labor aquellos como “en todo lo que hicieres, considera la causa, el tiempo y la persona”, “la diversidad de los tiempos, y de las circunstancias, varían los efectos de las cosas iguales”, “las leyes o las ordenaciones antiguas de una república, no se han de sustentar solo por honra de la antigüedad, sino en cuanto fueren acomodadas a las condiciones del tiempo y de los hombres”⁴⁰. Aforismos éstos que comunicaban un acentuado tono de precariedad a cualquier disposición con pretensión de universalidad y permanencia.

No era preciso alejarse de los libros jurídicos que el legislador tenía a mano para encontrar opiniones coincidentes. Tal esta sentencia de Castillo de Bobadilla: “Verdad es, que no todas las leyes cuadran a todas las Provincias, ni a todos los tiempos, ni a todos los negocios; y así, según las costumbres de las ciudades, y la mutación y variedad de los tiempos, y las circunstancias y emergencia de los negocios, se ajusta y mide la ley...”⁴¹. El legislador tenía ante sí una realidad tan diversa que era imposible enmarcarla en su elaboración normativa. Para Huarte de San Juan, le bastaba determinar aquello que ordinariamente solía suceder⁴². Para Deza —ubicado en una postura más avanzada— el “buen legislador” debía incluir sólo los casos comunes, pues los singulares eran infinitos⁴³.

Que la renuencia del legislador a dar normas generales era por entonces moneda corriente puede sostenerse con la respuesta del rey en 1604 a una consulta del Consejo de Indias. Al proponérsele el dictado de una norma general prohibiendo la llegada a Portugal —incorporada entonces a

⁴⁰ SETANTI, Centellas, núm. 120, 131, 453.

⁴¹ CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 34.

⁴² HUARTE DE SAN JUAN, 461.

⁴³ DEZA, 60 y 116.

la Corona— de navíos sueltos procedentes de Indias, Felipe III respondía que “el ordenar esto con la generalidad que está propuesto en esta consulta podrá tener grandes inconvenientes...” en los diversos casos que se suscitaren, siendo mejor para él la designación de comisarios nombrados por el Consejo que asistiesen en los lugares precisos⁴⁴. Según se aprecia, ante la decisión de establecer una prohibición, se observaba la manera de llevarla a cabo. Dado que la norma general podía encontrar dificultad en su aplicación, el rey se mostraba inclinado a que aquella prohibición se ejecutase por unos ministros que atendieran seguramente a las diversas situaciones que una regla general no podía prever. De tal modo se refirmaba ese difundido sentir de desconfianza hacia el poder abarcador de la regla general. Años más tarde, en 1624, esa desconfianza era expresada esta vez por el propio Consejo de Indias. Requerido por el rey acerca de si los ministros que no habían acabado de dar sus residencias podían ser propuestos para otros oficios, el Consejo respondía que no era conveniente dar “regla general” sino atenerse a “la ocurrencia de los casos, calidad de los cargos, aprobación y satisfacción que se tuviesen de las personas que los sirven”⁴⁵.

El recelo hacia la regla general abarcadora se unía a la precaria duración asignada a la norma, reiterada en diversas ocasiones, en donde se solía puntualizar la variedad y mutabilidad del fenómeno indiano. Basta mencionar un solo ejemplo referido a esta cuestión concreta. En la relación a su sucesor, el virrey Mendoza, refiriéndose a las ordenanzas que había promulgado sobre vino, pan, juego, y otras materias concernientes al buen gobierno, expresaba: “V. S. las verá y mandará guardar las que le pareciere que conviene, porque el tiempo y la variedad de las cosas hace que sea

⁴⁴ HEREDIA HERRERA, *Catálogo*, III, 406 (núm. 1706).

⁴⁵ Consulta del Consejo de Indias de 15 de abril de 1624 (AGI, Indiferente General, 754).

necesario cada día quitar y añadir en ellas”⁴⁶. Una expresión de este tipo no es novedad en la exposición histórica que vengo haciendo, pero su precisa mención aquí se dirige a destacar la visión de uno de los más lúcidos gobernantes del siglo XVI, que encontraba tan precaria su misma función legisladora en el orden local. No eran entonces razones de distancia y desconocimiento de la situación particular, como las que podían afectar al legislador peninsular, sino motivos de incidencia estrictamente locales, en el mismo lugar donde se creaba y aplicaba la norma legal.

Solórzano escribía en los mismos años en que lo hacía Tobar. Después de una larga experiencia como oidor en Lima y como consejero en Madrid, nos ofrece un sustancioso capítulo sobre los criterios del Consejo de Indias en la elaboración de las leyes⁴⁷. Basándose en las ordenanzas del cuerpo, decía que el Consejo disponía en consulta con el rey “las leyes, pragmáticas y ordenanzas, y provisiones generales y particulares” que conviniesen, y aprobaba las que se hiciesen en las Indias. Las leyes que debían acordar y consultar eran las que “fuese pidiendo el tiempo y la utilidad, y conveniencia de aquellas Provincias y Repúblicas”, destacando que, conforme a la doctrina de San Isidoro y a otros doctores, no había ley que pudiera ser uniforme en todo el género humano “porque cada Provincia las requiere diversas, como también lo son sus climas, lugares, y habitantes, y que aun en una misma sucede de ordinario, que lo que hoy se estableció saludablemente, conviene mudarlo mañana”. Agregaba que “en las de las Indias es esto mucho más cierto”, recurriendo al testimonio del Padre Acosta en el sentido de marcar la novedad y mutabilidad del fenómeno indiano ante la introducción de los Derechos romano y castellano.

Llegado a este punto Solórzano se preguntaba sobre la conveniencia de usar leyes escritas o de dejarlo todo al

⁴⁶ HANKE, *Los virreyes españoles. México*, I, 45.

⁴⁷ *Política Indiana*, V, XVI.

arbitrio del prudente gobernador, para que “según las circunstancias de los tiempos y lugares, mire, pese y delibere, qué se debe aprobar y admitir; o por el contrario, qué es lo que conviene reprobado y prohibir”. Desenvueltos ambos argumentos, se inclinaba Solórzano por las leyes escritas, pero tanto en su consideración universal como en su aplicación a Indias sobresalía como argumento decisivo de su postura, la dificultad de encontrar esos gobernadores o magistrados ideales que permitiesen dejarlo todo a su arbitrio.

Contra lo que a primera vista pudiera pensarse, este rodeo de Solórzano, que lo llevaba hasta las mismas raíces de la cuestión, no era mero artificio o disgresión humanista. Para mí tiene un indudable fondo sustancial. Cuando ese mismo dilema se había planteado en México o en el Perú del XVI —aunque sin el mismo desarrollo argumental— varias veces había triunfado la idea del gobierno del buen magistrado. Solórzano, con una mirada temporal mayor, consideraba necesario replantear la vieja cuestión, que yacía en la base misma del Derecho. Es que si bien se podía adoptar una postura favorable a un ordenamiento de leyes escritas, no se podía disimular una realidad que reclamaba soluciones casuistas. Y esto es lo que el propio Solórzano —buen conocedor de esa realidad— quería mostrar, a mi juicio, en este replanteo.

Aunque la inclinación de Solórzano fuese hacia uno de los términos de la alternativa, los argumentos del otro seguían pesando en su reflexión acerca de la elaboración de la ley. Así sostenía que el Consejo de Indias “ha procurado gobernar y contener las Provincias de ellas en leyes, y ordenanzas, no solo justas, sino ajustadas y convenientes a lo que al gobierno, temple, disposición y necesidad de cada una de ellas le ha parecido convenir”, dejando en lo demás en su fuerza y vigor las leyes castellanas, como ordenamiento general y común. Ya entrando a mostrar la práctica de ese modo de gobernar, decía que “el más común y prudente modo que en el Consejo de Indias se tiene en proceder

en ella es, reduciendo a Cédulas Reales las órdenes y despachos de este género, que por él se consultan y libran”. Comparaba dichas cédulas con los rescriptos y cartas de los emperadores romanos, agregando que “por ellas y ellos se induce derecho y pasan en fuerza de ley, así para el caso que especialmente deciden, como para otros cualesquier, en los cuales hallaren, y militaren las mismas razones y circunstancias...”. Es más, se pronunciaba por extender la disposición a otros lugares y provincias, siempre que les cuadrara, y a los sucesores del gobernador a quien se le hubiese dirigido la cédula. Completaba esta idea, remarcando la necesidad de que se procediese en el despacho de esas disposiciones “con gran atención a su conveniencia, y tomando primero todos los informes y pareceres que pudiese de personas entendidas y desinteresadas...”.

Para Solórzano el buen legislador debía acomodar los preceptos según las regiones y gentes a quienes los dirigía, ya que era imposible que las leyes se adaptasen a todas por igual⁴⁸. Reconocía haber aplicado él mismo este criterio cuando, encargado de formar las ordenanzas del Consulado de Lima junto con otros dos oidores, se tomó lo conveniente de las ordenanzas de México, Sevilla y otros consulados, añadiéndole “lo demás que pedía el tiempo y disposición de la tierra para donde se hacían...”⁴⁹.

La visión acerca de la ley en Solórzano ofrece otros perfiles, pero estimo conveniente circunscribirme a lo dicho a los efectos que aquí interesan. De lo expuesto se desprende que, si bien se inclinaba por un ordenamiento de leyes escritas apuntando a darle cierta generalidad y permanencia, la realidad indiana le llevaba a enfatizar ese proceder casuista del Consejo, que ajustaba las leyes a cada provincia y despachaba sus cédulas sobre los casos tal como se iban presentando y decidiendo sobre la base de buenos informes y pareceres. De esta manera, Solórzano parecía buscar un punto de equilibrio en

⁴⁸ Ídem, II, XXV, 8-10.

⁴⁹ Ídem, VI, XIV, 25.

aquella contraposición entre ley escrita y arbitrio del ministro, transfiriendo a la primera ciertas calidades de la segunda.

No parece aventurado afirmar que estas páginas de Solórzano reflejaban el estado de la opinión a mediados del siglo XVII, y aun unas décadas más adelante. En tiempos posteriores se puede ir percibiendo un cierto desconuelo ante esa variedad y multitud de disposiciones, como si esta realidad que los juristas antiguos aceptaban como un tributo a la necesidad de ajustar las disposiciones a los casos y lugares, ya no fuese observada de la misma manera por los más modernos. Esta impresión, que veremos exteriorizada en dos testimonios del siglo XVIII, se puede consolidar en otros ejemplos de avance de la concepción sistemática, que examinaremos páginas más adelante.

El primero de esos documentos es el extenso informe del fiscal de los Ríos, en el cual se exponían los criterios observados para el gobierno por el Consejo de Indias. Dicho informe no difiere en su base del comentado texto de Solórzano. Señalaba que la diversidad de lo americano con relación a lo peninsular y la diversidad entre las provincias indianas, había determinado que el Consejo “haya ido y vaya siempre dando forma y reglas a lo que se descubre, conquista y puebla”, fundado en informes y experiencias. De inmediato ponía énfasis en señalar que “al presente es mucha la variedad” y que con el tiempo la inmensidad de disposiciones llegó a hacer “incomprensible el modo de gobernarlas con reglas y punto fijo en ninguna de sus materias y líneas...”. Ello llevó a reducir las finalmente a la Recopilación, la cual en estos “nuevos tiempos ya exigirían agregarse dos tomos de leyes recopiladas”⁵⁰. Según puede apreciarse, sin desconocerse la realidad con la que se operaba —la misma que veía Solórzano— en este documento se intentaba peraltar la necesidad de ir agrupando tanta variedad en reglas y en cuerpos legislativos. Una inclinación que convergía con otras inquietudes, tal como veremos.

⁵⁰ BP. Mss. 844.

El otro testimonio es de 1798. No tiene, según se le mire, el mismo valor representativo que el anterior —que el Consejo había hecho suyo—, pero es también un documento emanado del mismo centro del poder peninsular. Se trata de unas observaciones que la Mesa de la Secretaría de Despacho elevó al rey con relación al proyecto del gobernador del Consejo de Indias de establecer un archivo secreto en dicho organismo. Era un escrito de trámite reservado que no llevaba firma o rúbrica responsable, pero muy revelador en cuanto al pensamiento de los oficiales que preparaban las leyes indianas.

La Mesa distinguía dos colecciones de cédulas. Una, que contenía las “resoluciones de los casos particulares”; la otra, “las cédulas circulares que forman y constituyen reglas”. Las primeras —decía— “ni forman ley ni regla para el Tribunal, ni pueden servir para otro fin que para ulteriores incidencias de los mismos asuntos...”. Las segundas, en cambio, se inventariaban de tal modo que “el Tribunal las tiene a la mano al instante que las necesita...”. Este escrito refleja —al menos en el nivel pragmático— un pronunciado cambio en la concepción expuesta por Solórzano. El caso particular era un modo de resolver determinada cuestión, casi inútil para que el legislador fijase su atención en el mismo una vez decidido. Todo el acento estaba puesto en la colección de cédulas circulares, aquellas que “forman y constituyen reglas”, según se decía.

Esta primera impresión se corrobora cuando más adelante la Mesa criticaba duramente a esas colecciones de cédulas antiguas: “La inclinación a estas colecciones de cédulas —sostenía— por la mayor parte inútiles a causa de que las circunstancias del tiempo en que se expiden rara vez convienen con las de los tiempos posteriores ha crecido tanto que han llegado a formarse centenares de volúmenes sin que su utilidad corresponda a los sacrificios pecuniarios que exigen sus Autores”. Caían bajo la pluma anónima de la Mesa los tenaces esfuerzos de coleccionistas, como Manuel

Joseph de Ayala, Juan Miguel Represa y José Antonio de Areche, dando como sentencia que “de todas puede decirse que nadie las ha tocado desde que se han formado y que siempre que ha ocurrido la necesidad se ha encontrado en el Archivo la noticia que se ha buscado con mucha mayor prontitud y seguridad que en estas abultadas y confusas colecciones”⁵¹.

Más allá de las intenciones particulares de este documento —que posiblemente las tuvo, ya contra el gobernador, ya contra los coleccionistas mencionados— lo cierto es que se revelaba un procedimiento burocrático de valorar las reglas y de subestimar los casos, como componentes de la legislación.

La Historia, sobre todo la de aguas profundas, no se construye con hechos espectaculares. A veces bastan simples indicaciones, aspiraciones, contenidas en un documento de otro alcance. Son indicios soterrados que el historiador debe aprovechar para sacarlos a luz. De este tipo son los documentos a los que he acudido especialmente en estas páginas. Nos muestran algunas interesantes facetas de la labor del legislador. Ninguno da una respuesta plena, que sea satisfactoria a los interrogantes propuestos. En realidad, el problema no se solía presentar frontalmente y menos con pretensiones de lograr una respuesta uniforme.

Los testimonios de Solórzano, del fiscal de los Ríos y de la Mesa de la Secretaría forman una interesante secuencia extendida a lo largo de un siglo y medio, localizada en el pináculo del poder político. Su examen muestra que de un Derecho tejido en la casuística se fue produciendo un lento deslizamiento hacia un Derecho formado por reglas generales. Rezuman esos documentos, unos —como los de Tobar y Solórzano— particular estima del caso, como punto de atención del legislador; otros —muy particularmente el informe de la Mesa— cierto desdén hacia el caso, juntamente con el enaltecimiento de la regla general, como instrumento al alcance del legislador. Una apreciación temporal de esa

⁵¹ AGI, Indiferente General, 923.

secuencia permite aseverar, como en otros perfiles, que a medida que avanzaba el siglo XVIII la inclinación hacia la regla general y el alejamiento del caso empezaba a ser pregonada en sectores cada vez más extendidos del área gubernativa indiana.

3. La formulación casuista de la ley

Este enfoque nos lleva a verificar algunos aspectos de la técnica de formulación de la dentro de un orden casuista. Cabe preguntarse aquí nuevamente si el legislador, al redactar la norma, solo tenía en cuenta el caso o intentaba hacer una enunciación más genérica hasta llegar al precepto abstracto. García-Gallo, al plantear los distintos modos de formulación de la ley establece, como criterio general, que mientras las formulaciones casuistas y genéricas se dieron en todas las épocas, en cambio la abstracta, que cristalizaba en conceptos jurídicos, apareció solo en los tiempos modernos como una tendencia en avance⁵². De tal modo, se puede asentar que entre el caso y la regla abstracta hay un largo recorrido, constituido por una infinita secuencia de grados, ya sucesivos, ya coexistentes en el tiempo.

La técnica del caso tenía una rancia tradición legislativa y acompañaba ese sentir casuista comprobado desde otros ángulos. Predominante durante los siglos XVI y XVII, se atenuó en la centuria siguiente. La formulación abstracta estaba entonces lejos de la apetencia del jurista, salvo excepciones. En cambio, en el siglo XVIII empezó a ganar terreno como postulado teórico, aunque sus concreciones fueron débiles.

La norma legal dada para el caso particular era pan cotidiano en la actividad del Consejo de Indias durante la época de su mayor poder gubernativo. Centenares de miles de disposiciones, expedidas como reales cédulas y cartas acor-

⁵² GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 272-274.

dadas principalmente, fueron recogidas en los libros-registros de las distintas provincias indianas. Con un grado más genérico, otros libros recogieron aquellas disposiciones dictadas para más de una provincia o de aplicación generalizada. Como ejemplo, pueden recordarse los dos centenares de disposiciones que en los años 1534 y 1535 insumieron el impulso inicial de la expedición de don Pedro de Mendoza al Río de la Plata, empresa marginal dentro de la etapa de los descubrimientos. Muchas de esas disposiciones particulares, atingentes a pequeños detalles, se agotaban en el caso, pero no siempre se podía decir que carecían de efectos más allá, ya que servían de precedentes o ejemplares para el futuro. Entre todas se tejía esa tupida malla del casuismo legislativo.

Esta dirección hacia la situación concreta se puede también observar en la legislación criolla. En el otro extremo del continente, los mandamientos virreinales novohispanos ofrecen una interesante muestra de este género dispositivo, de modo especial los dados en la época del virrey Martín Enríquez, entre 1575 y 1580. Silvio Zavala —quien los publica— caracteriza dicho mandamiento como “una breve orden que comprende un caso concreto y de acuerdo con las circunstancias de hecho resuelve la concesión o negación del trabajo de los indios, indicando casi siempre los términos en que ha de prestarse, o bien delega en funcionarios inferiores la averiguación para proveer con posterioridad”⁵³. El mandamiento se originaba en una petición de parte, solía contener una relación de la situación y la orden ajustada a las circunstancias. Aunque algunos comprendían a un grupo de indígenas, otros eran de validez limitada a situaciones muy concretas.

a) *Extensión a otros casos y lugares*

La solución dada para un caso particular podía tener efectos expansivos, es decir aplicarse a otros semejantes o

⁵³ Véase ZAVALA Y CASTELO, *Fuentes*, I y II.

extenderse a lugares no previstos. Esta característica propia de la jurisprudencia casuista, ya desenvuelta en el medievo europeo por civilistas y canonistas, alcanzó un intenso despliegue en el Nuevo Mundo. Solórzano, ya con mayor perspectiva de este desenvolvimiento, sentaba la doctrina —en buena parte inspirada en el Derecho común— comparando esas cédulas con los rescriptos o cartas de los emperadores romanos. Sostenía que dichas cédulas sobre asuntos particulares inducían Derecho y tenían “fuerza de ley, así para el caso que especialmente deciden, como para otros cualesquier, en los cuales se hallaren y militaren las mismas razones y circunstancias”⁵⁴.

Con relación a si las cédulas despachadas para una provincia se debían guardar en las demás, Solórzano se pronunciaba por la afirmativa siempre que existiesen las mismas razones y que además se hubiesen despachado con el ánimo de que fuesen generales, pues de no ser así —agregaba— no podían extenderse a otras provincias. Para que se produjera esa extensión no requería que se enviasen las cédulas separadamente a cada provincia ni que estuviesen incorporadas a alguna recopilación⁵⁵. Incluso, la particularidad del mandato era a veces tal que ciertas cédulas dirigidas a algún virrey, presidente o gobernador sólo debían ser ejecutadas por estos mismos y no por sus sucesores en el oficio. Sin embargo, a partir de 1583 se fue admitiendo que los despachos dirigidos obligaban también a los sucesores⁵⁶.

Esta extensión normativa de unos casos a otros, de unas provincias a otras, de un gobernante a sus sucesores en el cargo, constituía el tejido de ese Derecho casuista que el legislador y el jurista iban formando lentamente con hebras de distintos colores. Iban atendiendo a las situaciones planteadas, apegados a la realidad concreta, despreocupados de alcanzar uniformidad y armonía formales.

⁵⁴ *Política Indiana*, V, XVI, 13.

⁵⁵ *Ídem*, V, XVI, 14-15; III, XXIII, 38.

⁵⁶ *Ídem*, V, XVI, 16.

Es más, la extensión de las leyes era un elemento que el jurista podía utilizar en esta elaboración intelectual. Sirven de apoyo unas precisas palabras de Solórzano, que conviene recordar. Como las leyes “no pueden comprender todos los casos, y puntos que ofrece su práctica, se traen y deben traer en argumento, y por vía de símil de unos a otros, y extenderse, y ampliarse casos a casos, todas las veces que su decisión, o disposición está manifiesta en alguno de ellos, y corre en otros igualmente su misma razón, con que unas suplen por otras, y los que juzgan tienen ejemplares de que valerse”⁵⁷. En el mismo sentido Hevia Bolaños difundía este criterio arraigado en la jurisprudencia⁵⁸.

La solución dada para un caso particular tenía posibilidades de expansión mayor cuando la cédula se incorporaba a un cedulaario manuscrito o impreso, cuando era invocada por los escritores y sobre todo cuando aparecía incorporada a la Recopilación de 1680. En ocasiones conservaba su tono de providencia local, en otras su disposición adquiría estilo generalizador. En el fondo, no perdía nunca el sello de su origen casuista. Esto incidía, sin duda, sobre su aplicación.

Acerca de esta cuestión, los estudios históricos han avanzado poco. Aunque están esbozadas las grandes líneas, falta conocer sus mecanismos interiores. Se puede observar que, con cierta frecuencia, en las mismas reales cédulas se hacía mención de la posible extensión de la norma a otras situaciones análogas. Esa extensión no era, empero, simple. Con la ley se entrecruzaba a veces la costumbre, como lo revelan dos ejemplos de esta naturaleza.

Un informe del propio Solórzano, expedido a requerimiento del Consejo de Indias en 1653 —cuando ya el famoso jurista estaba jubilado con 77 años a costas— nos coloca ante uno de esos casos⁵⁹. Se trataba de obtener la opinión del antiguo ministro sobre un punto conflictivo

⁵⁷ Ídem, III, XX, 22.

⁵⁸ *Curia Filipica*, I^a, VIII, 16.

⁵⁹ Dictamen de 1^o de septiembre de 1653 en AGI, Lima, 55.

planteado por el virrey del Perú: ¿quién nombraba al oidor encargado de hacer la visita a la tierra? Solórzano contestaba que en “una época antigua” por ordenanzas y otras cédulas se disponía que las hiciera un oidor por su turno. Pero después de una real cédula de 1576 dirigida al Presidente de Guatemala, la facultad había recaído en él, y este criterio se había extendido a Lima y Charcas, estimando Solórzano que “los virreyes están ya en costumbre y posesión” de hacer estos nombramientos. Es decir, se había producido la extensión de una norma dirigida a Guatemala, en detrimento de otra local y específica. Aquélla se había introducido y estaba afirmada por la “costumbre y posesión”. Este era el estado de la cuestión, aunque la habilidad política llevaba a Solórzano a sugerir un pedido de informe a la Audiencia de Charcas, menoscabada por este dictamen.

Cabe subrayar la importancia de la afirmación de Solórzano que marcaba la sustitución de una norma legal específica por otra proveniente de fuera de la provincia, operada a través del resorte consuetudinario. Por cierto, detrás de esta cuestión se vislumbra una motivación política, el refuerzo de la autoridad de presidentes y virreyes sobre las audiencias. Era la solución elegida con el apoyo de la técnica del jurista.

El otro ejemplo que traigo a colación es una respuesta dada por la reina gobernadora al fiscal de la Audiencia de La Plata, Pedro Fraso, que he encontrado en borrador en el Archivo General de Indias. Ante un conflicto planteado en dicha audiencia a raíz de la oposición del Deán a la pretensión de un racionero de que se le diese posesión de la canongía obtenida, se le instruía al fiscal para que “en los casos que sucediesen como el referido se guarde la costumbre existente sin hacer novedad en ella bajo ningún pretexto”⁶⁰. Según vemos, se trataba aquí de dar una solución conforme a la costumbre, que se hacía extensiva a casos futuros. Una nueva prueba, en fin, de este complejo asunto que, mereciendo más profundos estudios, dejó tan solo enunciado.

⁶⁰ AGI, Charcas, 11.

b) *La ley abierta para la solución*

Una interesante variedad es la que ofrece la ley que, con algún contenido normativo, dejaba la aplicación sujeta al criterio de quien estaba encargado de su ejecución, conforme apreciara la situación. Se daba así una doble instancia casuista. Se trata de una especie legislativa relativamente abundante, de la cual hay ejemplos tanto en las disposiciones expedidas desde la Península como en las dictadas en América. Los que ahora presento son meramente ilustrativos y no resultado de una amplia cosecha, por lo que estimo que el intensivo estudio de esta especie legal puede arrojar matices aquí no entrevistados.

El primero de esos ejemplos es una real cédula dirigida a la Audiencia de Quito en 1573 sobre la opresión de los indios por sus caciques. Dicho documento mandaba a los oidores: “os informéis y sepáis qué servicio, tributo y vasallaje llevan los dichos caciques a los dichos indios y por qué causa y razón se lo llevan, y si este servicio, tributo y vasallaje es de antigüedad y que lo heredaron de sus antepasados y lo llevan con justo y derecho título, o si es impuesto tiránicamente contra razón y justicia; y si halláredes que se lleva injustamente y que no tienen buen título para lo llevar, proveáis cerca dello lo que viéredes que conviene y sea justicia; y si lo llevan con buen título y los tributos fuesen excesivos, los moderéis y taséis conforme a justicia, de manera que los dichos indios no sean molestados ni fatigados de sus caciques, ni se les lleve más de aquello que justamente deban dar”⁶¹.

La transcripción permite advertir las dos partes constitutivas del documento: la primera, informativa, la segunda, resolutive. Ambas planteaban distintas alternativas, delegándose en la Audiencia la adopción de la decisión, fijándose como pauta que fuese conforme a razón y justicia. Así pues,

⁶¹ Real cédula de 27 de septiembre de 1573 (reproducido en REIG SATORRES, “Reales audiencias”, 608).

la ley, impotente para proporcionar la solución, se limitaba a instruir acerca de lo que debía averiguarse y sobre las pautas dentro de las cuales era preciso encauzar la resolución final. Este ejemplo es remarcable sobre todo si tenemos en cuenta que se trataba de una materia que siempre despertaba preocupación en el pináculo de la Monarquía.

Otro ejemplo diferente, dentro de la misma especie. Se trata de la licencia para casarse en Nueva España solicitada por el oidor de México, Andrés Gómez de Mora en 1646. Conozco el asunto a través del texto de la consulta de la Cámara de Indias, aprobada por el rey, y tiene particular interés para lo que aquí se considera.

Según normas vigentes, a los oidores les estaba prohibido casarse en sus distritos sin licencia real, pero las últimas disposiciones habían llegado más allá, estableciendo que ni siquiera se admitiesen los pedidos de licencia. Los consejeros sostenían que pese a estas prohibiciones, habían encontrado en la secretaría licencias concedidas a diferentes oidores y alcaldes de México para casarse dentro de su distrito, siendo algunas obtenidas por la vía del beneficio —entrega de una suma de dinero aplicada al servicio del rey—, aunque después se había ido reconociendo los daños padecidos en la administración de justicia en aquellas audiencias donde los ministros habían quedado emparentados con los naturales del distrito. De ahí, agregaban, “ha parecido que conviene mucho tener la mano en esto y así se está con ese cuidado”. El estado de la cuestión al momento en que planteaba su solicitud el oidor Gómez de Mora no parecía favorecer sus pretensiones.

Al entrar en el examen de las circunstancias del caso, se ponía énfasis en señalar que se estaba informado del “proceder y limpieza” con que el oidor desempeñaba su oficio, recordándose además que su hermano Juan era criado del rey, sirviendo “en su ministerio con toda satisfacción”. Precisamente este último era quien, en nombre de su hermano ausente, había promovido esta solicitud. ¿Estamos

ante un caso de trámite preferencial, de favoritismo? ¿Esto influyó en la decisión del caso? Posiblemente sí, pero aun colocados en esta postura extrema, el ejemplo no pierde validez.

La consulta sugería al rey que podía conceder la licencia pero con la condición de que el despacho se remitiese al Obispo Visitador, ordenándole que antes de entregarlo al interesado “se informe muy particularmente de la persona con quien el Doctor Andrés Gómez de Mora intentare casarse dentro del distrito de aquella Audiencia, y si reconociere que el sujeto que se le propusiese fuese tan emparentado que pudiesen resultar de ello conocidos inconvenientes, se le podría ordenar que en este caso reservase en sí la licencia e informase de lo que se le ofreciese; más que si los inconvenientes no fuesen tan grandes, podría entregársela para que usase de ella atendiendo a las consideraciones que se han dicho; y siente el Consejo que se puede muy bien fiar esto del celo y justificación del Obispo Visitador”⁶².

Esta consulta ofrece una interesante muestra del tejer casuístico en la solución de una concreta situación planteada. Frente a una postura normativa que parecía cerrar las puertas a esta petición, entraban a jugar las circunstancias de la persona, tanto la del oidor, apreciadas favorablemente, como los de su futura esposa, referidas a sus eventuales parentescos con naturales del distrito. ¿También pesaban razones de complacencia hacia el rey? La solicitud obtuvo despacho favorable, pero condicionado, dejando abierta la solución final del caso para que el Obispo Visitador decidiera dentro de las pautas establecidas. Se quería así dejar a salvo el principal daño que se había percibido en estos matrimonios en orden a la administración de justicia.

Ocupémonos de un ejemplo virreinal novohispano de fines del XVI. Entre gran número de mandamientos análogos, he elegido uno del virrey Marqués de Villamanrique expedido el 14 de septiembre de 1587. Estaba dirigido

⁶² KONETZKE, *Colección de documentos*, II, 1º, 397-398.

al juez repartidor de indios del valle de Atrisco para que hiciera los repartimientos en presencia del alcalde mayor de esa villa dando “a cada labrador conforme a lo que beneficiase y necesidad que tuviese”, agregando que, a fin de “entender esta necesidad, tomaréis en vuestra compañía seis u ocho labradores personas de confianza y visitéis con ellos las labores y sementeras que cada uno beneficia, informándoos de ellos de la calidad y cantidad que siembra y conforme a esto los socorráis con indios de manera que ninguno reciba agravio”⁶³. La norma daba las pautas de proceder y de decidir —socorrer a cada uno según la necesidad— pero dejaba abierta la solución al criterio del juez, el cual debía atender a las circunstancias de cada caso, dadas en esta ocasión por “la calidad y cantidad” del sembrado.

c) *La alteración casuista de la ley*

Conviene constatar el lugar prevalente dado al caso, cuando se trataba de quebrar la vigencia de una norma legal general. Páginas atrás he invocado la definición de ley expuesta por Tobar. Es preciso ahora recurrir a otras consideraciones de dicho autor. Sostenía que la suprema potestad real podía “anular y alterar toda suerte de ley o determinación civil, teniendo siempre por guía y norte fijo la luz de la razón natural, según la cual halle en la inconstancia y movimiento de los seres humanos, la seguridad y firmeza del beneficio y conveniencia pública”. Palabras barrocas imbuidas de la idea de que el bien público no se sustentaba en una ley fija, abarcadora, inmutable, sino en la adecuación a la cambiante realidad humana, concretada en la infinidad de casos. Para ello —agregaba Tobar— se podía recurrir tanto a la dispensa de la ley como al dictado de un privilegio⁶⁴.

⁶³ ZAVALA Y CASTELO, *Fuentes*, III, 55-56. Criterios análogos en otros muchos mandamientos incluidos en este tomo y en el siguiente.

⁶⁴ TOBAR Y VALDERRAMA, 118-119.

De tal modo, el legislador podía atender razonadamente la situación particular aunque hubiese una ley que, en principio, le impidiese la solución conveniente para dicho caso. Que esto se pudiese prestar a favorecer a determinada persona, en detrimento de otras o del común, es sin duda una posibilidad que, si bien escapa a nuestro enfoque y nos llevaría muy lejos, debe ser tenida en cuenta. Lo que aquí interesa mostrar es, una vez más, el predominio del caso particular sobre la ley general. Por lo demás, el asunto requiere un estudio que está por hacerse, en el que no deberá faltar la comparación con el Derecho canónico, en donde la dispensa y el privilegio han cumplido un papel muy importante. ¿Lo tuvieron también en el Derecho indiano?

Entre los ejemplos que podrían traerse a colación⁶⁵, me limito a un Decreto real de 1705 por el cual se le hizo la merced al duque de Atrisco —o Atlixco— de que “todas las encomiendas vitalicias que conforme a la ley de la sucesión han recaído en su persona y está gozando en la Nueva España... las gocen perpetuamente por vía de mayorazgo” el referido duque, sus hijos y sucesores. La concesión se hacía “sin embargo de la orden y cédula expedida para que no gocen encomiendas más que por su vida los que no residen en las Indias, la cual revoco y anulo para en este caso concediéndole facultad para que haga la fundación de este mayorazgo...”. Estas importantes alteraciones de las disposiciones vigentes se fundaban en las circunstancias personales del duque. Se invocaban “los especiales servicios que ha hecho a la Corona... y particularmente a los que hizo en el Virreinato de Nueva España y a los que continuamente ejecuta con el particular celo correspondiente a sus obligaciones”. Esto llevaba al rey a otorgar la merced por “vía de recompensa y contrato oneroso” y a ordenar que se le diesen los despachos necesarios “en la más amplia forma, sin réplica ni disputa alguna”⁶⁶.

⁶⁵ Sobre las dispensas de leyes recopiladas me he ocupado en “Consideraciones sobre la aplicación”, 359-361.

⁶⁶ AGI, Indiferente General, 50. Sobre esta cuestión, me remito al estudio de LIEHR, 137 ss.

Este Decreto merecería una atención especial desde el punto de vista de la grave alteración que introdujo —hubo sí precedentes, pero ¿de tal magnitud?— en el ordenamiento. Así, la acumulación de encomiendas por vía de herencia, el ingreso de la encomienda al régimen del mayorazgo, la concesión de encomiendas a los ausentes de Indias —práctica que medio siglo atrás ya fustigaba Solórzano— y el carácter de “contrato oneroso” de la merced, son asuntos que exigirían un tratamiento impropio de estas páginas. Pero justamente lo que deseo resaltar es cómo la atención al caso podía tener, jurídicamente, la fuerza de alterar preceptos generales sólidamente aceptados y que continuaban vigentes después de esta particular excepción.

Lo mismo se verifica en un interesante ejemplo que proporciona Silvio Zavala para apoyar precisamente su afirmación de que las excepciones en el Derecho indiano constituían “una parte orgánica del sistema”, siendo su examen tan imprescindible como el de las leyes generales⁶⁷. El caso que menciona es el de un mandamiento virreinal de 1599 que disponía la guarda y ejecución de una real provisión sobre repartimientos de indios “en los casos en que no hubiese especial disposición, licencia o mandamiento” virreinal en sentido contrario. Esto se hacía en respuesta a un reclamo de haberse alterado dicha provisión, con lo que la decisión virreinal adquiriría una mayor nitidez para el sentido ejemplar con que la presentamos.

d) *Las leyes casuistas en serie, forjadoras de instituciones*

Del caso concreto las normas se iban extendiendo por analogía a otros semejantes, ya en la provincia, ya fuera de la misma. Por esa vía se podía alcanzar la generalización de una solución dada originariamente para un caso. También es posible observar que no uno sino muchos casos semejantes, tratados reiteradamente en cédulas reales u otros manda-

⁶⁷ ZAVALA Y CASTELO, *Fuentes*, IV, p. XII y 268-269.

mientos, finalmente alcanzaban a forjar un nuevo instituto jurídico, ya plasmado en normas legales generales, ya operando con las mismas normas particulares, y aun apoyándose en la costumbre. Esto lo podemos comprobar con algunos ejemplos representativos.

No me parece inadecuado empezar con una muestra elocuente de normas en serie que acabaron plasmando el Juzgado de Bienes de Difuntos. Se trataba de atender un problema nuevo creado por la extraordinaria movilidad de las gentes hispanas en los vastísimos espacios abiertos por la conquista, que a veces los llevaban a perder contactos con su familia en la Península. A la muerte del poseedor, los bienes de estos andariegos hombres quedaban frecuentemente en América sin dueño cierto y efectivo. De un lado, el orden jurídico y los propios intereses fiscales, de otro las expectativas sucesorias de los herederos y el cumplimiento de la voluntad del testador, exigían una solución adecuada. Esta se encauzó a través de cédulas particulares que empezaron a expedirse en las primeras décadas del XVI, a petición de cada interesado, ordenando a las autoridades de Indias en cada caso la remisión total o parcial de los bienes de esos difuntos a la Península. Se solía hacer en las mismas la relación sucinta de la petición y se daba la orden de remisión de los bienes a la Casa de Contratación. Había cédulas en donde la relación era más detallada, y cuando se las dirigía a una audiencia se la facultaba para hacer justicia en caso de pretensión de terceros. Como decía Solórzano, los despachos se hacían “según lo iban pidiendo las cosas”⁶⁸. En una primera época solo se dictaron normas directrices aisladas. El período de gestación culminó en 1550 con la creación de los juzgados especiales de bienes de difuntos con jurisdicción privativa y con el establecimiento de un procedimiento especial para proteger esos bienes y entregarlos a sus legítimos herederos⁶⁹.

⁶⁸ *Política Indiana*, V, VII, 3.

⁶⁹ Sobre esto, mi *Esquema de derecho sucesorio*, 68-72.

Es también ilustrativa otra institución, la denominada “hueste” indiana. Según Demetrio Ramos —quien ha estudiado el tema exhaustivamente— no fue “una institución jurídicamente reglada”, careció de una ordenanza normativa y se agotó con el tiempo. Pero esas fuerzas —vitales en la empresa conquistadora— “aun sin reglas establecidas —agrega Ramos— funcionaron de acuerdo con unas bases consuetudinarias que, con determinadas variantes, responden a un cuadro de procedimiento impuesto por precedentes perfectamente regulados desde siglos, que se trasladaron a América apenas iniciado el descubrimiento y que, tras su rápida modernización, llegaron a normalizarse de hasta el extremo de que, después del enfoque casuista de las capitulaciones, se hará alusión en no pocas disposiciones reales a varios aspectos de tal sistema, como de algo establecido y de dominio común”⁷⁰.

Corroboración la variedad de esta modalidad que estamos examinando, una práctica desenvuelta entre mediados del siglo XVII e igual término de la centuria siguiente. Se trata del denominado “beneficio de los oficios”, cuyo estudio ha sido abordado por Fernando Muro Romero⁷¹. Para engrosar las escuálidas finanzas de la Corona, al ya organizado sistema de la venta de oficios se agregó para entonces esta nueva vertiente, consistente en que los nombramientos para cargos de gobierno y justicia llevaran la contraprestación de un servicio pecuniario a favor de la Corona por parte del beneficiario, sin que éste adquiriese la propiedad del oficio.

Esta institución surge de una serie de contratos entre la Corona y los pretendientes. El trámite se componía de la petición acompañada de la relación de servicios y méritos, y del ofrecimiento del servicio pecuniario. Sometido el asunto a la Cámara de Indias, una vez que la consulta elevada al rey era aprobada, se expedía el decreto de nombramiento. En ningún momento alcanzó a plasmarse este instituto en pre-

⁷⁰ RAMOS PÉREZ, “Determinantes formativos”, 14-15.

⁷¹ MURO ROMERO, “El ‘beneficio’”, 313 ss.; y del mismo, “Instituciones”, 182 ss.

ceptos legales que lo regulasen de modo general. Quedó reducido a esa casuística de nombramientos con gran diversidad. En cuanto a las razones que explican este estado provisional —se puede en verdad dudar si era un régimen ordinario o excepcional— hay que tener en cuenta que en sus orígenes se discutió su legitimidad hasta que fue aceptada o tolerada como una regalía del rey, que daba mayor flexibilidad a la política de la Monarquía en esta materia.

Un último ejemplo, sacado a luz por el historiador Zavala. Al estudiar un grupo de mandamientos virreinales novo-hispanos de la primera mitad del XVII, el maestro mexicano halla que este conjunto documental, además de su valor aclaratorio sobre los orígenes del peonaje, tiene interés dado que “enseña que una institución fundamental de nuestra economía agraria se forma, no por efecto de una sola ley general, sino por un procedimiento casuístico basado en los mandamientos de los virreyes que se repiten a instancias de muchos labradores hasta constituir normas consuetudinarias”. En efecto, se trata de verificar la situación en que cayeron los indígenas ante sus patrones con el régimen de libertad de trabajo, instaurado en sustitución del servicio obligatorio agrícola. Se fue formando casuísticamente el criterio de que el indio deudor no podía ausentarse a otra parte sin saldar su deuda con servicio o pago, lo que frecuentemente, al aparecer como tal, le hizo incurrir en una nueva dependencia que enturbió dicho régimen⁷².

Cabe extraer algunas conclusiones. Los cuatro ejemplos se refieren a aspectos sustanciales de la vida indiana, es decir que no conciernen a regulaciones de interés secundario. En todos apreciamos que el caso impulsa hacia la formación institucional. En uno de ellos, se plasmó en un instituto —el Juzgado de Bienes de Difuntos— con normativa general. En los otros tres no se alcanzó ese mismo resultado, pero las instituciones mantuvieron su funcionamiento sustentadas en el tejido casuista. Para una visión dogmática o

⁷² ZAVALA Y CASTELO, *Fuentes*, VII, p. XII.

legalista del Derecho, esas instituciones pueden ser consideradas de facto, o también ilegales. Inclusive alguna de ellas —como el régimen de beneficio de los oficios— puede ser englobada dentro de las prácticas corruptas. Para mí rescato el valor de estos ejemplos, en cuanto iluminan ese proceso de elaboración del Derecho a partir de una serie sucesiva de casos, plasmados en disposiciones particulares.

e) *La ley, descriptiva de situaciones*

Cabe apuntar —nada más— otro rasgo que afirma la caracterización de la ley dentro del sentir casuista. Se refiere al estilo mismo utilizado en la redacción de los preceptos. Se buscaba describir las situaciones que caían bajo regulación de modo llano, recurriendo a ejemplos cotidianos y huyendo de las tipificaciones abstractas.

La figura penal del “homicidio ocasional” tiene un insuperable testimonio en aquella ley de Partidas que estatúa: “Desventura muy grande acontece a las vegadas a ornes, y ha, que matan a otros por ocasión, non lo queriendo fazer. Esto podría acaescer, como si orne corriese cavallo en lugar que fuese costumbrado para correllos, e atravesase por aquella calle, o carrera, algund ome, e topase el cavallo en él, e lo matase; o si cortase algund ome arboles, o labrase alguna casa, e diziendo a los que pasasen por aquel lugar que se guardasen, de manera que lo pudiesen oir, cayese el árbol, o alguna teja, o piedra o madera, o otra cosa cualquier, e por ocasión matase algund ome. Ca, en qualquier destas maneras sobredichas, o en otras semejantes destas, que matase un orne a otro por ocasión, non lo queriendo fazer, non cae por ende en pena ninguna...”⁷³.

Otra buena muestra nos la ofrece la figura de la “libertad de escribir”, tal como quedó plasmada en una real provisión de 1509. Según dicho texto se mandó que “agora y de aquí adelante en ningún tiempo que sea el gobernador que es o

⁷³ Partidas VII, VIII, 4.

fuese de las dichas Indias, ni otras personas que tengan cargo de justicia, ni otros oficios, ni otros algunos, no sean osados de poner ni consentir que sea puesto embargo, ni impedimento alguno a ningunas personas que quisiesen escribir así al Rey mi señor y padre, como a mí y a otras cualesquier personas lo que quisieren y por bien tuvieren, y que no les tomen, ni consientan tomar las cartas y peticiones, y otras escrituras cualesquier que enviare desde las dichas Indias a la nuestra corte, y a otras cualesquier partes de estos nuestros Reynos, y que las puedan recibir y traer y traigan cualesquier capitanes y maestros y marineros y otras personas, a quienes fueren dadas y encomendadas libre y desembargadamente, sin que sobre ello sea puesto embargo ni impedimento alguno...⁷⁴.

Este estilo legal —que por cierto desesperaría a un jurista con formación dogmática— es una nueva muestra de ese gusto del casuista por ceñirse a la realidad, por aprehender en el precepto mismo las situaciones vivas de su tiempo, desechando cualquier intento por establecer una norma abstracta.

El estilo no se perdió en tiempos más próximos. En un modesto precepto contenido en un auto de buen gobierno dictado en la intendencia de Salta a principios del siglo XIX podemos hallar otra interesante muestra. Decía: “Todo cuidado se deberá poner en la igualdad en las veredas, y en la llanura de las calles, para que no haya tropiezos, ni se detengan las aguas; por lo mismo nadie dejará en ellas piedras, maderos, ni tierra, mientras no esté edificando; y la persona que tuviere frente a sus Casas estos materiales u otros, los quitará precisamente en el término de ocho días, bajo la pena de que a su costa se trasladarán a los parajes públicos, donde para terraplenes, u otros fines importantes se necesiten”⁷⁵. Según se aprecia, al igual que en aquel texto alfonsí, se describían los elementos concretos que daban

⁷⁴ CI, II, 309.

⁷⁵ Texto en TAU ANZOÁTEGUI, “El auto de buen gobierno”, 149.

origen a la infracción, pero la enumeración era solo ejemplificativa pues se contemplaba la extensión a otros que produjeran el mismo efecto punible. Bien lejos también de toda formulación abstracta.

4. La acumulación de leyes

Dentro de una concepción que atiende a las situaciones concretas y donde la legislación apunta a dar soluciones casuistas, la acumulación normativa constituye una consecuencia natural. El jurista no se inmuta ante la posibilidad de que esas normas estén en pugna, pues el dinamismo creador ceñido a los casos admite la diversidad de soluciones. Es más, el material acumulado sirve de apoyo para decidir los futuros casos. Este apoyo se toma, en cambio, en estorbo para el jurista sistemático que necesita leyes claras y abarcadoras, libres de encuentros, que le den respuesta precisa a su caso. De ahí que, en vez de acumular, se imponga la necesidad de derogar todas las normas anteriores que puedan afectar la pureza del sistema legal sin contradicciones. Acaso se podría afirmar que rasgo típico del casuismo es la acumulación normativa y del sistema, la derogación legal. Es preciso, en fin, aclarar que acumular no significa solo amontonar materiales, sino que en la tarea es dable apreciar criterios de orden y concierto. Por su parte, la derogación con alguna frecuencia no queda exenta de ambigüedad.

Por su naturaleza casuista, el Derecho indiano se presenta como un ordenamiento acumulativo, no solo de leyes, sino también de otros tipos normativos, como la costumbre y las opiniones. Sin embargo, las compilaciones fueron solo legislativas. Los otros elementos creativos debemos buscarlos especialmente en las obras jurisprudenciales.

En un breve trabajo —bien lúcido como suelen ser los suyos— el profesor Lalinde Abadía⁷⁶ ha planteado el tema

⁷⁶ LALINDE ABADÍA, “La acumulación de normas”.

de la acumulación normativa en el Derecho español desde una perspectiva que es preciso recoger en sus líneas generales, aunque no haya establecido ninguna relación estrecha entre casuismo y acumulación normativa. Por esto mismo, tal vez, sea más interesante conocer sus consideraciones acerca de la cuestión.

Lalinde Abadía establece como apreciación general que en Castilla e Indias se advierte un “cumulativismo legal”, derivado del criterio de dictar nuevas disposiciones dejando subsistentes las antiguas. Atribuye esto a una tendencia hacia el “decisionismo jurídico” y a que “se legisla de prisa”. Enfrentada a esta tendencia ubica la preocupación de algunos teóricos destinada a moderar esa ingente acumulación de leyes. Hace, en fin, una interesante comparación con otros reinos peninsulares —Navarra, Aragón, Cataluña—, en donde no se registró el mismo proceso acumulador, o al menos lo fue mucho más atenuado.

La tesis del catedrático español constituye un autorizado apoyo a cuanto he sostenido en el sentido de la peculiaridad indiana —o si se prefiere castellano-indiana— de este fenómeno. Ello nos permite verificar que ese “cumulativismo legal” se dio acompañado de un espectacular proceso de expansión territorial que incentivó el despliegue del casuismo. La frase “se legisla de prisa” no deja de ser bien expresiva de la realidad, siempre que entendamos en ella la exigencia de atender la perentoriedad de los casos que se sucedían, sin posibilidad de elaborar pocas leyes comprensivas de la mayor parte de las situaciones.

Disiento, en cambio, con el profesor Lalinde en cuanto presenta a ese “cumulativismo legal” como un estigma del ordenamiento, del cual Castilla —¿también las Indias?— no se pudo desprender, como unas culpas que son de “todo un país a través de los siglos”⁷⁷. Me parece una postura dogmática en exceso, que no contempla la realidad de un ordenamiento casuista sustentado sobre esa acumulación

⁷⁷ Ídem, 10.

normativa, tal como lo vengo afirmando e intentando constatar, al menos para los territorios americanos, donde el fenómeno se dio con mayor intensidad.

Esta tendencia a admitir la acumulación normativa —y de modo especial la legal, aquí considerada— fue predominante en el Derecho indiano de todas las épocas, sin perjuicio de coexistir ya desde el siglo XVI con el despliegue embrionario de la otra tendencia, que apuntaba hacia la derogación de las normas antiguas que pudieran enturbiar la visión legal del jurista.

Una interesante muestra de superposición de ambas tendencias, con triunfo del criterio acumulador, nos ofrece la misma Recopilación indiana de 1680. En la ley promulgatoria que la encabeza, se halla una expresa resolución derogatoria de todos los preceptos dados con anterioridad y no incorporados a dicho cuerpo, que de inmediato era atemperada al mantener en vigor las cédulas y ordenanzas enviadas a las audiencias, y las ordenanzas y leyes dadas en cada provincia, siempre que no fuesen contrarias a las normas recopiladas. Las incipientes investigaciones sobre la aplicación de esta Recopilación autorizan a pensar que en la práctica aquella decisión abrogatoria estuvo mucho más atenuada y que las normas anteriores mantuvieron, en la medida que eran conocidas, un amplio margen de aplicación, aun en el seno del Consejo de Indias⁷⁸.

El criterio acumulativo era admitido por el casuista como un elemento integrador. Esto puede verificarse mejor en aquellos ordenamientos abiertos, como los de Castilla e Indias, en contraposición a lo que acontecía en reinos con un régimen jurídico ordenado y cerrado, como el de Aragón, oposición que resalta el citado trabajo de Lalinde. La acumulación de leyes u ordenanzas llevaba a que se empalmasen unas con otras, sin derogarse y sin que se exteriorizara una preocupación ordenadora. Esa acumulación estaba frecuentemente sobreentendida, pero a veces se consagraba

⁷⁸ Véase mi trabajo "Consideraciones", 361-368.

expresamente. Esto último lo he verificado en una época tardía —fines del siglo XVIII— en los bandos de buen gobierno de Buenos Aires⁷⁹.

Quisiera poner punto final a esta cuestión con un ejemplo que me parece decisivo, proveniente de las oficinas donde se forjaban las leyes peninsulares. Se trata de las motivaciones que impulsaron a un oficial de la Secretaría de Nueva España, don Francisco Martínez de Grimaldo, a elaborar una recopilación de consultas y decretos reales hallados en esa oficina hasta fines de 1678. Cabe anotar que Martínez de Grimaldo no era jurista, sino un experimentado oficial con treinta años de labor entre los papeles de dicha secretaría. Sus palabras, pues, reflejan la mentalidad de ese nivel de empleados que manejaban cotidianamente los expedientes para su despacho.

He extraído un extenso párrafo de esas páginas justificativas, que atañen a la cuestión tratada: “Habiendo manejado cerca de treinta años los papeles de la Secretaría de Indias de la parte de Nueva España, y visto la diversidad de materias, que en ella ocurre, la variedad de resoluciones, y el riesgo de encontrarse unas con otras por no tenerse presentes las antiguas, siendo preciso para el acierto discurrir, y alucinar, por qué tiempo, o en qué ocasión sucedió cosa semejante, me pareció no podía poner el estudio, y el cuidado en cosa más provechosa, e importante, que en formar este Volumen, compendiando en él tantas, y tan graves resoluciones de los Reyes nuestros Señores, por ser las que (con mayor razón) dan fuerza a la ley, y a la costumbre; siendo éstas las que hoy necesitan saberse y acumularse; pues las que constan de despachos (tanto resueltos por el Príncipe, cuanto acordados por el Consejo) son notorias, y su contenido se ha tocado en diversos tiempos, así en los tomos de cédulas como en las ordenanzas y acuerdos”⁸⁰.

Según vemos, este veterano oficial juzgaba como tarea

⁷⁹ TAU ANZOÁTEGUI, “Los bandos de buen gobierno”, 136-138.

⁸⁰ MARTÍNEZ DE GRIMALDO, Recopilación.

“provechosa e importante” reunir las consultas y los decretos reales, como material complementario al de las reales cédulas y los autos acordados del Consejo. Esas resoluciones, decía, daban fuerza a “la ley y a la costumbre” y “hoy necesitan saberse y acumularse” para conocer la “variedad de resoluciones” dadas en el tiempo, para tenerlas presente en el momento de decidir los casos semejantes y para, en fin —decía más adelante—, caminar “con más seguridad en satisfacer a lo que diariamente ocurre”. El testimonio confirma en general esa visión casuista del Derecho, tantas veces observada. De modo particular quisiera subrayar esa frase —resoluciones que “hoy necesitan saberse y acumularse”— que destacaba la necesidad de acumular disposiciones. Acumular no era entonces —según rezuma esta página— un vicio a desterrar, sino una operación para poner al alcance de ministros y oficiales el material antiguo que sirviese de apoyo en la reflexión y decisión legislativa. Era un acopio de ese saber, que debía ser escogido, compendiado y auxiliado de índices, para convertirlo en instrumento de labor dentro del orden imperante.

II. LA LEY ORIENTADA HACIA EL SISTEMA

Después de haber mostrado la visión casuista de la creación legal —tan dominante en los siglos XVI, XVII y aún con fuerza en el XVIII— es ocasión de volver a preguntarse acerca de la existencia de una corriente distinta, que tendiera a estructurar el Derecho con reglas o leyes generales abarcadoras de numerosos casos, o aun con pretensión de totalidad. Unas palabras de Leibniz, en la segunda mitad del XVII, nos ponen sobre la cuestión: “La materia del sistema la constituyen las propias leyes, en las cuales debemos hacer lo que se hace con las piedras con las que construimos un edificio: deben estar cortadas de forma que ajusten entre sí con precisión y solidez, y sin que pueda quedar entre ellas vacío

alguno”⁸¹. Dos aspectos cabe resaltar: el sistema se construía con leyes —y no con otras fuentes jurídicas— y las leyes no debían darse para los casos particulares. El cambio de postura era sustancial. En suma, la ley aparecía asociada a la idea sistemática.

Esta nueva tendencia ¿respondía a una necesidad sentida por los juristas, jueces y abogados? ¿O era acaso mera elaboración especulativa? ¿O una aspiración en el terreno de la utopía? Extendiendo la cuestión se podría aun preguntar acerca de los estímulos políticos, económicos, sociales, que la empujaban. Nada conviene descartar de antemano, pero en una apreciación global se puede observar que aquella tendencia fue lentamente descendiendo desde el terreno de la idea, de la elaboración filosófica, al mundo de los juristas, dentro de un clima cultural favorable. Para mí esta conexión alcanzó ya una considerable aceptación en el siglo XVIII, aun cuando el ordenamiento legal permaneciera sin modificarse sustancialmente y tardara mucho tiempo más en acomodarse a la nueva dirección intelectual. Así cuando algunos autores del Setecientos veían caos, enredos y laberintos en el Derecho indiano por la existencia de tantos cuerpos y leyes ¿no es que ya su óptica estaba cambiando? ¿no es que empezaban a reducir el Derecho a leyes ajustadas en un sistema? ¿no es que se iba perdiendo el sentido de creatividad jurídica frente al caso, que los juristas anteriores poseían y cultivaban? El decaimiento de la labor doctrinal por entonces y la proliferación de los comentaristas de las leyes⁸² ¿no es acaso posible vincularla con esta situación? La cierta discordancia señalada entre el antiguo ordenamiento y el nuevo orden de ideas ¿no tiene su causa fundamental en la infiltración de la tendencia sistemática que venimos siguiendo? Lo cierto es que, más allá de una respuesta precisa a esta serie de interrogantes, es posible observar el advenimiento en esta época de una nueva situación

⁸¹ LEIBNIZ, 151.

⁸² BERNAL, “Las leyes de Indias”, 336.

que, sin desplazar a la anterior, empezó a desgastarla. La piedra pulida, ajustada con las demás con precisión y solidez, que Leibniz reclamaba en aquella feliz imagen, empezaba a adueñarse de la mente de los juristas. Se abría la posibilidad de concebir el Derecho como un “sistema legal”.

Si bien esta tendencia aparecía a primera vista como enteramente contrapuesta a la anterior, se pueden percibir puntos de unión, elementos combinados, de tal manera que la separación absoluta puede ser solo concebida como criterio de análisis, no como realidad histórica. Son, por lo demás, variadas las líneas y contralíneas que pueden llevar a sustentar enfoques encontrados. Así Maravall, al ocuparse de los medios de acción del Estado moderno, puntualiza la existencia en el siglo XVI de la tendencia sistematizadora como estímulo para la formación de las compilaciones jurídicas y, como contracorriente, la presencia de un espíritu utópico que volcaba su estimación por el criterio de equidad en la solución de los casos⁸³. Para mí, este esquema trastoca la cuestión, al aparecer entonces como dominante una tendencia hacia la sistematización y como opuesta una postura utópica atenta a los casos, lo que no parece ser así, tal cual confío demostrar en estas páginas. El error de Maravall, a mi juicio, deriva de exagerar la presencia de la idea sistemática en las compilaciones castellanas e indianas del XVI y en reducir el punto de vista de los utópicos a la estimación de la equidad. Observo, de una parte, que era aún incipiente el aporte sistemático en esas compilaciones, y de otra, que en el espíritu utópico podemos encontrar distintas actitudes, siendo algunas de ellas más emparentadas con la sistemática que con la casuista. En términos amplios, la utopía no puede quedar reducida a una contracorriente de naturaleza casuista, como pretende Maravall, pues es mucho más variada. Es frecuente apreciar, dentro de este género, el reclamo de pocas leyes, breves, claras, tal como lo veremos.

Mientras que al examinar la ley dentro del orden casuista,

⁸³ MARAVALL, *Estado moderno*, II, 427-428.

partíamos de una situación consolidada, recibida de la tradición jurídica, ahora cabe estudiar el despliegue de una idea en lento avance, paulatinamente infiltrada en el orden antiguo. Ello lleva a una tarea de verificación distinta, ya que cabe atender a aquellos factores que, actuando de manera convergente, abrieron los rumbos de penetración. Los artífices de ese movimiento no tuvieron por entonces la visión integral —de la cual hoy disponemos en nuestro puesto de observación temporal— pero hubo ciertas anticipaciones que resultan sugestivas.

Cuando nos referimos a la ley como elemento formativo del sistema, podemos ya vislumbrar la cuestión en algunos tempranos escritos españoles. Simón Abril, Cerdán de Tallada y Deza son, entre fines del XVI y principios del XVII, tres muestras elocuentes del despertar de ese movimiento. Ellos apuntaban a una reforma general del ordenamiento jurídico. Eran muy expresivas las palabras de Cerdán cuando decía que “es necesario buscar un diferente orden y estilo del hasta ahora utilizado”⁸⁴. En los puntos que iremos examinando, encontraremos en ese movimiento las raíces de un cambio que perdió luego su ímpetu inicial y sólo reapareció con mayor fuerza al avanzar el siglo XVIII.

Cabría preguntarse ¿en qué medida la ordenación sistemática de las leyes constituye uno de los tantos medios propuestos por los arbitristas para mejorar el estado presente?, ¿en qué medida fue, por mucho tiempo, meta ideal?, ¿cómo se conjuga con los proyectos políticos peninsulares para retomar el control perdido sobre los reinos indianos? Interrogantes que en buena parte quedarán abiertos. Las aspiraciones y proyectos que irán desfilando, contenidos en escritos de diferente carácter, expresaban puntos de vista a veces muy particulares, otros más generalizados. Difícilmente puedan ser considerados como expresivos de un sentir ya consolidado entre los juristas. Esas nuevas ideas vivían todavía en estado de ebullición.

⁸⁴ CERDÁN DE TALLADA, *Veriloquium*, 200.

1. La primacía de la ley y el desplazamiento de otros modos de creación jurídica

El primer factor que debe ponerse de relieve es el de la primacía que paulatinamente fue alcanzando la ley, entendiendo por ésta a toda norma escrita dada por el rey o las autoridades que lo representaban. Frente a un orden jurídico, donde se articulaban varias fuentes de Derecho —ley, costumbre, doctrina de los autores, práctica judicial— un grupo de escritores, ya desde fines del XVI empezó a pelear la ley, al mismo tiempo que intensificaba un movimiento crítico contra la doctrina de los autores, con cierto relegamiento de las otras fuentes. La reforma propiciada por Simón Abril, Cerdán de Tallada y Deza se sustentaba sobre la ley. Entre crítica racional y aires utópicos se manifestaba cierto desdén hacia la jurisprudencia existente, un deseo de mejorar el estado de cosas enturbiado por la multiplicación y dilación de los pleitos, y una confianza en la claridad y certeza que se podía alcanzar con las leyes. En Simón Abril la oposición entre legisladores y glosadores le llevaba a señalar que, mientras el intento de los primeros era que “el pueblo supiese las leyes por donde se ha de gobernar”, los segundos habían buscado que “los hombres no las entendiesen” para que acudiesen a ellos, como oráculos⁸⁵.

Esta tendencia se observa en el Derecho indiano. Pieza interesante al respecto es la que escribía el licenciado Francisco de Barreda —relator del Consejo de Indias— como introducción al *Tratado de confirmaciones...* de Antonio de León, aparecido en 1630. Sostenía allí que las “leyes particulares” sobre la materia que originaba la obra constituían la “verdadera jurisprudencia”, el propio “Derecho”, en donde se encontraban “desatadas todas las dudas”, la resolución cierta, sin necesidad de acudir a los comentaristas, en donde —por el contrario— se encontrarían embarazos y confusión. “Flaqueza de los ojos —aseveraba—

⁸⁵ SIMÓN ABRIL, *Apuntamientos*, 297.

no mirar al Sol en su orbe; sino en las resultas últimas de la luz”. Sin conceder a este testimonio un alcance representativo resulta sugerente detectar una opinión en avance que enaltecía el papel de la ley. Esta pieza de Barreda —o acaso del propio León, si nos atenemos a las curiosas costumbres literarias del Barroco, apuntadas por Simón Díaz⁸⁶— fue compuesta dentro de un círculo cortesano, donde esas manifestaciones podían ser recibidas con complacencia. Pero también es cierto que la corriente política empujaba en esa dirección.

La ley aparecía como el medio de acción más poderoso de que disponía el poder real. La prédica hacia una ciega obediencia a dicho mandato producía el relegamiento de los otros modos de creación jurídica. A mediados del siglo XVII, de esta manera lo recordaba a sus lectores el obispo Palafox, fino político y escritor:

“El que sirve bien al Rey,
siempre obedece a su ley.
Porque es Alma de las leyes
la voluntad de los Reyes.
Y el buen Ministro del Rey
ejecutor de su ley”⁸⁷.

Es fácil hallar en la vida cotidiana indiana expresiones en apoyo de esta idea. Cuando un alcalde bonaerense sostenía en 1716 —con el asentimiento del Cabildo— que eran “las reales leyes las que dan la regla para el gobierno y forma de todas las cosas”⁸⁸ estaba sin duda recogiendo un sentir que se iba infiltrando hasta esos niveles, aunque atenúe su alcance el que juicio tan rotundo se diera en el curso de una controversia, en la cual la postura capitular encontraba precisamente su apoyo argumentativo en la norma real.

⁸⁶ SIMÓN DÍAZ, 144 ss.

⁸⁷ PALAFOX Y MENDOZA, *Bocados espirituales*, 150.

⁸⁸ *Acuerdos... Buenos Aires*, 2^a, III, 287.

A mediados de la centuria se acentuaba en la práctica el criterio de que las leyes debían ser rigurosamente observadas. Lo he advertido, manejando papeles del gobierno supremo. Los fiscales del Consejo se ceñían más a la normativa legal. Los mandatos reales reiteradamente se empeñaban en la concreta observación de la Recopilación. Castro, en sus Discursos críticos, recogía ese sentir, al adoptar por instrumento a la razón y depositar su confianza en la ley. Esta —decía— “encierra la razón en su seno”⁸⁹. A ello se sumaban sus críticas contra la costumbre y la doctrina de los autores⁹⁰.

En las últimas décadas la exaltación de la ley se hizo moneda corriente en libros y escritos, aunque su reflejo en la práctica no tuvo igual intensidad. Incluso es posible mencionar juicios tan exagerados como los del conde de la Cañada, quien se inclinaba por “la puntual observancia de las leyes”, con absoluto desplazamiento de todas las demás fuentes. A los autores solo les cabía manifestar los inconvenientes que encontrasen en las leyes. La costumbre era solo un testimonio que eventualmente podía servir al príncipe para alterar la ley⁹¹. Si a ello agregamos el desenfado con que caracterizaba la relación de sumisión de los vasallos frente al rey, bien puede apreciarse el avance resuelto de esta postura.

Otro ejemplo. Juan Antonio Llorente, al publicar en 1792 el Fuero Juzgo, lo hacía sin notas ni comentarios, como en cambio sí lo había hecho Alonso de Villadiego en 1600. Daba como razón principal la primacía del texto legal sobre los comentarios, en expresivas palabras: “Los buenos jurisconsultos de nuestro tiempo acuden a la misma Ley; que es la fuente original donde se bebe la saludable agua de la perfecta inteligencia de su sentido”. Por la ley —agregaba— “se decide en las sentencias y dictámenes y en ella se han de

⁸⁹ CASTRO, *Discursos*, II, 117.

⁹⁰ TAU ANZOÁTEGUI, “El pensamiento español”, 382 ss.

⁹¹ CONDE DE LA CAÑADA, *Instituciones*, Prólogo y p. 6.

fundar las alegaciones e informes de derecho”. Los comentarios —subrayaba— solo tenían valor en cuanto reflexionan “con el tenor de la ley”, pues “si se desvía, ya son despreciables”⁹². Llorente intentaba mostrar un vuelco en el estado de las cosas. Era muy sugestivo aquello de “los buenos jurisconsultos de nuestro tiempo...” que implicaba un juicio de valor y un llamado a jueces y letrados a seguir tras el nuevo paradigma.

En la misma dirección observada se halla una obra didáctica, de vasta repercusión. Asso y de Manuel presentaban sus *Instituciones del derecho civil de Castilla* como una exposición ajustada a las leyes, en la cual las definiciones “se ponen con las mismas palabras de la ley, a fin de que no pierdan la fuerza y energía con que las concibieron nuestros Legisladores”⁹³.

Todo ello hace suponer una creciente infiltración de estas ideas exaltatorias de la ley en la sociedad. Cuando, a fines de siglo, el síndico procurador bonaerense afirmaba que “el hacer leyes u ordenanzas es la obra más grande que puede ofrecerse al entendimiento”⁹⁴ estaba demostrado hasta qué punto los círculos profanos se habían imbuido de ese criterio legalista.

El legalismo absoluto tenía buen contrapeso en el Derecho natural, disciplina que avanzaba con las luces encendidas. Repárese en esta interesante consideración que hacía Piquer, al ocuparse de las distintas “artes científicas”: “La Jurisprudencia tiene por verdades fundamentales lo que el entendimiento descubre tocante al Derecho Natural y de Gentes, y las Leyes justas que los Príncipes establecen en sus Dominios respectivos”⁹⁵. El reinado de las leyes aparecía condicionado por la exigencia de que fuesen “justas” y sobre todo por una disciplina racional, como lo era el Derecho Natural. Todo ello en medio de cierto desliz, de sabor

⁹² LLORENTE, *Leyes...* Discurso preliminar, 32-33.

⁹³ ASSO Y DE MANUEL, I, p. s/n.

⁹⁴ MARILUZ URQUIJO, “La situación del mitayo”, 161.

⁹⁵ PIQUER, *Lógica moderna*, p. III.

absolutista, como era el uso del vocablo “dominios” para referirse a los reinos y provincias.

Este contrapeso era muchas veces señalado por los escritores de la época. Meléndez Valdés consideraba el Derecho natural y de gentes como “fuente y raíz de toda buena legislación”⁹⁶. Pérez y López puntualizaba que las leyes positivas debían estar “arregladas a las naturales”, ya que “este orden de la naturaleza es el verdadero espíritu de las leyes”⁹⁷; y Juan Bautista Maziel anteponía el Derecho divino y natural a cualquier orden del rey, pese a su idea de que el súbdito debía obedecer y ejecutar el precepto aun cuando le pareciese injusto⁹⁸. En la misma dirección, el limeño Rodríguez de Mendoza sostenía que “el derecho natural es el fundamento de toda legislación” y que “la sabiduría y la justicia de las leyes positivas se deben calcular por la mayor o menor conformidad que tienen con él”⁹⁹.

En fin, esta fuerte tónica legalista, aunque condicionada, sustentaba el ideario político de quien aparecía preocupado por la felicidad de la América española en el último decenio del siglo. De la pluma de un probable jesuita expatriado brotaban estas afirmaciones: “La ley justa y su fiel observancia son las únicas fuentes, donde puede provenir la felicidad verdadera y constante de cualquiera estado... Entra el orden en los Estados con la el orden se hace respetar por la justicia de las leyes, el orden experimenta los efectos favorables y ventajosos de la ley justa con su fiel observancia”¹⁰⁰.

Se vislumbraban así nuevos tiempos para el orden jurídico, teniendo como eje excluyente a la ley solo limitada por esa disciplina nueva, el Derecho natural, o condicionada por el concepto de “justo”. De aquella alegoría de Leibniz, ya estaban las piedras...

⁹⁶ DEMERSON, II, 205-206.

⁹⁷ PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios*, p. XXVIII y XXXIV.

⁹⁸ MAZIEL, 423 ss. y 428.

⁹⁹ VARGAS UGARTE, *El Real Convictorio*, p. 90.

¹⁰⁰ La felicidad de las Américas de España. Mss. En Biblioteca Nazionale Centrale (Roma), Gesuítico, 1248, doc. 5.

2. La ley, como solución a la controversia de opiniones y a otras dudas planteadas

Es una cuestión de indudable incidencia en nuestro tema. La ley, en cuanto decisión o declaración real, empezó a absorber paulatinamente, con avances y retrocesos, a las demás fuentes. Un considerable elenco de escritores pedía que la variedad y controversia de opiniones de los doctores se redujese a reglas ciertas y claras, dadas por el príncipe. Otras numerosas peticiones aspiraban a obtener declaraciones del rey en cuestiones dudosas que sirviesen para resolver los casos futuros. Y no faltaba, ya desde la cúspide del poder, el interés por establecer regulaciones de ese carácter.

De este modo se sustituía una mentalidad casuista, satisfecha en dar solución a los casos tal como se iban presentando, apoyándose en las diversas fuentes jurídicas, por otra ordenadora que creía conveniente, cuando no necesario, prevenir los nuevos casos con reglas fijas, sin dejarlos librados a la variedad de la casuística.

La decisión legislativa de las controversias de opiniones de los autores, es uno de los reclamos más tempranos y difundidos. De ello se ha ocupado, en un excelente estudio, el profesor Alejandro Guzmán¹⁰¹. Desde fines del siglo XV se encontraba en crisis la fuerza ostentada por la *communis opinio doctorum*. El crecimiento geográfico del Derecho común, el aumento del número de cultivadores, el desarrollo de los Derechos nacionales y la exageración en el uso del método dialéctico, habían producido un excesivo aumento de los pareceres y distinciones, al punto de desembocar en una multitud de opiniones, variables y contradictorias, que la ciencia jurídica fue incapaz de asimilar y encauzar. Esto generó una corriente crítica que, iniciada bajo el Humanismo, se extendió hasta la codificación, en el siglo XIX. Para poner

¹⁰¹ GUZMÁN, "Decisión", 851 ss.

orden a esta multitud confusa de opiniones, estos escritos reclamaban la activa intervención del legislador, ya estableciendo las opiniones o autores que debían seguirse, ya dando el precepto que zanjara la variedad de pareceres sobre determinada cuestión, ya planteando una reforma legislativa de alcance más amplio que amenguara —o incluso anulara—, en adelante, la fuerza jurídica de esta doctrina de los autores.

Los nombres de Simón Abril, Deza y Gerónimo de Zevallos representan una temprana y vigorosa corriente que, con matices, propugnaba reducir dichas opiniones a reglas legislativas ciertas y claras, con el agregado de vedar a los autores, en el futuro, la labor interpretativa¹⁰². Varios decenios después análogas ideas serían volcadas por Leibniz en el prefacio de una proyectada obra codificadora¹⁰³, y también recogidas por autores dentro y fuera del mundo hispano. Entre los europeos más leídos en este ámbito desde mediados del XVIII, cabe mencionar al italiano Muratori. Este sugería que “los Soberanos metan la hoz hasta las raíces, cortando cuanto puedan las controversias, y mandando por medio de nuevas Leyes o Estatutos lo que debe observarse inviolablemente en lo sucesivo en los Tribunales”. Y agregaba que “de esta suerte se llegaría a desenmarañar una gran parte de la Jurisprudencia”¹⁰⁴.

Este movimiento sostenido terminó por segar una de las principales fuentes que sustentaba la labor cotidiana del jurista casuista. La ciencia jurídica acabaría por reconocer su impotencia para generar, dentro del dinamismo de la controversia, las reglas que apoyasen la solución de los distintos casos. La vía legislativa se fue convirtiendo en la única posible y los juristas, cada vez más frecuentemente, se iban a nutrir de su savia.

¹⁰² SIMÓN ABRIL, *Apuntamientos*, 299; DEZA, Juicio, 102-103; ZEVALLOS, *Arte real*, 163-170.

¹⁰³ LEIBNIZ, 160-161.

¹⁰⁴ MURATORI, 263-264. En sentido análogo, BARBADIÑO, IV, 76.

No era solo la controversia de opiniones lo que se sometía al rey. También se le llevaban los puntos dudosos o encontrados de la propia legislación. Desde luego que en esta materia podemos retrotraernos en Castilla hasta el siglo XIV, con el Ordenamiento de Alcalá, pero fue en los tiempos modernos cuando este poder decisorio empezó a ser utilizado con mayor frecuencia e intensidad. Alejandro Guzmán proporciona un sugerente ejemplo en el ámbito castellano, con proyección americana: las leyes de Toro de 1505. En los motivos que se daban para su sanción se ponía énfasis en destacar “la mucha variedad y diferencia que había en el entendimiento” de algunas leyes del reino por parte de los letrados, ante lo cual se prescribía lo que debía guardarse en adelante¹⁰⁵. Específicamente para Indias podemos recordar —entre otras— una real cédula de 1635 sobre la prosecución de las causas contra herederos y fiadores de los ministros visitados y residenciados fallecidos, en lo tocante a la pena pecuniaria, si se hubiese probado delito y hasta la cantidad que les correspondió a aquéllos en la herencia. En esta ocasión, la decisión real se daba para que “cesen los encuentros que se dice haber en algunas de las leyes de derecho común y Partida”¹⁰⁶.

Un paso más se registraba cuando la intervención del legislador se requería, no para interpretar leyes, sino para dar regla fija ante situaciones reguladas por otras fuentes o carentes de toda norma. En este reclamo se percibe, además del incremento del poder del legislador, una visible preferencia por la regla general, en cuanto ésta proporcionaba certeza e igualdad de solución a los casos futuros, evitando la decisión particular para cada uno.

Se encuentran tempranas muestras de esta inquietud cuando el reinado del casuismo parecía absoluto. Nos

¹⁰⁵ GUZMÁN, “Decisión”, 863-864.

¹⁰⁶ SOLÓRZANO, *Política Indiana*, V, XI, 39. Para “quitar dudas y opiniones y excusar multitud de pleitos”, el conde de Tapa proponía en la Junta del Nuevo Código, en 1783, que se formase ley sobre las herencias de los padres de frailes y monjas (Libro de los acuerdos, fs. 265. AGI, Indiferente General, 1653).

permiten apreciar, de un lado, el entrecruzamiento de concepciones, de otro las primeras aspiraciones de una línea desplegada con el tiempo. He seleccionado algunos ejemplos. En 1598 el Consejo de Indias obtuvo la aprobación real para su pretensión de establecer “regla cierta” en cuanto al salario que en adelante se pagaría a los virreyes mientras durase el viaje de retorno a la Península, poniendo fin a los distintos criterios casuísticos aplicados hasta entonces¹⁰⁷. En 1616 la Universidad de México expresaba que había “diferentes opiniones” entre sus doctores acerca de cuáles estatutos eran los que la gobernaban. Agregaba que “de esta variedad siempre resultan inconvenientes, y el mayor es no tener esta Universidad según su calidad, edad y estado, Leyes precisas para regirse”. Por ello, el virrey pedía la designación de una junta de personas a esos afectos. El Consejo accedió bajo la condición de que los estatutos se le remitiesen para su aprobación¹⁰⁸. En ambos casos, la regla cierta o fija aparecía como una necesidad, desterrando en uno los problemas que traía la consideración particular de cada situación, y en el otro la variedad de disposiciones que estaban en discusión. Merece subrayarse que, en ambos casos, se experimentaba un estado de insatisfacción ante la diversidad de criterios, pero en el segundo era todavía más notorio cuando se decía que “de esta variedad siempre resultan inconvenientes”.

De México hay también otro interesante ejemplo que, si bien confirma lo ya observado, ofrece otras vistas no desdeñables, al aparecer entrelazado con una norma consuetudinaria. De la festividad de Corpus Christi de 1651, se derivó un enojoso conflicto que enfrentó al virrey y audiencia con el cabildo eclesiástico respecto al lugar que debían ocupar los pajes del virrey en la procesión, alumbrando con sus hachas al Santísimo. Mientras los primeros sostenían,

¹⁰⁷ Consultas del Consejo de Indias, 16 de noviembre de 1595 y 19 de julio de 1598 (AGI, Lima, 1, 142 y 208).

¹⁰⁸ AGI, México, 28 (núm. 32-A).

apoyados en la costumbre, que debían ir delante, entre las dos filas que formaban los miembros de dicho cabildo, éstos sostenían que la costumbre no era tal. El virrey resolvió entonces elevar la cuestión al rey para que, en base a la costumbre invocada, “declare la forma que en adelante se debe guardar”. El fiscal del Consejo apoyó esta pretensión virreinal argumentando que la costumbre primaba en esta materia, que así se practicaba en la Corte y también en el Perú y que no encontraba inconveniente en que lo mismo se hiciera en México. El Consejo, antes de decidir, resolvió “para mejor proveer” consultar a empinados personajes —entre ellos Palafox y Solórzano—. Desgraciadamente aquí se pierde el hilo de este expediente, cuyas actuaciones quedaron trucas o prosiguieron por otro rumbo¹⁰⁹. De este testimonio, sin embargo, se extrae como dato firme, la búsqueda de la vía legislativa para dar consistencia jurídica y decisión cierta a los casos por venir, sin confiar en la certidumbre surgida de la norma consuetudinaria.

En el siglo XVIII se hizo más visible el avance de esta tendencia de alcanzar “reglas fijas y ciertas”. Ejemplo ya más consistente es ofrecido por la real cédula de 24 de julio de 1715 dirigida a la Audiencia de Lima y remitida también a los demás tribunales del Perú. En la misma se requería información, con carácter general, acerca de la práctica y estilo en los negocios de jurisdicción en materias eclesiástica, política y de guerra. Revelaba una preocupación ordenadora al expresar la conveniencia de establecer “reglas fijas para la decisión” de los casos que en adelante se ofreciesen. Ordenaba que se informase sobre “todo lo practicado y estilado” en esos negocios, así “como de lo que por no haber esta regla ya tenga asentada práctica”, agregando que se le consultase y propusiera “lo que fuese dudoso” para que el rey “lo resuelva y queden establecidas reglas para su régimen y observancia”¹¹⁰. Como contrapartida, estimaba

¹⁰⁹ AGI, México, 36.

¹¹⁰ MURO OREJÓN, *Cedulario*, II, 442.

insatisfactorias las reiteradas decisiones que venía adoptando el Consejo disponiendo que se guardase la costumbre y práctica, ante la falta de ley e ignorancia de la práctica y estilo. Con esto evidenciaba su firme propósito de superar este criterio, adoptando uno nuevo. Este testimonio registra la presencia, fugaz quizá, de un ánimo ordenador. No cabe colocarlo apresuradamente como un hito en el camino que recorreremos, pero de cualquier modo su expresividad es manifiesta.

Otras muestras más concretas, fueron abundantes a medida que avanzaba la segunda mitad del XVIII. La expresión “regla fija” o “regla general” empezó a usarse cada vez con mayor frecuencia para justificar la intervención del legislador¹¹¹. Se la contraponía ventajosamente a “la práctica varia que se ha usado hasta ahora”¹¹². Se pedía “dar regla para en adelante”, aunque se hubiese solucionado el caso planteado¹¹³. Del mismo modo, el fiscal del Consejo, al dictaminar en favor de una resolución del virrey del Perú, aconsejaba que la misma se mandase guardar “como regla fija”¹¹⁴. Un clima envolvente, en el que no faltaban los escritos críticos hacia la jurisprudencia de los autores ni los golpes de crecimiento del poder político, cobijaba ese nuevo sentir, no siempre proveniente de la cúpula del poder.

El esbozo trazado sería incompleto si nos limitáramos a la línea ascendente de esta tendencia. El avance de la fuerza absorbente de la ley tenía repliegues. Pueden mencionarse ejemplos en donde el legislador supremo desdeñó la posibilidad de establecer la “regla fija” que se le pedía,

¹¹¹ Ejemplo: Real orden de 23 de abril de 1792 (AGI, Indiferente General, 921).

¹¹² Resolución de 1º de octubre de 1788 (AGI, Indiferente General, 831).

¹¹³ En efecto, al advertirse que no había solución prevista para una cuestión de procedimientos en el Consulado de Lima, la Audiencia y el Virrey decidieron, en Acuerdo, darla para el caso planteado, pero el Virrey pidió al rey que se sirviera dar regla para el futuro a fin de que cesaran las dudas. Esto dio origen a la real cédula de 27 de abril de 1758 (AGI, Lima, 419 y 807).

¹¹⁴ Dictamen de 31 de agosto de 1752 sobre el lugar que había de tener la Universidad de Cuzco concurriendo en actos públicos con las Religiones (AGI, Lima, 444).

prefiriendo en cambio mantener la situación anterior. En tal sentido en 1699 se contestaba al Consulado de Sevilla —que pedía “regla fija” para situaciones que explicaba— que procediera “conforme a derecho y estilo”¹¹⁵. De igual modo puede invocarse la cuestión suscitada en Lima entre dos ministros acerca de si debía aplicarse una norma recopilada o una práctica mexicana. El virrey había pedido una regla para el futuro. El Consejo la estableció, pero el rey, apartándose de la consulta y del dictamen fiscal, dispuso en 1760 que se observase “la práctica” de lo que en México “se haya hecho en iguales casos”¹¹⁶. Es llamativo el interés que ofrecen estos verdaderos repliegues en los cuales el legislador, contrariando el impulso de las nuevas ideas y tendencias, parecía empeñado en mantener posturas antiguas. Paradójicamente con ello desperdiciaba ocasiones para imponer la fuerza de la ley.

3. Reclamo de pocas leyes, breves y claras, de fácil conocimiento

La muchedumbre y acumulación de normas caracteriza al ordenamiento casuista. Son las fibras con las cuales se hilvana el tejido jurídico. Para ello se exige una técnica especial y una aptitud del jurisconsulto. Cuando esta convicción casuista declina o se pierde, esa multitud de leyes se convierte en un alud que sepulta al letrado más hábil. Es explicable entonces que el pensar sistemático, en postura opuesta, reclamase un orden constituido por pocas leyes, breves y claras, de fácil conocimiento. Si bien este asunto tiene su propio perfil, ha estado enhebrado a los demás factores en examen. Tiene también su complejidad, ya que es preciso distinguir lo que es reclamo político, ideal hu-

¹¹⁵ AGI, Indiferente General, 882.

¹¹⁶ AGI, Lima, 807.

manista o necesidad jurídica. No se dieron siempre en un mismo momento.

Como dice Alejandro Guzmán, la queja ante la multitud de leyes y su confusión es muy antigua, al punto que se la encuentra en Tito Livio y en Tácito con alcance de crítica política¹¹⁷. En el siglo XVI se convirtió en un tema humanista, que apareció entroncado con la utopía, la política y las nuevas necesidades americanas. Vives —en su postura tan dura contra los juristas— sostenía que, siendo la ley “una especie de regla a la cual deben acomodar los hombres sus acciones, es razonable pedir que las leyes sean claras, fáciles y poco numerosas, de modo que todos y cada uno puedan saber cómo les corresponde vivir y no le resulte difícil allegarse a ese conocimiento a causa de la oscuridad o el excesivo número de leyes”. Consideraba que los juristas se complacían con esa multitud y oscuridad para enaltecer su propio arte y hacerlo inaccesible al profano¹¹⁸. ¿No esconde este juicio cierta incomprensión hacia el casuismo?

El ideal de pocas y claras leyes que Tomás Moro había previsto para su utópica sociedad fue recogido años después, en 1535, por el oidor Vasco de Quiroga, quien recomendaba dar a los aborígenes de Nueva España “ordenanzas pocas, claras, conforme a su calidad, manera y condición y simplicidad y capacidad que ellos pudiesen saber y comprender, y sabidas y entendidas, obrar...”. Estas leyes adaptadas a la tierra y su gente debían ser “sin los entrecamios y oscuridad y multitud de las nuestras, que no las sabrán, ni entenderán, ni serán capaces dellas de aquí a la fin del mundo...”¹¹⁹. Nos llevaría muy lejos desplegar la concepción de Quiroga con respecto al Derecho¹²⁰. Solo me propongo señalar —mediante esos dos textos— el contrapunto que establecía entre la jurisprudencia de raigam-

¹¹⁷ GUZMÁN, “Romanismo”, 376.

¹¹⁸ VIVES, 405-408.

¹¹⁹ Informe en Derecho (CASTAÑEDA DELGADO, 243 y 147).

¹²⁰ Véanse los estudios de ZAVALA, *Ideario*, y de CASTAÑEDA DELGADO.

bre europea y la nueva que era preciso implantar para regir a los indígenas. A este resultado le llevaba su reflexión, fundada en la experiencia y acicateada por la utopía. No se crea que Quiroga postulaba ingenuamente un único modo de regir a los naturales, sino que destacaba la necesidad de diversidad de leyes conforme fuese la variedad de tierras y gentes.

Escritores políticos, como Rivadeneyra¹²¹ y Fernández de Navarrete —entre otros— recogían en sus obras estos reclamos contra la multitud de leyes. El último de ellos señalaba que era conveniente hacer “las pragmáticas y leyes con tan gran claridad, que el más rústico labrador comprenda su disposición, para poderla observar, sin que la dificultad le sirva de lazo en que caiga”¹²². En este movimiento es decisiva la aportación que introdujo Lope de Deza con su *Juicio sobre las leyes civiles*. Su crítica a las leyes existentes se fundaba en tres vicios esenciales: “uno de muchedumbre, otro de oscuridad, y otro de poca autoridad en su observancia”. Sostenía, en síntesis, que el buen gobierno —que hacía felices a reinos y repúblicas— consistía en pocas leyes. El buen legislador “ha de ser breve en sus leyes, general, sustancial, y acomodado a los casos comunes...”. La oscuridad se debía a múltiples causas, dadas principalmente por la antigüedad, la diversidad de origen, el estilo y la lengua utilizados, las controversias desatadas acerca de su interpretación. Esto último le llevaba a lanzar un vigoroso ataque contra la doctrina de los autores y a proponer, en suma, que se hiciesen leyes claras, en la lengua del reino, que fuesen entendidas por todos, aun por los ignorantes, y que estuviesen exentas de interpretación por los particulares. Claridad y brevedad que le conducía a establecer ejemplos de formulación del precepto, tal como se verá en el punto pertinente¹²³.

¹²¹ RIVADENEYRA, 565.

¹²² FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, 536.

¹²³ DEZA, 53v.-78, 117 y 119.

No estaba solo Deza. De los juristas que integraban ese elenco que se destaca entre fines del XVI y principios del XVII por su espíritu crítico-reformador, lo acompañaba en esta cuestión Gerónimo de Zevallos. Al condenar la abundancia de leyes y opiniones, se pronunciaba por pocas y claras leyes, que hicieran innecesarias las glosas e interpretaciones¹²⁴. No era, pues, novedad que Antonio de León se fijara como uno de los objetivos de la proyectada recopilación indiana el hacer leyes breves, claras y llanas¹²⁵, pero es interesante constatar que esa preocupación llegara hasta la propia mesa de trabajo del legislador, que empezaba a diseñar su labor.

Cuando medio siglo después Leibniz exigía “claridad y precisión” al legislador y consideraba que las leyes debían ser pocas, abarcadoras de muchos casos¹²⁶, estaba expresando una antigua aspiración ya difundida en el mundo hispano de la época. Sin embargo, al hacerlo dentro de un planteo filosófico general y en un ámbito cultural extendido, sus ideas se propagaron, con más facilidad que la de aquellos escritores, en la Europa moderna.

En el siglo XVIII tropezamos con las páginas de un escritor político, Juan de Cabrera —que ha sido enrolado dentro del pensamiento tradicional¹²⁷— que merecen atención. Cabrera planteaba la disyuntiva entre pocas o muchas leyes, de un modo inusual. Luego de exponer las dos posturas, con argumentos de muy desigual consistencia, terminaba dando su resolución. Voy a sintetizar ese planteo de modo libre, no textual, respetando el meollo de la cuestión.

Para algunos la ley era un buen dictamen, apoyado en la razón, dirigido a casos particulares. Dado que unos sucesos se parecen a otros, la existencia de muchas leyes de ese tipo ayudan a resolver los otros casos, conforme a la justicia y

¹²⁴ ZEVALLOS, *Arte real*, 163-170.

¹²⁵ LEÓN, *Discurso*, 10v.-11v.

¹²⁶ LEIBNIZ, 152 y 157.

¹²⁷ Véase PUY MUÑOZ, *Las ideas jurídicas...*, especialmente 71, 79 y 87.

equidad. Los que tuviesen más leyes “serán hombres de más razón”. Además, como la ley es “defensa y muro de la justicia”, cuantas más haya los ciudadanos estarán mejor defendidos de atropellos y arbitrariedades. Para la parte contraria —alegaba Cabrera— las leyes quitan o menoscaban la libertad y cuanto más fuesen, menor es esa libertad de los vasallos. Además, cuando son muchas es difícil conocerlas y observarlas y ello daña la autoridad del Príncipe, introduciendo el desprecio. La resolución que daba el autor dependía de las personas y materias. A las gentes bárbaras e incultas era mejor cargarlas de muchas leyes. Para las sujetas a razón, bastaba un corto número. En otro orden, las leyes penales debían ser las menos. En las civiles, admitía un mayor número, sobre todo en materia procesal, pero convenía la restricción en lo relativo a los contratos¹²⁸.

El planteo de Cabrera por momentos parece llevarnos a dilucidar en este punto las diferentes perspectivas de las concepciones que estamos examinando, pero luego esa ilusión se diluye. Pese a defectos estructurales y argumentativos, estas páginas acaso recogiesen cierto sector de la opinión. No se advierte en su actitud un rechazo absoluto a la abundancia de las leyes y su juicio final no queda encerrado en una fórmula única. Se inclinaba, es cierto, moderadamente hacia un menor número de leyes, pero sin la fuerza con que coetáneamente Macanaz afirmaba que las leyes debían ser “pocas, sólidas y sin la tenaz admisión de controversias”¹²⁹.

Este reclamo de Macanaz se hizo más sonoro e insistente en la esfera jurídica del último tercio de la centuria. La retahíla no tuvo tregua. Unos ejemplos: las leyes han de ser pocas, breves, e inteligibles, de fácil observancia y pocas interpretaciones, decía Olmeda y León¹³⁰; “una de las principales calidades de las leyes es que sean concisas y cla-

¹²⁸ CABRERA, 601-603.

¹²⁹ MACANAZ, *Auxilios*, 236. En sentido análogo, Portocarrero, 165, 171-172 y 177.

¹³⁰ OLMEDA Y LEÓN, I, 33-34.

ras...”, escribía Baltasar Ladrón de Guevara en el México de 1778¹³¹; pocas, breves y concisas, insistía Alonso de Azebedo¹³²; la claridad, la brevedad y el orden son “atributos indispensables de toda legislación”, subrayaba Pérez y López¹³³. En fin, dentro de las ideas reformistas de Meléndez Valdés no faltaba, en verdad no podía faltar, este punto. Entre signos de interrogante, pero con intención asertiva, postulaba la reducción de inmensos volúmenes a “pocas leyes, claras, breves, sencillas, que todos, hasta los más rudos aldeanos entiendan por sí mismos para regular sus acciones, y puedan fácilmente retener...”¹³⁴. ¿Volvían ciertas dosis de utopía?

No había tal vez novedad en las ideas, ni siquiera en las palabras, ya escritas desde dos siglos atrás. Con la diferencia de que ahora no era solo aislada doctrina, propuesta de arbitrista o recurso utópico. Hasta los aires del Consejo de Indias habían sido invadidos por esta preocupación. En una consulta al rey, los ministros, después de examinar las Ordenanzas mineras de Potosí compuestas por Pedro Vicente Cañete, asentaban la siguiente expresión: “las leyes deben ser claras, breves y sencillas para conservarlas en la memoria y evitar interpretaciones”¹³⁵. La nueva jurisprudencia estaba en marcha.

4. La posibilidad de formular leyes generales y abstractas

¿Es posible formular leyes generales? ¿Qué grado de abstracción puede alcanzarse? ¿Hasta dónde esas normas tienen aptitud abarcadora? En el momento histórico en que

¹³¹ LADRÓN DE GUEVARA, Representación, 148.

¹³² AZEBEDO, 13 y 33.

¹³³ PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios*, 236.

¹³⁴ MELÉNDEZ VALDÉS, 258.

¹³⁵ Consulta del 8 de mayo de 1797 (AGN, Mss. de la Biblioteca Nacional, legajo 289, M. 4386). Agradezco este dato a Eduardo Martiré.

la ley empezaba a perfilarse como fuente exclusiva del Derecho, en que cada vez más se le requería al legislador el establecimiento de reglas generales, en que con mayor vigor se reclamaban pocas leyes, breves y claras, estos interrogantes asomaban en primer plano.

García-Gallo ha señalado diferentes grados en el proceso de generalización de las reglas jurídicas. Un primer grado supone extender la regla que se ha dado para un caso concreto a los de la misma clase que puedan presentarse. Otro más avanzado se produce cuando las reglas se enuncian en términos más generales, ya sea en su origen, ya sea por refundición posterior. Por último, se llega a la formulación abstracta de las reglas que cristaliza en conceptos jurídicos. Estos tres grados coexistieron en diferentes épocas, pero dicho autor considera que hubo un paulatino sucederse de unos a otros, conforme al orden indicado. La formulación abstracta se consolidó a partir de los tratadistas del Derecho natural racionalista¹³⁶. Si aplicamos el esquema a nuestro tema, se puede ubicar a los dos primeros grados casi íntegramente dentro de un ordenamiento casuista. El último, en cambio, es propio de la tendencia sistemática. Esta sucesión de grados es útil para enfocar el punto, no obstante, la dificultad que implica cualquier intento histórico clasificatorio.

Desde un ángulo visual distinto, Maravall —en cierta coincidencia con Weber— apoya esta idea al señalar que en el Estado del Renacimiento la creación del Derecho se orientó hacia normas abstractas, generales y calculables. Es decir, unos futuros objetivos hacia los que se encaminaba, no una meta alcanzada¹³⁷. Esta idea estaba enlazada con las aspiraciones de los humanistas, que buscaban modelos sistemáticos en el propio Derecho romano¹³⁸.

Es necesario volver nuevamente a Leibniz, cuyo pensa-

¹³⁶ GARCÍA-GALLO, *Manual*, I, 273-274.

¹³⁷ MARAVALL, *Estado moderno*, II, 429.

¹³⁸ Merece recordarse el ajustado capítulo ofrecido por SCHULZ sobre la abstracción en Roma (*I principi*, 34 ss.).

miento teórico de la segunda mitad del XVII conviene tener presente, más como criterio de análisis que como elemento actuante en esos días sobre nuestro mundo hispano. Recordemos que su idea era constituir el sistema con leyes ajustadas entre sí con precisión y solidez, sin contradicciones ni dudas, dentro de una estructura que no diera lugar a las excepciones. Esto —decía— no se había hecho hasta entonces, y generalmente se creía que abarcar todos los asuntos a regular estaba por encima de las fuerzas humanas. “Eso —continuaba— sería cierto si nos propusiéramos enumerar todos los casos, pero hay que tener en cuenta que quien conoce lo universal puede clasificar con facilidad un número ilimitado de casos particulares sin que se le pueda escapar absolutamente ninguno”. Para él unas pocas leyes o fórmulas generales podían abarcar innumerables casos, al combinarse “entre sí de muchísimas maneras, según la índole de los asuntos a resolver”¹³⁹.

Ya en los juristas españoles de principios del Seiscientos podemos hallar una tendencia hacia la generalización de las leyes, con alguna tímida incursión en el terreno de la abstracción. Cuando Cerdán de Tallada recomendaba “buscar un diferente orden y estilo del hasta ahora utilizado” para detener principalmente la multitud de pleitos y proponía “una universal reformación de todas las cosas”, su idea radicaba en hacer leyes diferentes a las conocidas hasta entonces, según decía, ya que éstas no habían proveído de “remedios preservativos”. El enunciado de una reforma que sustituyera un tipo de leyes por otro que previniera las situaciones, estaba expuesto nítidamente en este precoz escrito, pero quedó sin desenvolverse¹⁴⁰. A su vez Bermúdez de Pedraza consideraba que el verdadero saber descendía de lo generalísimo hacia lo singular y que las reglas universales tenían mayor utilidad que las singulares¹⁴¹. La naturaleza de

¹³⁹ LEIBNIZ, 151-152 y 161.

¹⁴⁰ CERDÁN DE TALLADA, *Veriloquium*. Epístola al lector y pp. 187-190, 199-200.

¹⁴¹ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, 103 y 111.

la obra no le permitió adelantar en esta tendencia.

Quien en la materia avanzó más fue Lope de Deza. Como ya lo he expuesto en otra oportunidad¹⁴², en su *Juicio sobre las leyes civiles* se exterioriza una postura crítica hacia el casuismo. No aparecía una censura expresa y genérica, pero a poco que desmenucemos giros, palabras, se puede verificar la existencia de esa actitud. Para Deza el arte o la ciencia era ocuparse de cosas universales, con aplicación a las singulares, conforme a la tradición aristotélica. Era ésta la situación del legislador, cuyo juicio “no es de los casos particulares, ni de los presentes sino de los universales y futuros”. Era necesario, pues, que las leyes se concibiesen y redactasen de modo general. Esto lo llevaba a criticar al *Corpus Iuris* por haber incluido “leyes particulares para casos particulares, contra toda buena legislación”.

El propio Deza reconocía limitaciones a su concepción. Señalaba que el ideal de “gobernar con leyes generales y pocas” era difícil de alcanzar, pues sería necesaria una sabiduría humana excepcional. Además, estimaba como imposible que una regla general elaborada sobre casos comunes pudiese abarcar todos los hechos que ocurriesen en adelante. El vicio que padecen —decía— “todas las instrucciones de futuro” es que “jamás vinieron al justo con los sucesos”.

De ahí que si el rol del legislador fuese ocuparse de lo universal y futuro, debía admitirse que el objeto de esa regulación se dirigía a una realidad constituida por casos particulares. A través del ejemplo que extraía de la medicina —cuyo arte trata lo universal y el médico lo acomoda a lo particular— nos conducía a la afirmación de que “lo que en particular se debe hacer, y el modo, ninguno lo podrá persuadir de lejos, porque se ha de consultar con los mismos negocios y sucesos”. Es más, poco después —y en plena crítica al *Corpus Iuris*— escribía que “los casos singulares son infinitos, y no se pueden determinar, son tan diferentes

¹⁴² Recojo aquí lo expresado en mi trabajo “El Juicio”, 492-494 y 514-515.

como los Rostros, que jamás se parecen uno a otro perfectamente, y el parecerse es tenido por milagro natural...”.

Late en este Discurso de Deza un enfrentamiento entre ambas concepciones jurídicas, que deja en descubierto su inclinación hacia la tendencia sistemática, concretada en la búsqueda de un orden constituido por reglas generales. Esta búsqueda alcanza su punto culminante cuando Deza ofrecía cuatro ejemplos de “buena legislación”, preparados a fin de que se apreciara la “claridad y brevedad” que preconizaba en la formulación legal. La primera norma de carácter ejemplificativo decía: “lo contratado entre los Hombres voluntariamente de la manera que ellos quisieron convenir¹⁴³ se guarde”. Según Deza, con este precepto cesaban más de tres mil leyes del Derecho común con glosas y comentarios que “tratan de contratos, distinguiendo su nombre, acciones, efectos y diferencias, todo más con sutileza, que con necesidad o provecho...”. El segundo ejemplo abordaba la compleja cuestión de la sucesión de los mayorazgos, disponiendo en escasas palabras una solución que —según el autor— hacía desaparecer infinitas opiniones, autoridades y cuestiones. Así decía: “En los mayorazgos sucedan los de la línea recta, y acabada, el pariente más cercano en grado al último poseedor, prefiriendo siempre el varón a la mujer, y el mayor en edad, al menor”.

Los dos ejemplos siguientes establecían los límites en la celebración de estos actos. Uno disponía: “Ninguno pueda hacer contrato, ni testamento ni institución de mayorazgo contra las leyes, y si se hiciese se reduzca a ellas”. El círculo se cerraba con el otro: “ninguna ley pueda ser renunciada aunque sea en favor del que renuncia [;] después de renunciada valga como si no renunciase”.

Había acertado Deza en la elección de materias significativas que permitían entrever el provecho de alcanzar normas generalísimas, que en algunas tocaban el grado de

¹⁴³ En el original se lee “convencese”.

abstracción. Además, los cuatro textos aparecían entramados de tal modo que era posible destacar la relación que debían tener las leyes entre sí. El acierto se extendía también a la formulación sencilla, clara y abarcadora que había logrado. Esta redacción se asemejaba a la que se impondría en la época de la codificación, dos siglos después. Lo novedoso en la propuesta era la invitación para que todo el cuerpo legislativo se compusiera con leyes que siguieran a los ejemplos dados, es decir normas generales, abarcado ras y conectadas entre sí. Lo que Leibniz expresaría más de medio siglo después, ya estaba desenvuelto de manera pragmática por este oscuro jurista segoviano.

La senda abierta por Deza no tuvo visibles continuadores en el mundo hispano. ¿Tal vez haya que esperar al Juicio crítico de Martínez Marina, dos siglos después? Más allá de las razones atinentes a la propia obra de Deza —como su escasa difusión por no haber llegado a imprimirse—, estimo que la idea no despertó por entonces el interés de los juristas, que se resistían a apartarse de un ordenamiento que, pese a sus falencias, consideraban que no era susceptible de mejorar con la generalización y abstracción de las leyes. La creencia casuista estaba profundamente arraigada en su mentalidad. El espíritu empírico dominaba la vida jurídica.

Cuando en el siglo XVIII algunos juristas empezaron a desenvolver una tendencia hacia la generalización de las normas, la inclinación se hizo notoria hacia la línea proveniente de Domat, en vez de la más abstracta que había caracterizado a autores germanos como Leibniz o Pufendorf.

Domat afirmaba que las leyes se dirigen a todos los casos, pero si sucediese alguno que no estuviera comprendido debe determinarse según “los principios naturales de la equidad, que es la ley universal que se extiende a todos”. De igual modo consideraba que hay principios difíciles de reducir a reglas fijas, siendo entonces preciso acudir al “buen sentido y recta opinión”, a “las diversas

ideas que pueden producir el estudio, la práctica y las diferentes reflexiones sobre los hechos y circunstancias de que nazcan las dificultades que deben decidirse”. Y agregaba que “en este uso de la recta opinión e igualdad del entendimiento ilustrado con estas ideas consiste la parte más esencial de la ciencia de las leyes, que no es otra cosa que el arte de discernir la justicia y la equidad”¹⁴⁴. Según se advierte, el criterio ordenador de Domat, que tendía al establecimiento de leyes generales abarcadoras de todos los casos, admitía la imposibilidad de un sistema legal cerrado y concedía su rol a ese “arte de discernir la justicia y la equidad”.

Lo expuesto explica la actitud moderada que los juristas hispanos observaban en este punto. En 1733 Varela de Ureta prevenía que no bastaban “las reglas universales para gobernar con acierto en los negocios particulares, pues las enfermedades no se curan en abstracto”¹⁴⁵. A su vez, la pluma crítico-reformadora de Mora y Jaraba, unos lustros después, limitaba su propuesta a una combinación de principios abstractos, reglas generales y textos casuistas¹⁴⁶.

En cuanto a la práctica indiana, se puede verificar un avance en el grado de generalización. La regla general en mencionada, hacia fines de la centuria, como preocupación frecuente del legislador, estableciéndose el trámite para si expedición ya en el Consejo de Indias¹⁴⁷, ya en la Secretaría de Estado¹⁴⁸. Pero las dificultades que aún muchos veían en la regla general quedaron reflejadas en un debate suscitado en la Junta del Nuevo Código en 1782, que encontró a sus ministros divididos en torno a la conveniencia de dictar una ley general o dejar la materia a resolución de la Cámara según las exigencias de los casos.

¹⁴⁴ DOMAT, *Derecho público*, I, 166 y 129.

¹⁴⁵ VARELA DE URETA, 23.

¹⁴⁶ MORA Y JARABA, *Tratado*, 196-200.

¹⁴⁷ BAJAMAR, *Discurso*, 1799, 18-19.

¹⁴⁸ Decreto real de 8 de julio de 1787. Impreso en AGI, Indiferente General, 920.

Más allá de la intrincada cuestión particular en torno a la cual se tejió esta extensa deliberación, surgía en unos y otros vistas distintas en punto a la eficacia de las leyes generales¹⁴⁹. No es ocioso recordar que sobre todo el indiano era un Derecho compuesto por normas especiales y particulares que se mostraba esquivo a operaciones generalizadoras. ¿Podemos fincar en esta “duda metódica” el retardo hispano en elaborar un “sistema legislativo” a la moderna?

5. La ley, agente transformador de la sociedad

Es preciso ocuparse —aunque sea brevemente— de un asunto que obró de modo decisivo en la configuración de la idea sistemática de la ley. Se trata de la fuerza alcanzada por la ley como instrumento transformador de la sociedad, impulso que inclusive dio nuevo contenido a la voz *legislación*.

Podríamos rastrear sus primeros síntomas en el Derecho indiano del siglo XVI, y de modo específico en la legislación dada en materia indígena. En un ya antiguo trabajo, Luis Aznar señala sugestivamente la importancia de esta regulación en cuanto tal¹⁵⁰. En dicha legislación puede detectarse una incipiente estimación del poder de la ley para incorporar los principios de la civilización europea y cristiana a las sociedades aborígenes. De modo análogo, esta tendencia puede percibirse en obras proyectistas, como el Gobierno del Perú de Matienzo, donde la ley se constituía en un medio capaz de dar nuevo orden a la sociedad hispano-indígena. Unos años después y en otro ámbito, la reforma y enmienda de las leyes que proponía Deza llevaba también ingredientes de esa convicción acerca del poder

¹⁴⁹ Libro de los acuerdos..., 145-149 (AGI, Indiferente General, 1653).

¹⁵⁰ AZNAR, 233-274.

social asignado a las leyes¹⁵¹.

No dudo que estos ejemplos podrían multiplicarse, pero según creo fue solo en el siglo XVIII cuando esta idea se desarrolló nítidamente. Coing recuerda que entonces por toda Europa se desplegó una abundante literatura sobre la teoría de la legislación, que alcanzó gran difusión. Como base de la misma —y de la consiguiente codificación— actuaba ese impulso hacia la reforma social¹⁵².

En apoyo de lo dicho, al marcar los rasgos de la Ilustración hispana en este punto, Mariluz Urquijo señala la confianza depositada en la ley “como eficaz instrumento de transformaciones” y agrega: “Para llevar a la práctica su nutrido programa de reformas la Ilustración no desdeña los frutos tardíos que producirá la educación pero confía en que la ley imponga de inmediato los cambios que considera precisos y urgentes. Merecedora de una veneración casi religiosa, como que emana de la sacralizada figura del Rey, la ley es omnipotente, capaz de mejorar la sociedad, perfeccionar las costumbres, promover la economía, impulsar el país en la dirección que se desee”. De modo concreto, el autor aplica esas ideas a la región altoperuana para sostener que se asigna a “la legislación una fuerza casi mágica para poner freno a la declinación de la minería y fomentar nuevamente las labores”¹⁵³.

Algunos testimonios corroborantes permiten apreciar matices y aspectos conexos. Nada mejor que volver al discurso de Meléndez Valdés, en donde se lee: “Las leyes deciden siempre de la suerte de los pueblos, los forman, los modifican, y rigen a su arbitrio, y sus ejecutores tienen con ella en su mano su felicidad o su ruina”. Esta verdad —agregaba— estaba olvidada o no era bastante conocida y fue indispensable el reinado de los Borbones para darle

¹⁵¹ DEZA, 102-107.

¹⁵² COING, “Sobre la prehistoria”, 249, 252 y 256. También STRÖMHOLM, 480.

¹⁵³ MARILUZ URQUIJO, “La situación del mitayo”, 161.

nueva luz¹⁵⁴. Palabras con mucha sustancia por más de un motivo. Al mismo tiempo que expresaba un principio que consideraba aceptado genéricamente, le daba precisa ubicación temporal. Puede discutirse su universalidad, pero al menos le interesaba a Meléndez Valdés presentarlo así. Era más fina su observación de que el reinado borbónico —¿desde Felipe V o desde Carlos III?— le dio “nueva luz”. Con todo, la frase tiene su mayor impacto ejemplificativo en esa enorme fuerza transformadora que le asignaba a las leyes.

De este sentido de cambio se impregnó la voz *legislación*. Esto se advierte, por ejemplo, en el discurso que, por esos años, presentó Manuel Aguirre en la Real Sociedad Económica de Madrid sobre el espíritu que debía animar a la legislación en los dominios de España para fomentar la agricultura, la industria, las artes y el comercio. El autor parecía reservar el uso del vocablo para designar esa dirección renovadora, negándolo para el conjunto de leyes recopiladas¹⁵⁵. Precisamente el año anterior se había publicado una obra —la de Cortines—, que se proponía dar al público “una idea luminosa y perfecta de la Legislación Española”, mostrando a las leyes vigentes como un conjunto legislativo integral y armónico¹⁵⁶. La crítica de Aguirre ¿tenía por destinataria a esta obra? A su vez, el autor de la segunda ¿procuraba detener los ímpetus reformistas, argumentando que la legislación reclamada ya existía? De una y otra postura salía robustecido el nuevo sentido adquirido por este vocablo, destinado a gozar de fuerza hegemónica en el Derecho contemporáneo.

La fuerza transformadora asignada a las leyes descansaba sobre dos pilares: la razón y la uniformidad. Para superar el ordenamiento existente, vinculado de modo estrecho a la jurisprudencia tradicional e incapaz de provocar la apete-

¹⁵⁴ MELÉNDEZ VALDÉS, 236.

¹⁵⁵ AGUIRRE, *Discurso*.

¹⁵⁶ CORTINES Y ANDRADA, *Década legal*.

cida renovación, era preciso acudir a los principios de razón para que forjaran con independencia de aquélla las nuevas leyes que requería la sociedad. No se crea que esta idea fuese sólo un sueño de encendidos revolucionarios. La podemos ver discretamente introducida hasta en la misma mente de los legisladores indianos. Esto lo apreciamos a través de una discusión suscitada en la tan recatada Junta del Nuevo Código al tratarse la propuesta de una nueva ley. La mayoría de los ministros sostuvo entonces que “no hay medio más seguro para el establecimiento de una ley que el de observar atentamente la naturaleza de la materia”, anteponiéndolo a todos los ejemplares, decisiones anteriores u opiniones de los autores. Esta era la respuesta a otro ministro que consideraba que para introducir una novedad era preciso contar con el apoyo de esa jurisprudencia tradicional. Al peraltar a la ley nueva, los ministros aducían que “si para ser justa y legítima una ley, fuera necesario que su decisión se fundase en otra anterior, o en la práctica, o en los autores se deberían desechar de toda la Legislación las leyes positivas, porque en algún tiempo fueron nuevas; y siendo así se debían borrar las diferentes leyes que se han acordado por la Junta y aprobado por S. M. sobre puntos no decididos antes de ahora, ni tocados por nuestros sabios Recopiladores, singularmente en materia de jurisdicción”¹⁵⁷. Pese a que la discusión estaba reducida a una cuestión concreta, de índole eclesiástica, las ideas expuestas permiten observar la incidencia de un sentir generalizado. Resulta, sin duda, muy provechoso encontrarlo inserto en las reflexiones particulares de un cuerpo deliberativo como éste, acaso más que en escritos públicos de combate. Al menos para conocer la pequeña brasa que arde y mantiene el fuego¹⁵⁸.

La ley transformadora llevaba pretensión de uniformi-

¹⁵⁷ Libro de los acuerdos..., 351 y 365 (AGI, Indiferente General, 1653).

¹⁵⁸ También se refería a este principio de razón lo que Forner escribía: “no reforma la legislación quien no penetra íntimamente la política interna y externa; quien no percibe las escondidas relaciones de los intereses públicos con los privados, de los nacionales con los extranjeros”. (FORNER, *Oración*, 94).

dad. Las raíces de esta cuestión podemos encontrarlas ya en el siglo XVI, tanto en la Península —lo ha señalado Maravall¹⁵⁹— como en las Indias. Basta recordar las propuestas de Mendieta¹⁶⁰ o el proyecto legislativo de Ovando. Pero esta pretensión no tuvo eco en un Derecho indiano inclinado al particularismo regional o local.

En cambio, la tendencia se exteriorizó con fuerza renovada en el siglo XVIII, especialmente en la segunda mitad. Tuvo el inestimable respaldo de una firme voluntad política que aspiraba a centralizar el poder, dictar leyes generales y reformar el orden judicial, recobrando el control peninsular de las provincias indianas. Se alzaba así el pendón de la uniformidad frente al particularismo. En los escritos políticos y en las mismas disposiciones reales se detectan estas ideas, que también sustentaban quienes escribían en América. Villava, en sus apuntes reformistas de 1797, postulaba una misma ley para toda la Monarquía y para todos los vasallos¹⁶¹. Ladrón de Guevara admitía la conveniencia de que “sean unas mismas las Leyes que rijan ambas Américas en cuanto permitan las diferencias locales”¹⁶².

Cuando de estas aspiraciones y expresiones generales se descendía al examen concreto de determinadas situaciones, volvían a brotar, de una parte, las permanentes diferencias entre lo europeo y lo americano, de otra, las diversidades locales. Así el fiscal Porlier ante la posibilidad de que se extendiese a suelo indiano la pragmática sobre matrimonios de hijos de familia, alegaba que “las reglas gubernativas que se adoptan en España no tienen lugar en las Indias si no es por medios condicionales y con modificaciones ampliatorias o restrictivas...”¹⁶³. Años más tarde, el ministro Mata Linares apuntaba las dificultades para aplicar disposiciones

¹⁵⁹ Maravall, *Estado moderno*, II, 425-426.

¹⁶⁰ Carta a fray Francisco de Bustamante. Toluca, 1º de enero de 1562 (GARCÍA ICAZBALCETA, *Nueva colección*, I, 26-27).

¹⁶¹ VILLABA, *Apuntes*, 102 y 117.

¹⁶² LADRÓN DE GUEVARA, *Representación*, 149.

¹⁶³ MARILUZ URQUIJO, “Una academia”, 90.

concretas de la Constitución de Bayona¹⁶⁴. A la experimentada y reflexiva opinión de estos ministros en la Península se sumaba una práctica judicial local que seguía imperturbablemente operando con ese particularismo ancestral¹⁶⁵. Es que en cada oportunidad en que se ponían a prueba, reaparecían los rasgos particularistas que desde sus orígenes habían configurado al Derecho indiano.

III. LOS CUERPOS LEGISLATIVOS: DE NECESIDAD CASUISTA A PREOCUPACION SISTEMATICA

1. El agrupamiento de normas legales en un ordenamiento casuista: su alcance

Es común a las concepciones casuista y sistemática que las leyes se agrupan en cuerpos orgánicos. Ello implica dar a las normas una cierta generalidad y pretensión de ordenación futura. Puede, sin embargo, establecerse una diferencia inicial. Mientras para el sistemático el agrupamiento normativo se halla en la base de la concepción, para el casuista se manifiesta principalmente con sentido ordenador cuando la acumulación o dispersión normativa lo reclama, y en ningún supuesto esa exigencia tiene carácter prioritario.

Hay también normas agrupadas orgánicamente desde su misma sanción. El propósito que anima a sus ejecutores es dar preceptos con cierta generalidad, establecer una jerarquía legal, procurar un orden externo de materias y atender a una elemental coordinación de las normas. Pero el ordenamiento permanece siempre abierto, aceptando o tolerando otros modos de creación jurídica, aunque no siempre se lo reconociera expresamente en esas leyes.

El cambio de concepción jurídica fue gradual y, a veces, imperceptible. En este punto concreto, el sistema tampoco

¹⁶⁴ TAU ANZOÁTEGUI, "Las observaciones", 253 ss.

¹⁶⁵ LEVAGGI, "El concepto del derecho", 250-251.

apareció súbitamente, sino que fue el resultado de la convergencia de diversos factores, entre los cuales ahora cabe subrayar la pretensión cada vez más ordenadora y abarcadora desenvuelta alrededor de los cuerpos legislativos. En este sentido —y no en otro— puede aceptarse la expresión de Weber, cuando dice que la redacción sistemática suele aparecer primeramente como una recopilación de la normativa vigente para evitar dudas y conflictos¹⁶⁶. De tal modo, en el mismo meollo del casuismo podemos encontrar el embrión del sistema, pronto a desplegarse. Resulta pues difícil establecer, de modo tajante, si los esfuerzos compilatorios castellano-indianos de la época pertenecen a la órbita del casuismo o constituyen líneas de avance de la corriente sistemática. En todo caso, pueden ser vistos desde uno y otro ángulo.

a) *Leyes “todas sueltas y sin orden”*

Me ocuparé brevemente de dos modos principales de agrupar las leyes: en su origen mismo y en época posterior a su dictado. En el primer supuesto prevalece la voz ordenanzas para designar el conjunto de normas orgánicas que regulan determinada institución o materia¹⁶⁷. En el segundo supuesto se trata de compilaciones generales, cuya expresión más nítida fueron las denominadas *recopilaciones*.

Las *ordenanzas* dictadas por el rey, por los virreyes o por otras autoridades residentes en suelo americano, se concebían sin necesidad de valerse de precedentes, aunque era frecuente que en las mismas se consolidaran diversas disposiciones casuistas, o que se formaran sobre otras orde-

¹⁶⁶ WEBER, I, 631.

¹⁶⁷ Ciertamente esta voz es equívoca y en América se la utilizaba tanto para designar a un cuerpo de disposiciones como también a las normas individuales que se daban en el ámbito municipal (LOHMANN VILLENA, “Las ordenanzas”, 659-660). En un breve estudio, concretado a los cabildos chilenos del siglo XVII, Bertelsen dice que con el nombre de ordenanza se designaba a la disposición generalizada para todos los casos similares que ocurriesen en el futuro (p. 197-203).

nanzas menos desarrolladas. Aún así —advierte García-Gallo— las ordenanzas eran objeto de libre y uniforme redacción, apreciándose en su texto una unidad que no tenían las recopilaciones. Valga recordar las de audiencias, Casa de Contratación, Consejo de Indias, descubrimientos y población, buen tratamiento de los indios, Patronato y descripciones, expedidas en el siglo XVI en la Península. El mismo García-Gallo las considera como “codificaciones parciales”¹⁶⁸.

Para Mario Góngora las *ordenanzas* constituyen el tipo normativo con rumbo sistemático que “supera más completamente el casuismo y el particularismo, y que muestra mejor el sentido de la legislación del Estado moderno”¹⁶⁹. A mi juicio esta afirmación debe ser cautelosamente admitida, pues si bien puede percibirse en aquéllas una pretensión abarcadora de una institución o de determinada materia, aún quedaba un largo camino para recorrer. Marcaba, eso sí, una dirección sobre la cual se iría profundizando.

Las compilaciones suelen reunir las normas sin alterar sustancialmente la originaria formulación ni borrar la individualización de la fuente recogida. Alejandro Guzmán se inclina a ubicarlas dentro de un concepto amplio de sistema, pero las distingue de aquellas otras fijaciones que, utilizando el contenido de esas fuentes, proceden a una reelaboración tal que desaparece toda mención expresa de la norma originaria¹⁷⁰. La distinción permite establecer ejemplos intermedios, que pueden marcar el tránsito lento de un modelo a otro.

El Derecho indiano es abundante y variado en ejemplos de esta índole, tanto en normas dictadas en la Península como en las distintas provincias indianas. Me limito ahora a dos muestras sobresalientes, tales son el código proyectado por Juan de Ovando y el *Discurso* de Antonio de León sobre

¹⁶⁸ GARCÍA-GALLO, “La ley”, 216-223.

¹⁶⁹ GÓNGORA, *El Estado*, 236.

¹⁷⁰ GUZMÁN BRITO, *La fijación*, 22-23.

la recopilación de las leyes, que permiten reflejar esos dos tipos principales de fijación.

Ovando, visitador y luego presidente del Consejo de Indias, elaboró a partir de 1569 un proyecto legislativo que, bajo el nombre de *Libro de las leyes* o de *Ordenanzas*, pretendía abarcar todos los negocios indianos¹⁷¹. Se trataba de reunir orgánicamente las leyes indianas en un cuerpo, a semejanza de las Partidas, sobre la base del material legislativo existente, pero con una cierta libertad en el estilo y en el propio contenido, añadiendo y supliendo “las que parecía se debían añadir y suplir”, y suprimiendo la mención de la data de cada disposición. Esto significaba un avance con respecto al método por entonces observado de que el agrupamiento se hiciera mediante el procedimiento más simple de la compilación, con escasa libertad para modificar los textos dados y con la mención expresa del origen de cada disposición.

Según parece. Ovando alcanzó a redactar los dos primeros libros, pero solo conocemos íntegramente el primero, referido al gobierno espiritual. Algunos títulos del segundo sirvieron para encauzar, desde el punto de vista normativo, el gobierno indiano, como las ordenanzas del Consejo, las de descubrimientos y población y las de descripciones. Se conocen también fragmentos de los libros III y IV¹⁷².

Admitía Ovando —según se lee en la Prefación— que en una primera época, la legislación había experimentado alteraciones por “la variedad de los tiempos, lugares, casos y circunstancias”, pero era llegado el momento de la consolidación, para que una misma ley se guardase en todas partes. Así disponía que “todos los casos y negocios que ocurrieren en el estado de las Indias se juzguen por las leyes de este libro y en lo que por ellas no estuviese determinado, por los de estos Reynos, no embargante cualquier costumbre que haya en contrario”. Curiosa era esta idea de Ovando, la de un ca-

¹⁷¹ OVANDO, Libro de la gobernación. Sobre este proyecto se ocupa extensamente Manzano, *Historia*, I, 137 ss.

¹⁷² Véase MANZANO, *Historia*, I 234-241.

suismo inicial que él pretendía superar mediante un orden legal fijo y uniforme, donde no hubiese lugar para la costumbre. Estaba lejos de compatibilizar con la varia y mutable realidad indiana, que muchas voces divulgaban entonces. Es de lamentar que el proyecto haya quedado trunco, como también que hoy no conozcamos las eventuales opiniones que pudieron suscitar estas expresiones de Ovando, si es que realmente esa parte de su proyecto alcanzó a ser conocida por algunos de sus contemporáneos.

Sostiene Maravall que el proyecto ovandino, dentro de una línea de avance de “una inequívoca pretensión sistematizadora”, fue un paso mucho más avanzado que la Recopilación castellana de 1567¹⁷³. Se ha dicho que Ovando no se limitó a recopilar las leyes sino que emprendió la redacción de un “auténtico código, completo y orgánico, concebido con unidad de mente y de redacción”¹⁷⁴, que tenía elementos originales propios del autor, que se revela también al adoptar las Partidas como modelo, alejándose de la Recopilación filipina. El proyecto no alcanzó la promulgación precisamente en la parte más original¹⁷⁵. La interrupción de esta línea de trabajo se debió, probablemente, además de la prematura muerte de Ovando en 1575, al desinterés o rechazo de los juristas por una postura demasiado alejada de la realidad y que apuntaba en una dirección sistemática resistida por los legisladores de la época. Queda esta obra como una temprana y sugerente expresión de avance, que no alcanzó a fructificar en su idea medular, aun cuando se aprovechó parcialmente su contenido.

Otra pieza singular, de diferentes características, es el *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales*, redactado por el licenciado Antonio de León e impreso en 1624¹⁷⁶.

¹⁷³ MARAVALL, *Estado moderno*, II, 427.

¹⁷⁴ GARCÍA-GALLO, “La Universidad de Salamanca”, 94; y del mismo autor, “La ley”, 223.

¹⁷⁵ ZORRAQUÍN BECÚ, “La ideología”, 51 y 59.

¹⁷⁶ LEÓN, *Discurso*.

Es uno de los raros escritos de la época sobre teoría de la legislación. Su texto cobra mayor significación si tenemos en cuenta que León fue el artífice principal de la Recopilación promulgada en 1680, sirviéndole aquel escrito de pauta para su paciente y constante labor sobre el material legislativo acumulado en los libros-registros del Consejo de Indias. Este impreso ha sido examinado principalmente por Juan Manzano en el curso de la historia del movimiento recopilador¹⁷⁷, y por Beatriz Bernal¹⁷⁸ y Alejandro Guzmán¹⁷⁹, desde el punto de vista de las fuentes romanas que lo inspiraron. Me limitaré a resaltar el interés de este documento desde nuestro ángulo visual.

Para León la labor recopiladora debía hacerse cuando la actividad legislativa lo requiriese, con el fin de conservar las leyes en un cuerpo de derecho, hacerlas manifiestas por medio de la imprenta, y de fácil uso. No se trataba, pues, de congelar la creación legal ni de dar carácter cerrado a dicho cuerpo. Frente a un orden indiano que se presentaba compuesto de muchas leyes “todas sueltas y sin orden”, poco conocidas e inciertas por su variedad, estimaba necesario establecer un orden y una división por materias para facilitar su búsqueda. Su criterio consistía en extraer de las cédulas, provisiones u otros despachos, solo la parte decisoria, evitando incluir leyes que contuvieran resoluciones semejantes, que fuesen opuestas entre sí o que hubiesen caído en desuso. Cabía añadir, quitar y mudar lo que fuese necesario para hacer leyes claras, llanas y breves, siempre que no se alterase el sentido de la disposición original.

Se percibe en León un evidente propósito generalizador. Reconocía que muchas disposiciones habían sido particulares para una provincia o ministro, otras en cambio tenían un campo de aplicación más amplio. Proponía extraer de todas ellas —cuando la tuviesen— “la razón de decidir

¹⁷⁷ MANZANO, *Historia*, II, 65 ss.

¹⁷⁸ BERNAL, “El derecho romano”, 147-171.

¹⁷⁹ GUZMÁN, “Romanismo”, 373-384.

general, aunque sean particulares”. También se aprecia una preocupación ordenadora del material. Para él “la perfección de esta obra” residía en la distribución de estas leyes por materia en títulos y libros. Así decía que “con las leyes en sus títulos, los títulos en sus libros, y los libros entre sí” se alcanzaba a formar “un cuerpo de Derecho”. El sentido de orden que dimanaba de estas sugestivas expresiones no apuntaba —a mi juicio— a un sistema conceptual, sino que atendía principalmente a una mejor presentación del material, evitando las repeticiones y facilitando el hallazgo de la norma buscada. Esta articulación normativa era compatible con un casuismo sazonado, aunque también pueda ubicarse en las raíces de la línea sistemática.

En este mismo sentido, resalta la interesante distinción que León hacía entre el recopilador y el legislador. Mientras el procedimiento descrito era propio del primero, como lo habían hecho quienes elaboraron el Código justiniano y las recopilaciones de Castilla, sostenía que había sido distinto el observado en la redacción de las Partidas. Alfonso X —decía— “no fue propiamente Recopilador, sino Legislador”, pues hizo las leyes “de nuevo para cada materia”, procediendo “con más licencia, con que pudo dar a su obra mayor perfección”. ¿Se vislumbra en esta última expresión un anticipo fugaz de la idea codificadora? No sería vano determinar en qué medida León hizo uso de cierta libertad al incorporar las leyes a su proyecto de Recopilación, hoy felizmente hallado. Esa cierta libertad en la Recopilación de 1680 ha sido destacada por Altamira¹⁸⁰ y por García Gallo con ejemplos ilustrativo¹⁸¹. No se advierte una fidelidad absoluta a la disposición incorporada, como se practicaba en otros cedularios de la época.

Antonio de León vivía dentro de un mundo cultural impregnado de Humanismo. Las huellas están presentes en el *Discurso*, como lo ha destacado principalmente Beatriz

¹⁸⁰ ALTAMIRA Y CREVEA, *Análisis*, 285 ss.

¹⁸¹ GARCÍA-GALLO, *Metodología*, 53-60.

Bernal¹⁸². Su visión histórica, su sentido crítico e incluso ciertos destellos sistemáticos inducen en tal sentido. La frecuente utilización de autores clásicos y medievales, con la invocación de humanistas contemporáneos —tal el holandés Hubert von Giffen— afirman esa dirección.

Que estas ráfagas sistemáticas no estaban en abierta oposición con la dominante mentalidad casuista lo podemos comprobar en otros juristas y ministros indianos, también preocupados —como León— en llevar adelante el proyecto de la Recopilación general. Tales son Juan de Palafox y Juan de Solórzano, a quienes he invocado repetidamente en apoyo de una visión casuista del Derecho y de la Política. Ambos expresaban su interés en la plasmación de cuerpos legales orgánicos. Palafox, empeñado en que los tribunales novohispanos tuvieran sus ordenanzas, decía que sin las mismas “es fuerza que ande todo perdido” y en otra ocasión insistía en que “todos están a oscuras por no tenerlas y cada uno obra como le parece”¹⁸³. Una misma preocupación ordenadora se aprecia en una recomendación que Solórzano se permitía dar al Consejo de Indias en 1653, escudado sin duda en esa fama y autoridad de que gozaba en los años finales de su larga vida. En un dictamen instaba a observar cierta prudencia en las nuevas órdenes que se expedían, tomando siempre conocimiento de las antiguas, pues “de otra suerte no puede haber (como ya casi no la hay) Ley ni ordenanza fija en materias de las Indias, porque cada día se proveen unas contrarias a otras”. Y agregaba esta sugestiva acotación: “Y ésta es una de las razones por donde se ha retardado la impresión de la Recopilación de las Leyes de las Indias, después de haberla trabajado tanto”¹⁸⁴.

El orden material buscado a través de una recopilación legislativa no conducía a la estructura normativa sistemática, y más bien parecía responder a aspiraciones de organi-

¹⁸² BERNAL, “El derecho romano”, 170-171. También GUZMÁN, “Romanismo”, 380.

¹⁸³ SÁNCHEZ BELLA, “Ordenanzas”, 211.

¹⁸⁴ AGI, Lima 55.

zación propias de la concepción casuista, pero ¿quién podría afirmar que esos atisbos carecieran de todo parentesco sistemático?

b) *El orden de materias*

El modo utilizado para agrupar y ordenar los preceptos en los cuerpos legislativos generales permite refirmar lo que venimos observando. Ya en el Derecho romano encontramos dos tipos principales que responden a nuestros modelos. De una parte, una ordenación sistemática —personas, cosas y acciones—, plasmada en las Institutas de Gayo y recogida en las de Justiniano. No despertó el interés de los juristas hasta la época del Humanismo. De otra parte, un plan que atendía más concretamente a las materias sujetas a regulación. Basado en el Edicto del pretor, inspiró el Código justiniano y se impuso en las recopilaciones medievales y modernas —también en las Partidas— hasta la época de la codificación¹⁸⁵.

Este plan fue el predominante durante el largo período hegemónico de la concepción casuista. Seguía el orden de materias derivadas del proceso —ése fue precisamente su origen—, aunque paulatinamente se le introdujeron agregados y modificaciones tales que llegaron a desdibujar considerablemente la traza original. Esta misma técnica acumulativa que observamos en la estructura, establece nuevos lazos de parentesco con la concepción que la cobijó.

Las materias eran agrupadas de esta manera: asuntos eclesiásticos; rey y gobierno del reino; organización judicial y proceso; familia, sucesiones, propiedad, contratos; normas penales. De las materias nuevas que se fueron agregando, la más importante fue la real hacienda. En el Derecho indiano, lo relativo a los indígenas y a la navegación y comercio.

¹⁸⁵ Sobre esto, GUZMÁN, “Puntos de orientación”, 9-10.

Sobre esta matriz trabajaron los juristas castellanos e indios en la elaboración de los cuerpos legislativos generales¹⁸⁶. Así se aprecia en el proyecto de Ovando, en el *Discurso* de León y en la Recopilación de 1680.

El modelo sistemático de las Institutas actuó como fermento en la búsqueda de una mejor organización. Se lo aprecia en escritos y proyectos, sin que por entonces se alterase aquella matriz. En este último sentido destaca la preocupación evidenciada por Antonio de León. Para él —según vimos— “la perfección de esta obra” residía en la distribución de la materia. Ello lo llevaba a extensas consideraciones, ya eligiendo modelos, ya explicando las razones para seguir o apartarse de alguno, ya atendiendo a la peculiaridad indiana en determinada cuestión. Su búsqueda por conectar las materias le hacía introducir en uno de los libros la clasificación gayana de personas, cosas y acciones. Estos intentos de hilvanación eran muy imperfectos, nada satisfactorios para unos ojos sistemáticos. En realidad, los esfuerzos de León se dirigían solo a mejorar la presentación del material y facilitar su uso.

Apunto otro dato enriquecedor. Es la confesada preferencia que León daba a la materia sobre la cronología o data del despacho en la composición de los títulos, apartándose del Código y de las Decretales y siguiendo a la Recopilación castellana. Se superaba de esta manera el respeto a la mera antigüedad de la decisión. Es más, se inclinaba por preferir en la mención de las datas a la más moderna.

Estos intentos de organizar la materia en los cuerpos legislativos generales deben, según mi parecer, quedar enmarcados dentro de la concepción casuista, aunque no puede negarse que se perciben en los mismos ciertos impulsos sistemáticos, buscando perfeccionar el orden de exposición o procurando una incipiente conexión de materias. Para establecer esta distinción me ayudan unas ajustadas palabras escritas hace ya algunos años por Biondi con

¹⁸⁶ Véase al respecto, GARCÍA-GALLO, Manual, I, 264-268.

relación al Derecho romano, que pueden aplicarse a otras épocas históricas: “La sistemática que los modernos llegan a considerar exponente de labor científica, presenta para los romanos escaso interés y los problemas de arquitectura científica les son indiferentes. El ordenamiento de la materia se considera como algo exterior y formal que no toca la substancia del derecho; puede hacer más fácil y asequible el estudio de la obra jurisprudencial, pero no modifica en un punto la realidad del derecho”¹⁸⁷. Es decir, el interés por los problemas de “la arquitectura científica” constituye una línea divisoria inicial, pero la distinción de fondo reside en determinar si esos problemas son atingentes solo a la presentación exterior de la materia o, en cambio, penetran en la sustancia misma del Derecho. Es evidente que si bien esa línea divisoria inicial puede considerarse superada en los proyectos e ideas antes expuestos, no encontramos todavía concretada una pretensión más profunda que modifique “la realidad del derecho”. De este sutil modo puede, acaso, separarse el “esquema de orden” propio del casuismo del que aparecía en las incipientes corrientes sistemáticas.

c) *El “hilar” casuista*

La generalización de las disposiciones casuistas ofrece para el recopilador un grave tropiezo dado que se enfrenta con preceptos que se han ido dictando atendiendo a las circunstancias peculiares de cada uno de los casos o situaciones dadas. Esta hilación casuista no tiene en cuenta la coherencia normativa, que supone todo grado de generalización. Surgen así preceptos en pugna, imposibles de conciliar para la mente sistemática. ¿Cómo actuaba ante ellos dicho recopilador?

Hace unos años me encontré, sin proponérmelo, con uno de los más sugerentes ejemplos de la actividad casuista en

¹⁸⁷ BIONDI, “Objeto”, 79-80.

este terreno. Fue al estudiar el desenvolvimiento del recurso de suplicación de las leyes¹⁸⁸. Originado en el Derecho castellano medieval, dicho recurso tuvo en las Indias, desde el comienzo de la colonización, un desarrollo expansivo y peculiar, bajo el impulso común de la Corona y de los conquistadores. Aquélla, imposibilitada de dar normas con la firmeza y seguridad de quien conoce la realidad, acudió a este instrumento para mantener el prestigio de la ley, y por ende de su propia autoridad, dando así posibilidad de corregir las disposiciones erradas o perjudiciales. Pero tuvo que evitar que el recurso fuese un ardid utilizado para dilatar o impedir el cumplimiento de las provisiones y cédulas, sin una oposición fundada. De acuerdo, pues, a cada situación planteada fue pronunciándose con relación al uso y alcance de este recurso, dando la posibilidad o no de suspender la ejecución del mandamiento hasta nueva decisión. El “obedecer y no cumplir” y el “obedecer y cumplir” se convirtieron en vías alternativas para las distintas situaciones planteadas a lo largo de los siglos XVI y XVII.

¿Cómo podía incorporarse ese conjunto de cédulas, con decisiones particulares tan diversas, a un cuerpo legislativo orgánico? No voy a reproducir las páginas que dediqué a esta cuestión. Tan sólo recordaré que aquellas disposiciones que habían tenido en su origen un carácter particular fueron generalizadas en la Recopilación de 1680¹⁸⁹, manteniéndose hábilmente las dos alternativas, del “obedecer y no cumplir” y del “obedecer y cumplir”, tal como se había dado en la dinámica legislativa hasta ese momento, pero produciendo —a mi juicio— una fijación favorable a la primera fórmula, lo cual se compadecía con el criterio predominante en la vida jurídica. De este modo se mantuvieron puntos de vista distintos, genuinamente extraídos de la casuística, para enriquecer el material de trabajo del jurista. Sin perjuicio de ello, quedaron cristalizados unos principios directivos en la materia.

¹⁸⁸ TAU ANZOÁTEGUI, “La ley”.

¹⁸⁹ RI, II, I, 15, 22, 23, 24, 39 y 40: III, II, 9.

Las circunstancias ya indicadas en que hallé este sugerente ejemplo en la Recopilación alientan la posibilidad de encontrar otros de igual naturaleza, en los cuales la sutileza del legislador casuista haya podido armonizar la “pugna de leyes”, que se hace evidente al sacarlas de su terreno primitivo y llevarlas a cierto grado de generalización. Entretanto este ejemplo, unido a los otros elementos puestos a consideración en las páginas precedentes, sirve para afirmar la idea de que los ordenamientos casuistas tienen modos peculiares de agrupar y organizar sus normas en cuerpos generales cuando la cantidad y dispersión de leyes lo exigen, tanto en lo que respecta al orden externo como a la refundición del material proveniente de disposiciones particulares. Pero ¿se podrán negar ciertos destellos sistemáticos en esas elaboraciones y reflexiones?

2. La idea de “código”, como preocupación sistemática

La asociación de la idea sistemática con el agrupamiento normativo se apoya en la creencia de que, bajo ciertas condiciones, los cuerpos legislativos pueden convertirse en exponentes totalizadores de la experiencia jurídica. Si el agrupamiento de las leyes en una ordenación casuista era una necesidad cuando se llegaba a un determinado grado de acumulación de las mismas, en cambio bajo la idea sistemática ese agrupamiento constituía el insoslayable punto de partida de la construcción, ya que se concebía al ordenamiento jurídico como un ámbito cerrado que apuntaba hacia la creación del Derecho a través de una sola fuente, la ley.

En la teoría de los “códigos” del siglo XVIII encontramos el más saliente ejemplo de la consolidación de la idea de sistema. Ejemplo que, por cierto, rebasa el objeto de este capítulo e inunda toda la esfera jurídica. A doscientos años de distancia, desde nuestro puesto de observación temporal, podemos apreciar los efectos expansivos de aquella teoría. Los códigos fueron pretendidos receptores de toda la legis-

lación e instrumentos didácticos en las aulas. Los juristas sometieron su trabajo científico a esos códigos y los jueces fueron obligados a servirse de ellos en sus decisiones, sin poderse apartar de sus preceptos. ¡Como si toda la cultura jurídica pudiese encerrarse en esos cuerpos normativos creados por una vigorosa teoría!

Para responder a tan crecidas exigencias, los códigos debían ser completos y duraderos, con pretensión de abarcar toda la vida social. Debían contener un número reducido de preceptos generales, breves y claros, sin incurrir en casos o situaciones particulares. Su vigencia era uniforme y excluyente de todo otro modo de creación jurídica que no proviniese de las normas estatales. Se imponía, en fin, que sus enunciados tuviesen coherencia conceptual, sin dejar vacíos o “lagunas”. Y aun se exigía que el lenguaje fuese sencillo, fácil de comprender para el ciudadano común. Era, sin duda, la más perfecta teoría construida para hacer realidad el buscado sistema de Derecho.

Hay algo más. Estos nuevos cuerpos aparecieron como poderosos motores de transformación de la sociedad, en combinación con el papel asignado a la legislación, según vimos. No puede extrañar entonces que, en torno a la idea de código, se desplegara un rico movimiento doctrinario que incidió en la formación y aplicación de dichos cuerpos. Teorías derivadas de ese momento han estado presentes en la esfera del Derecho hasta nuestros días. No se limitaban a problemas de técnica jurídica. Latían en ese movimiento cuestiones que interesaban a la vida de la sociedad, como la reforma tradicional o el cambio revolucionario. ¿Los códigos podían ser vehículos de esas pretensiones renovadoras?

En fin, no es impropio afirmar que en los países de la Europa continental y de Iberoamérica se inauguró con esa eclosión codificadora lo que bien puede denominarse el período contemporáneo de su historia jurídica. Hace algo más de una década tuve oportunidad de examinar este fenómeno con particular referencia a la Argentina, sin perder

de vista sus raíces europeas y su paralelismo hispanoamericano¹⁹⁰. Otros libros y escritos desde entonces han mostrado aspectos nuevos que han enriquecido la consideración de una cuestión que ofrece inagotables perfiles. Sobre todo se ha acentuado el interés por anudar esa idea de código a diversos problemas de la vida jurídica y social¹⁹¹. En estas páginas me limitaré a establecer su significado en estricta relación al tema que nos ocupa.

a) *Las tempranas propuestas de Simón Abril y de Deza*

Como en otros aspectos del pensamiento jurídico y del desenvolvimiento de la jurisprudencia, en la Península ibérica se puede detectar hacia fines del siglo XVI y principios de la centuria siguiente un interesante movimiento que apuntaba hacia la reforma del Derecho centrado en la elaboración de un nuevo cuerpo de leyes, con pretensión de generalidad y uniformidad y con exclusión de otras fuentes jurídicas. Advierto nítidamente esa presencia en dos figuras, el humanista Simón Abril, y el jurista Deza, aunque sospecho que ese movimiento puede tener una mayor expansión hasta ahora no descubierta. Tal vez no hubiese sido impropio colocar en estas páginas al ya estudiado proyecto de Ovando. Si superadas ciertas dudas, finalmente decidí ocuparme del mismo en un punto anterior, esas dudas patentizan la imposibilidad de trazar en esta materia límites tajantes. Cualquiera sea la preferencia, es indudable que el recuerdo de la obra de Ovando debe estar presente aquí también.

En un memorial a Felipe II, proponía Simón Abril la

¹⁹⁰ TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación*.

¹⁹¹ En este último sentido son de destacar los trabajos recientes de BARTOLOMÉ CLAVERO. En el último de ellos, "Codificación y Constitución", si incluye una extensa bibliografía actualizada. Con relación a Hispanoamérica, GUZMÁN, *Andrés Bello, codificador*.

manera de reformar las doctrinas y su modo de enseñarlas¹⁹². Dentro del amplio horizonte de las humanidades prestaba especial atención al Derecho. Consideraba que era preciso en este campo hacer “un nuevo cuerpo de derechos” en lengua castellana para sustituir, al parecer, tanto al Derecho romano como al real vigente. La elaboración de dicho cuerpo estaría a cargo de una junta convocada por el rey e integrada por sabios filósofos y prudentes jurisconsultos, escogidos de todos los reinos. Su redacción debía hacerse en estilo legal, es decir, “mandando o vedando con la mayor brevedad de palabras que fuese posible, sin preámbulos ni retóricas”, de forma clara y llana. Las leyes así redactadas se colocarían por “elegante orden y concierto, poniendo cada materia en su propio lugar”, de acuerdo a sus géneros y especies. La propuesta era recoger en ese cuerpo no solo la materia legal existente, sino también, cuando fuese menester, la opinión de los autores, convirtiendo a la doctrina en precepto legal.

Las leyes así dadas no necesitarían de comentarios, antes bien se prohibiría toda declaración o glosa, acudiéndose al príncipe cuando hubiese alguna dificultad sobre el entendimiento de algún precepto. La propuesta no conducía, sin embargo, a un legalismo absoluto, pues Simón Abril admitía que los abogados en sus escritos pudiesen alegar “ley escrita, o costumbre no mala, usada y recibida, o razón que muestre ser cosa justa lo que él dice”. Lo que sí quedaba suprimido era, en el futuro, el recurso a la opinión de los doctores.

El escrito de Simón Abril reconoce diversas inspiraciones. Alejandro Guzmán menciona textos de Cicerón, soluciones de Justiniano e ideas de algunos juristas humanistas. Agrega dicho autor que la fuerza de su exposición consiste, antes que en la originalidad de los temas utilizados, en la coordinación de viejas cuestiones en torno a la reforma del Derecho, que otorgan cierta novedad —más allá de confu-

¹⁹² SIMÓN ABRIL, *Apuntamientos*, 299 ss.

siones y contradicciones— a su proyecto de formar un nuevo cuerpo de leyes españolas¹⁹³.

Lope de Deza es ya conocido por los lectores, dadas las varias ocasiones en que me he referido a sus ideas en temas previamente abordados. Dichas ideas conducían a una interesante propuesta legislativa. Me he ocupado de la misma hace unos años, y ahora reitero los conceptos fundamentales allí expuestos¹⁹⁴.

Cuando Deza encaraba, en su *Juicio sobre las leyes civiles*, la propuesta reformista —que en calidad y extensión era significativa dentro del escrito— ya adelantaba lo espinoso de la cuestión: “cosa es grande y dificultosa la presente”¹⁹⁵. Sostenía, como punto general, la necesidad de “una reformatión universal de todas las leyes latinas y castellanas, antiguas y modernas que tenemos hoy...” y para ello atribuía al rey “la potestad de abrogar todas las leyes civiles y establecer otras conforme al tiempo”. Una sugerente alegoría acompañaba a esta idea: “... tengo por más fácil y posible destruir este edificio viejo y hacerle de nuevo, que repararle, por estar tan inclinado y ruinoso”¹⁹⁶. Se trataba, pues, de una reforma sustancial, mediante la adopción de un nuevo ordenamiento, bajo el patrocinio de la autoridad real.

Sostenía que era preciso apartarse del criterio seguido en las recopilaciones, ya que el remedio no consistía “en añadir, amontonando leyes y comentarios”, sino en una nueva elaboración normativa en base a las “leyes generales” para que los jueces, fundándose en ellas, “determinen los casos singulares”. Había que imitar a Justiniano en “el intento, pero no en el modo”, pues su error “fue en haber querido dejar Leyes particulares, para casos particulares, contra toda buena legislación...”¹⁹⁷.

¹⁹³ GUZMÁN, “Estudios”, 170 ss.

¹⁹⁴ TAU ANZOÁTEGUI, “El Juicio”, 509 ss.

¹⁹⁵ DEZA, *Juicio*, 124v

¹⁹⁶ Ídem, 111 y 114.

¹⁹⁷ Ídem, 113v. 115, 116.

¿Qué características tenía la obra proyectada? Deza no se ocupaba ni de la estructura general ni del orden de materias que debía tener el cuerpo legislativo propuesto. Tampoco sugería título concreto para denominarlo, limitándose a hablar de “nuevas leyes”. Esta omisión era compensada al ocuparse de otras cuestiones que permiten constatar la postura avanzada de su propuesta. Son así muy logradas las páginas dedicadas a establecer la forma en que debían elaborarse las leyes, con claridad y brevedad, abarcando muchas situaciones particulares. Me he ocupado de ello en un punto anterior.

En el Discurso de Deza quedaba asentada una cierta libertad del legislador en la formulación de la ley. En efecto, al ocuparse de las fuentes que alimentaban dicha labor, expresaba que cabía juntar “los metales diferentes de tantas leyes, latinas y castellanas, antiguas y nuevas, la innumerable turba de sus comentadores, y de todo se saca el oro puro de las leyes en conformidad de este Discurso, quedando lo demás condenado a escoria...”. En otro pasaje, invocando a Aristóteles, afirmaba que “muy bueno es para una nueva composición de leyes, cotejar las cosas pasadas, en el estado de la República, y saber la condición de las demás Repúblicas y no ignorar lo que conviene a cada una”¹⁹⁸.

Según vemos, fuentes principalísimas eran la legislación romana y castellana y la doctrina de los autores. De ellas debía quedar lo sustancial. También incorporaba como criterios orientadores el propio pasado —cabe acotar que Deza exaltaba la importancia de la Historia en otros pasajes—, la observación de la experiencia ajena y el discernimiento para determinar lo que convenía a la República. Es interesante subrayar que para él el legislador no debía valerse sólo de las leyes existentes sino también podía “establecer otras conforme al tiempo”¹⁹⁹.

Se descubre en estas expresiones una actitud intelectual

¹⁹⁸ Ídem, 122v y 110.

¹⁹⁹ Ídem, 114 y 111v.

de avance hacia una concepción del Derecho que, por entonces, apenas se vislumbraba. Indagada la historia, recogida la experiencia, reunidos los materiales, discernida la conveniencia, se llega, por vía de la elaboración racional, a fundir el texto de la ley bajo la convicción de que se ha obtenido “el oro puro” siendo lo demás “condenado a escoria”. Quedaba cerrada toda posibilidad de creación jurídica fuera de la ley. Ni siquiera se contemplaba la situación de la costumbre. El rigor legalista llegaba aún más lejos. Para Deza era necesario completar la promulgación de las nuevas leyes con tres medidas prohibitivas. La primera, desterrar el uso y la alegación de todas las leyes romanas. La segunda, negar la licencia de escribir en esta materia e impedir el ingreso de libros extranjeros, ya fuesen anteriores o nuevos. Más adelante, se podía llegar a una tercera medida, consistente en “la prohibición de todos los autores de estas facultades antiguos y modernos”, extranjeros y nacionales, de suerte que no se pudiesen alegar, ni tuviesen autoridad, ni se imprimiesen, ni entrasen de afuera. De tal modo, intentaba desterrar totalmente la presencia de la doctrina de los autores, para que solo se acudiese a la ley.

El nuevo cuerpo legislativo debía ser elaborado por una junta integrada por personas “que correspondan a su importancia, en juicio, erudición, ciencia y experiencia...”. Recomendaba al rey que asistiese a los acuerdos “cuanto fuese posible, como a ejercicio propio y dependiente de la Dignidad Real, estando cierto que ninguna cosa hay más Imperial, que atender a sus consultas cuando son de negocios tan arduos, y dar en ellos su voto...”²⁰⁰. En otro pasaje incitaba a Felipe III a seguir los pasos de los grandes legisladores para incorporar su nombre a esa galería de celebridades, convencido de que esta actitud sería imitada en los demás reinos europeos, en donde la reforma era también deseada y necesaria²⁰¹. Queda bien destacada la función

²⁰⁰ Ídem, 121v.-122.

²⁰¹ Ídem, 106v.-107, 109 y 124.

protagónica que atribuía al rey como legislador y, en este caso, como reformador.

Es preciso agregar que la propuesta de Deza apuntaba a objetivos sociales y económicos: disminuir los pleitos, reducir los oficios letrados y los estudios de jurisprudencia, y favorecer a los labradores, que encarnaban el ideal de un retorno a las actividades productivas. No es momento de extenderme en este aspecto, del cual me he ocupado en la monografía ya citada. Lo que interesa apuntar es que Deza confiaba en el poder transformador de la legislación.

Esta propuesta del jurista segoviano tiene, me parece, enorme significación, pues no conozco otra análoga en aquellos tiempos que tanto se haya acercado a la concepción moderna de la codificación. Me inclino a pensar que no fue solo un esfuerzo individual, aislado, sino que estas ideas se formaron dentro de un movimiento intelectual que no ha sido aún estudiado en su conjunto. Por las expresiones que ya conocemos, creo que ha llegado el momento de romper con un tópico historiográfico— que asombrosamente sigue en pie— en el sentido de que todas las ideas modernas de renovación del Derecho provinieron de fuera del mundo hispano, de la cultura jurídica europea.

El hilo de este movimiento quedó cortado poco después. De la avanzada posición en lo relativo a la reforma del Derecho —recuérdese que Deza incitaba a Felipe III a convertirse en modelo europeo— se cayó en un silencio difícil de explicar. Tal vez fuese la declinación de Castilla. Tal vez fuese la apatía —cuando no resistencia— de los juristas ante cambios tan profundos en un tiempo aún inmaduro. Tal vez fuese esa cierta reticencia reformista que se le atribuye al Barroco. Para Indias, la explicación puede ser distinta, pues donde el casuismo vivía por entonces “su época de oro”, reformas de este tipo, acompañadas del reclamo de un código legal uniforme y exclusivo, chocaban con una realidad varia y compleja. ¿Acaso esto mismo no había sucedido con la idea de Ovando?

b) *Bajo las luces de la Ilustración*

Cuando la idea de código legal como instrumento reformista reapareció con vigor a mediados del siglo XVIII, el mundo hispano había quedado a la zaga de los avances registrados en otros países europeos, sin que sea visible el enlace con aquel pensamiento español precursor²⁰².

El movimiento europeo en torno a esta cuestión también tuvo sus comienzos en el Humanismo, pero se fortificó en el siglo XVII hasta producirse la eclosión en la segunda mitad del XVIII. Coing, que ha escrito ponderadas páginas sobre esta materia²⁰³ sostiene que en la “teoría de la codificación” convergieron tres elementos. En primer lugar, la ya mentada crítica y relativización del Derecho romano que condujo al reclamo de una nueva legislación. Esta exigencia encontró su mejor exponente en la propuesta formulada por Leibniz en 1678, de un nuevo cuerpo que sustituyese al Derecho romano con vigencia exclusiva. En segundo lugar, el despliegue del Derecho natural racionalista. Coing pone énfasis en la doctrina de Locke, quien aportó a la teoría “un contenido de reforma social”²⁰⁴, al establecer las leyes positivas como protectoras de la libertad, la propiedad y la igualdad. Ellas debían ser duraderas, iguales para todos, publicadas, aprobadas por el Parlamento y aplicadas por jueces independientes. Y, por último, la contribución de Montesquieu, quien dio flexibilidad a la rigidez derivada del principio de razón universal al acentuar la necesidad de insertar esa nueva legislación dentro de cada ámbito cultural, determinado por el clima y la historia, por la forma estatal y el sentido económico.

²⁰² Bajo este clima de interés por la reforma legislativa y la postulación del código se hizo la copia dieciochesca del *Juicio* de Lope de Deza, incorporándose a la colección de papeles de Manuel Josef de Ayala. No lo he visto invocado en escritos de la época, pero es probable que su lectura haya inspirado algunos, con lo cual podría darse un delgado hilo de continuidad entre fechas tan distantes.

²⁰³ COING, “Sobre la prehistoria”.

²⁰⁴ *Ídem*, 255.

Según Coing, quedó establecido un programa por el cual la codificación estaba al servicio de las ideas de libertad, de igualdad ante el Derecho, y de protección de la propiedad. La ley debía redactarse en lenguaje claro y sencillo, con conceptos unívocos para que pudiese ser conocida por todos los ciudadanos y fuese fácil de comprender. El código respondía a una construcción sistemática, en la cual se establecían principios, alejándose de la casuística.

Nos encontramos ante un programa teórico que envolvía una innovación técnica de orientación sistemática y una reforma sustancial con proyección social. Las voces *código* y *constitución* —ambas con antiguo historial— recogieron, en nuevas acepciones, el vasto proyecto, constituyéndose en sus portadores naturales.

Este programa responde más al artificio intelectual del historiador para comprender la marcha del Derecho que a algún modelo concreto influyente en la época. La evidente utilidad que tiene como criterio de análisis no debe llevarnos a examinar la realidad solo bajo su óptica. En el mismo plano teórico se suscitaban conflictos entre los valores protegidos. De la libertad, la igualdad y la propiedad ¿cuál era superior? La ley expresaba un principio, el juez decidía un caso ¿cómo debía superarse el largo trecho entre uno y otro y a quién cabía dar preferencia? Se trataba, en suma, de un permanente contrapunto entre las exigencias abstractas de un Derecho teórico y la realidad cultural de determinada sociedad. Así podemos tener visiones distintas, según sea nuestro puesto de observación. Desde el ángulo del programa teórico, advertiremos inconsecuencias, contradicciones, encubrimientos. Desde la mira de la realidad, encontraremos asimilaciones, adaptaciones, pausas o silencios sospechosos de resistencia o indiferencia ante el modelo teórico. En esta elaboración empírica el historiador puede detectar ricos filones.

El vasto mundo hispano ofrece buen campo de observación. Bartolomé Clavero ha profundizado con agudeza la

idea de código en la época de la Ilustración²⁰⁵. Su criterio de análisis lleva a separar la aspiración de alcanzar un código formal —como expresión progresiva de orden y método— de la idea de un código cuyo contenido consagre la “razón revolucionaria”, escindida de la religión y de la sociedad, que en su sentido pleno signifique “la abolición conceptual del orden social que, desde los siglos medievales, venía imperando”²⁰⁶. En cuanto distingue un aspecto formal y otro de profundas renovaciones sociales, el enfoque de Clavero parece coincidir con el de Coing y con el que, años atrás, expuse en mi obra sobre la codificación argentina. En cambio, abrigo dudas sobre la posibilidad de que esa idea “pura” de código pueda constituirse en mira idónea para juzgar el comportamiento de la realidad. De una realidad esquiva a la aplicación plena de la idea transformadora de código. De una realidad inclinada sí a admitir pautas metódicas para ordenar los materiales legislativos existentes. De una realidad donde no cabía una separación entre la religión y el Derecho, como tampoco la alteración de un régimen jurídico con alta dosis de pluralidad, donde los privilegios y las excepciones eran moneda corriente. Era, por entonces, el único camino posible. Los juristas se hicieron eco de ese estado de la opinión.

Quisiera destacar, para terminar esta cuestión, que la idea de código ofrecida por Clavero, además de criterio de análisis, debe ser tenida en cuenta como un posible factor actuante sobre la realidad del jurista, con fuerza progresiva en el tiempo, tal vez ya en una época que excede el límite cronológico que me he propuesto. Clavero muestra una línea de acción y de choque que impulsaría al Derecho hacia la abstracción, hacia la “pureza”, hacia un aislamiento de la sociedad, hacia su ideologización. Se vislumbran así unos tiempos que no conoció el Derecho indiano y que pertenecen más a nuestras vivencias actuales.

²⁰⁵ CLAVERO, “La idea de código”.

²⁰⁶ Ídem, 16 y 34.

c) *El código, panacea universal*

La idea de código empezó a agitarse entre los escritores hispanos desde los años cuarenta, del siglo XVIII, aunque no fuese más que superficialmente. La necesidad de preceptos breves, claros e inteligibles, que fuesen colocados dentro de un “orden natural” —como decían unos—, o con método y sistema —como preferían otros— en un “nuevo” cuerpo legal, aparecía como un reclamo cada vez más extendido que ganaba adeptos entre letrados y profanos. Reclamo que también se aprecia en la contracara de la cuestión. Mariluz Urquijo, al puntualizar el papel desempeñado por los repertorios legales castellano-indianos de la segunda mitad del XVIII, describe el clima de crítica y descontento que se vivía por el caos y confusión causado por las nuevas disposiciones que, al no estar incorporadas a los cuerpos oficiales, no resultaban fácilmente conocidas a través del tiempo, haciendo necesaria su reunión en obras prácticas. Ese fervor crítico se extendía incluso a estas últimas, destinadas a paliar aquel mal²⁰⁷ Por aparte del problema concreto del conocimiento, me parece que la existencia de ese clima de insatisfacción generalizada apunta más allá y llega a nuestro tema. No había conformidad con una mera publicación de los textos o resúmenes, sino que se reclamaba — a veces sin expresarlo abiertamente— un nuevo orden legislativo, conforme a pautas racionales y a un criterio sistemático que había ido penetrando en la mentalidad de los juristas.

Este primer grado de exigencia no tenía posiblemente en cuenta cuestiones tales como el contenido de esos cuerpos, la forma de elaborarlos y sancionarlos, la exclusión de los otros modos de creación jurídica. Sin estas precisiones, la voz *código* se expandió para designar a ese nuevo cuerpo legislativo. Sirvió tanto para designar a los diseñados bajo el ideal sistemático, como también a los que seguían la línea

²⁰⁷ MARILUZ URQUIJO, “El conocimiento”.

metódica anterior. Y aún más. Por curiosa extensión se aplicó asimismo a algunos cuerpos legislativos antiguos y modernos que no tenían de origen tal denominación. Se trata, en este caso, de una comprobación que afianza el prestigio alcanzado por dicha voz.

El primer ejemplo que ofrezco es el llamado “Código Fernandino”, un proyecto promovido y estimulado por el marqués de la Ensenada entre 1752 y 1754, como ministro de Fernando VI. El punto de partida fue una representación que dirigió al rey, en la cual aconsejaba formar, bajo aquella denominación, un nuevo cuerpo legal en base a una expurgación de la Recopilación vigente, encargándose la tarea a una junta de ministros “doctos y prudentes”²⁰⁸. Esta propuesta, que aparecía enlazada con la reforma de la enseñanza europea, estaba inspirada en el Código Federiciano, que en los años anteriores se había proyectado en Prusia. Es sugestivo que una edición en francés del mismo se publicara en 1751-1752. Se abrió así un buen cauce para desplegar la idea en un clima favorable a la reforma legislativa.

El valenciano Gregorio Mayáns fue invitado a asumir la tarea y en sus respuestas encontramos interesantes ideas al respecto. En una primera, manifestaba cierto reparo a la empresa, considerando que era distinta la situación política de Prusia, donde las nuevas leyes servían para fundar la Monarquía, que en España, donde las leyes “son excelentes entre todas cuantas tienen las Naciones más racionales y sabias”. Colocaba el acento en las Partidas, diciendo que contenían “toda la Política, Filosofía y Teología moral de las Divinas letras; todo lo mejor del Derecho canónico y romano...”, Unos pocos días después, de una actitud cautelosa pasaba a una franca aceptación del encargo, al sostener que la elaboración del “Código legal español, que podemos llamar Fernandino”, era una obra necesaria de la cual dependía “el buen gobierno de la República”. Exponía entonces algunos puntos de vista, que bien vale examinar.

²⁰⁸ SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo*, I, 89-90.

Para Mayáns el código debía ser redactado en estilo legal, de modo sencillo, claro y metódico, resolviendo las controversias de los autores, de modo de ayudar a abreviar los pleitos. En cuanto a su contenido, la expresión “muy justo en todo, muy acomodado a la Nación española” encerraba el meollo de su pensamiento, enlazando el Derecho natural de su época con la tradición jurídica. Dentro de la misma pieza desarrollaba dos alternativas de trabajo. Una más tímidamente reformista, que se inclinaba a no alterar las leyes y costumbres justas y recibidas, salvo aquellas leyes que previamente el Consejo castellano determinase derogar, ampliar o restringir. La otra alternativa, que parecía ser la suya, se erguía liberada de esas ataduras. Era el método que él adoptaría para el trabajo: “Ante todas las cosas me pondría delante todos los principios del Derecho natural, después iría sacando consecuencias respectivas a la sociedad humana; de la relación de aquéllos a ésta iría concibiendo leyes; de las leyes formaría reglas, a las reglas daría pocas excepciones; todo lo dispondría con buen método; después de esto leería los Códigos nuevos y tomaría de éstos lo mejor; últimamente leería las leyes de España...”²⁰⁹.

Convergían en Mayáns tres elementos formativos: el Derecho natural, la idea de código racional y la tradición hispana. ¿Era posible fundirlos en una elaboración propia? Aunque en el párrafo que acabo de citar las leyes de España ocupaban el último lugar, entiendo que las anteriores referencias y hasta la formación cultural de Mayáns permiten señalar que esa tradición ocupaba un lugar preferente en la mente del ilustrado valenciano. Lamentablemente, la caída política del marqués de Ensenada dio al traste con el proyectado código. Si se tiene en cuenta la fecha y el sentido de la propuesta, comparándola con otros países europeos, no resulta antojadiza aquella antigua frase acuñada por Francisco Cárdenas en el sentido de que España fue “uno de los

²⁰⁹ Sobre estas ideas de Mayáns me remito a PESET REIG, “Una propuesta”, 253 ss.

primeros países en que se concibió la idea de formar códigos a la moderna”²¹⁰.

Otro ejemplo interesante se puede encontrar en las ideas expuestas por Juan Francisco de Castro en sus *Discursos críticos* de 1767²¹¹. Ya en el propio título de la obra se puntualizaba “la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho”. Aun cuando la labor se desenvolvía principalmente en el terreno de la crítica, es posible extraer expresiones que nos acercan a su idea —todavía algo difusa— de código.

En las páginas prologales señalaba la necesidad de formar “un metódico cuerpo de derecho que una en verdadero sistema todo el derecho español, constituyendo seguros principios, de donde, como de fuentes, corran como arroyos las leyes para fecundar en justicia todo el dilatado campo de la Monarquía”. No solo ello sería útil para abogados y jueces “sino que también los particulares se pondrían en estado de consultar por sí mismos este metódico cuerpo para proceder con más acierto en la dirección de sus negocios, sin entregarse ciegamente a la conducta de otros”. Al menos, agregaba Castro, le valdría de instrucción para “poder precaverse contra los engaños tan frecuentes en la gente de curia”²¹².

La idea del “cuerpo metódico de derecho” era reiterada en más de una ocasión, como final feliz a todos los vicios y tropiezos que denunciaba en la jurisprudencia vigente²¹³. Su meta era alcanzar “un Derecho claro y preciso, que comprenda en verdadero sistema todos los casos, que pueden ocurrir en controversia entre los hombres”²¹⁴. En otro pasaje Castro preguntaba si era posible alcanzar un sistema jurídico de tanta perfección, y su respuesta franca no se hacía

²¹⁰ CÁRDENAS, 8.

²¹¹ Me ocupo de la cuestión en “El Pensamiento español”, 377-395.

²¹² CASTRO, *Discursos*, I, pp. IV-V.

²¹³ Ídem, I, 65 y 271.

²¹⁴ Ídem, II, 142. Coloco esta expresión en sentido afirmativo porque representa la opinión del autor, aunque en el original forma parte de una oración interrogativa.

esperar: “En verdad no lo es, porque no cabe en la posibilidad humana la comprensión de todas las circunstancias prácticas que en la variedad de los casos puedan concurrir, y que sirvan a formar un recto juicio”. No obstante, agregaba que “pueden proponerse principios ciertos y metódicas reglas de las que se puedan inferir precisas consecuencias aplicables a los casos, cortando en cuanto sea dable toda ocasión al juez de arbitrar encomendándole sólo el obedecer, esto es, sujetando el juez a la ley, no la ley al juez”²¹⁵.

Según se aprecia, Castro establecía la necesidad de construir un sistema de Derecho, formado por principios seguros, claros y precisos, que intentasen en lo posible abarcar todos los casos que ocurriesen en la práctica. Esa misma aspiración le llevaba, seguramente, a usar la expresión “cuerpo metódico de derecho” en vez de código —¿no sería para Castro poco elocuente esta voz en relación a lo que pretendía?—. Reconocía, en fin, que ese sistema de principios no podría abarcar la variedad de casos, pero servía como freno al arbitrio judicial. También Castro recogía esa creencia —muy difundida luego— de que el hombre común pudiese consultar y comprender por sí esos códigos.

En cuanto al contenido del “cuerpo metódico”, Castro consideraba que para su elaboración “se puede seguramente echar mano de los ricos y antiguos materiales que nuestros legisladores y sabios antiguos nos dejaron del todo preparado, sin que apenas reste otra cosa que el disponerlos en un conveniente y luminoso orden”²¹⁶. Y concretando su juicio sobre lo español, afirmaba que “nuestro cuerpo de legislación, si bien se halla confuso por falta de conveniente método, es una recopilación escogida y apropiada a la naturaleza, genio y gobierno del país, de todo lo mejor que dictó la prudencia de los sabios en punto de legal gobierno”²¹⁷. Esta muestra de aprecio hacia la tradición jurídica no le impedía

²¹⁵ Ídem, I, 183.

²¹⁶ Ídem, I, p. IV.

²¹⁷ Ídem, I, 190.

postular algunas reformas sustanciales, a la luz de la realidad de Galicia, su tierra.

Estamos en presencia de un testimonio bien representativo de la Ilustración jurídica hispana, en el cual aparecían aunados la técnica codificadora moderna con el contenido de la jurisprudencia tradicional, sin desdeñar ciertas reformas sustanciales.

No se alejaba demasiado de esta idea la propuesta de tono menor que hacía José de Gálvez en un *Discurso* sobre la decadencia de las Indias. Entre otras medidas, consideraba necesario una actualización del orden legislativo, a cuyo fin sugería que se entresacasen de la Recopilación las leyes que debieran quedar en observancia, y unidas a otras nuevas fuesen “puestas todas en buen estilo y orden” formando “un Cuerpo de derecho claro y decisivo”. Estimaba que una labor análoga debía hacerse con las leyes castellanas²¹⁸.

Sería fastidioso arrimar otras muestras posteriores, sobre todo cuando la gran mayoría siguen la misma orientación, con pocas variantes y escasos aportes novedosos. Podemos sí detenernos —en fechas colindantes con la Revolución francesa— en dos interesantes figuras, tales como Manuel Aguirre y Juan Meléndez Valdés. En el ya citado *Discurso sobre la legislación*, Aguirre, bajo una clara inspiración rousoniana, hacía una punzante crítica de la sociedad y de la jurisprudencia. Para ello, describía una sociedad y estado idílicos, de naturaleza igualitaria, destruidos por la actual civilización. De aquella sociedad ideal rescataba un “código constitucional”, que daba a conocer, mientras hacía el elogio de las leyes constitucionales de los Estados Unidos a las cuales calificaba como “legislación sencilla y sabia”²¹⁹. Esta propuesta radical no avanzaba suficientemente en el tema que nos ocupa, ni tampoco parece que tuvo repercusión en esos días. Tal vez fue más significativa en ese mismo año 1787 otra utopía que ha dado a conocer y comentado Ma-

²¹⁸ GÁLVEZ, f. 129v.

²¹⁹ AGUIRRE, 474 ss.

riluz Urquijo. En dicha pieza, el supuesto viajero advierte cómo se aplicaban exitosamente en esa ignota isla las principales reformas por las cuales se venía luchando en España, entre ellas un código claro, simple, no sujeto a comentarios ni interpretaciones²²⁰.

Las ideas de Meléndez Valdés que interesa recordar aquí quedaron estampadas en aquel discurso de 1791, preparado para el regente de la Audiencia de Extremadura, lo que da al texto una doble visión, la de quien lo escribe y la del magistrado que lo leyó públicamente. Ya conocemos la enérgica crítica que rezumaba aquel párrafo de brillo literario donde oponía los principios a los casos. En nuestros códigos —decía en otro pasaje refiriéndose a los cuerpos legislativos vigentes— encontramos “todo, menos unidad y sistema; todo, menos principios y miras generales”. Cuando se refería a las reformas criminales, afirmaba la falta de “un código verdaderamente español y patriota, acomodado en lodo a nuestro genio, a nuestro suelo, a la religión, a los usos, a la cultura y civilización en que nos vemos”²²¹. Volvía a reiterarse aquí la mención de los elementos nacionales en la composición de los códigos.

Para cerrar este ciclo de algo más de medio siglo es conveniente traer a colación un testimonio, ya algo tardío. Es el de Francisco Martínez Marina en la década de 1810, encarnando la crítica vigorosa a la técnica de las antiguas recopilaciones y exaltando la moderna codificación. Me limito a uno de sus párrafos sustanciales: “Formar un código completo de legislación acomodado al carácter de genio nacional, capaz de proveer a todas las necesidades del estado y del pueblo, análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales producidas por las revoluciones pasadas; conciliando la brevedad con la integridad del cuerpo del derecho; distribuir las materias generales y particulares, los géneros, las espe-

²²⁰ MARILUZ URQUIJO, "Una utopía" 328.

²²¹ MELÉNDEZ VALDÉS, 255.

cies y aun los individuos bajo el orden y método que conviene; tirar una justa línea de demarcación entre las diferentes clases de leyes, de las cuales muchas se allegan y tocan en una infinidad de puntos, para que no se confundan, antes conserven el puesto y sitio que naturalmente les corresponde; extenderlas con pureza, esto es sin mezcla de materias extrañas, en un estilo y lenguaje propio de la ley, claro, breve, conciso, y con toda la gravedad, nobleza, fuerza y armonía de que son susceptibles, es obra que exige una feliz reunión de los más exquisitos conocimientos, tanto en la jurisprudencia y ciencia de los derechos, como en la filosofía, lógica, gramática y letras humanas”²²². En estos trazos, enérgicos y brillantes, se encerraba el más ajustado esbozo de la aspiración codificadora dentro del mundo hispano.

Con estos testimonios —unidos a otros que he consultado— se pueden alcanzar algunas conclusiones acerca de la idea de código expandida en esa época. La idea hispana se inclinaba resueltamente a establecer un nuevo cuerpo legislativo, con finalidad abarcadora y estructura metódica, que constituyese propiamente un sistema legal, excluyendo a todo otro modo de creación jurídica. Muy especialmente combatida resultaba la opinión de los autores, pero algunos —como Castro— también atacaban con fuerza a la costumbre. Se trataba, en suma, de una concepción sistemática del Derecho superadora del arraigado casuismo. A esta profunda reforma de la jurisprudencia cabe agregar otras propuestas concretas en materia civil, penal y política. Se buscaba el afianzamiento de algunas libertades y derechos específicos —no ideales ni absolutos—. Eran objeto de discusión particular cuestiones claves como el mayorazgo, la tortura o la pena de muerte. En este sentido, el código aparecía como agente transformador de la sociedad, que debía recoger los progresos de la civilización, pero siempre subordinado a los elementos culturales y valores básicos de

²²² MARTÍNEZ MARINA, *Juicio*, 27.

los pueblos hispanos. En todo caso se buscaba el apoyo de la propia tradición jurídica, a través de sus principales cuerpos.

El empirismo español no se avenía con la denominada “razón universal”, con tendencia revolucionaria. De ahí que no la encontremos reflejada en los escritos. Se trata, a mi juicio, de una idea peculiar de código, que articulaba la tradición jurídica con la inquietud reformadora y tendía a proteger la singularidad histórica y espacial del mundo hispano. Una idea híbrida o ecléctica si la comparamos con la teoría revolucionaria, tal como dice Clavero.

En los intentos de reforma legislativa realizados en España e Indias en la segunda m XVIII y principios del XIX no se advierte la aplicación de la nueva técnica codificadora. Esto parece probar un notorio apocamiento de la idea cuando se trataba de hacerla efectiva. ¿Ello era fruto de un estado de opinión generalizado?

Cuando desde México Baltasar Ladrón de Guevara se ofrecía en 1778 para la reforma de la Recopilación de 1680, manifestaba su admiración por este cuerpo en cuanto a la distribución y ordenación por títulos y materias. Era preciso —decía— “abrir sólo los cimientos de ampliación y servirse de todos los muros o paredes que sean útiles”, quitando, poniendo y alterando de lugar las leyes²²³.

Esto mismo lo observamos en el denominado Nuevo Código de Indias. El examen del libro de acuerdos de la Junta de ministros que trabajó en esa reforma, permite detectar su acentuado espíritu conservador. Se denotaba preocupación en observar ciertos criterios de ordenación, en cuanto a la ubicación, multiplicación y redacción de las leyes, pero se consideraba que el “método y orden” de la Recopilación de 1680 “debe servir de gobierno”, advirtiéndose que sus leyes estaban formadas “con estilo conciso, claro y el más comprensivo en la sustancia y modo, sin disminución ni redundancia...”. Con motivo de examinar

²²³ LADRÓN DE GUEVARA, BALTASAR, 147.

una ley del proyecto coincidente en lo sustancial con una recopilada, la Junta resolvió acordar —de modo general— que cuando “no se verificare abierta necesidad de variar, alterar, reformar, aumentar o disminuir las precisas formales palabras, bajo de las cuales han corrido en las anteriores impresiones las leyes de recopilación de Indias... en esta colección se coloquen por el mismo tenor de palabras, con que se hallan expresados en la antigua recopilación y aun guardando, en cuanto fuere posible, el mismo número de su anterior coordinación”. Los ministros consideraban que era inconveniente “desfigurar el contexto y tenor de unas leyes consagradas por el tiempo y la observación, y estampadas con determinadas palabras en las obras de muchos sabios escritores, que las citaron, cuando a ello no obliga urgente razón de hacer novedad; mayormente siendo innegable, que el estilo y expresiones de nuestros mayores tienen toda la sencillez, dignidad y fuerza que conviene a la materia”²²⁴. Estas palabras ¿escondían una actitud recelosa ante el proyecto que les servía de guía en las tareas? o ¿encerraban una postura de absoluto inmovilismo? Algo más se puede precisar.

d) *¿Una alquimia jurídica?*

En diversos escritos, sobre todo de finales del XVIII y principios del XIX, encontramos que aquellas virtudes predicadas como atributos de la concepción sistemática se aplicaban a la legislación existente. Ya lo hacía tempranamente José Berni en una obrita práctica destinada a los abogados. Luego de pronunciarse en contra de la multitud de leyes, de la variedad y exhuberancia de opiniones, decía que “gracias a Dios tenemos las Leyes Reales tan recogidas y puestas en orden, que con poco trabajo se halla Ley ter-

²²⁴ Libro de los acuerdos, 12-13 y 138 (AGI, Indiferente General, 1653).

minante para cada cosa...”²²⁵. Cuando tiempo después se publicaba en España la obra de Muratori, el traductor Vicente María de Tercilla afirmaba que los vicios denunciados por el autor no eran aplicables a la Península porque la “sabia legislación” los tenía ya precavidos y había resuelto “casi todos los casos”²²⁶.

Dos cuerpos legales hispanos experimentaron por esos años un proceso de revalorización, bajo la luz que proyectaban las nuevas ideas. Principalmente, las Partidas, en tono menor la Recopilación de 1680. Las Partidas tuvieron desde el siglo XVIII una “segunda vida”, rodeadas de una aureola de autoridad y prestigio tal que se constituyeron en el cuerpo más representativo de la tradición jurídica, al mismo tiempo que se le atribuían las bondades pregonadas por los juristas sistemáticos. Basta dar aquí unos pocos testimonios. Algunos proponían hacer la reforma siguiendo su método, abreviando sus leyes, como lo expresaba Alonso de Azebedo²²⁷. Otros se expedían con elogio tal que era difícil exigir más de un cuerpo legal. Decía Forner que ni los escolásticos ni los filósofos modernos habían logrado dar leyes “ni más sabias, ni más justas, ni más completas, ni más metódicas” que las del rey Alfonso²²⁸. Andrés Cornejo observaba “una coordinación muy arreglada”, gozando las leyes de “un perfecto laconismo, sin que declinen a la oscuridad”²²⁹. Para el limeño Rodríguez de Mendoza era la obra “más metódica y comprensiva y reglada que se descubre en la legislación de las naciones”²³⁰. Palacios y Hurtado las consideraba como el cuerpo “más metódico, el más abundante, luminoso y útil de los Españoles”²³¹. Sería fastidioso insistir con otros testimonios. Según se aprecia, método, orden, claridad, cohesión e integralidad eran rasgos

²²⁵ BERNI, *El abogado*, 30.

²²⁶ MURATORI, pp. IX y 260.

²²⁷ AZEBEDO, 33v.

²²⁸ FORNER, *Oración*, 55.

²²⁹ CORNEJO, p. XII.

²³⁰ VARGAS UGARTE, *El Real Convictorio*, 45, 103 y 108.

²³¹ PALACIOS Y HURTADO, 68.69.

que todos los autores deseaban destacar en las Partidas. No era casualidad que estos mismos fuesen los atributos predicados para la moderna codificación.

En 1788 Vicente Herrera, ministro del Consejo de Indias, estimaba a la Recopilación de 1680 como cuerpo de leyes “ordenado, completo y quasi divino”²³². Ladrón de Guevara, en su propuesta de 1778, al referirse a la distribución y ordenación por títulos y materias de dicha Recopilación, decía que era un “admirable orden”²³³. Bustillo, otro ministro del Consejo, sostenía que en la Recopilación “se advierten formadas sus leyes con estilo conciso, claro y el más comprensivo en la sustancia y modo sin disminución ni redundancia...”²³⁴. Como en el ejemplo anterior, se le asignaban al cuerpo indiano los atributos sistemáticos: era ordenado, completo, conciso, claro...

Un dato más. A esos cuerpos legislativos se les dio, a veces, la denominación de códigos, con lo cual aparecía redondeada la idea de que el código no era, necesariamente, para muchos un producto nuevo y revolucionario. Cortines y Andrada, en una curiosa obra, utilizaba la expresión “códigos nacionales” para referirse a la legislación real, a la cual intentaba presentar como un conjunto integral y armónico²³⁵. Forner, en la misma dirección, alegaba que España “posee en su seno los mejores códigos legislativos que conoce la tierra...”²³⁶. La proyectada reforma de la Recopilación de Indias se hizo bajo el nombre de Nuevo Código, aunque poco tuviese que ver con el concepto moderno.

¿Qué interpretación puede hacerse ante esta enmarañada madeja de hilos envolventes? Una mirada, acaso superficial, puede ver solo actitudes reaccionarias o inmovilistas, que llegaban hasta practicar un verdadero contrabando ideológico, bautizando con el rutilante nombre de códigos a

²³² AGI, México, 1938.

²³³ LADRÓN DE GUEVARA, BALTASAR, 144 y 147.

²³⁴ Libro de los acuerdos, fs. 138 (AGI, Indiferente general, 1653).

²³⁵ CORTINES Y ANDRADE, 1.

²³⁶ FORNER, *Oración*, 91.

cuerpos legislativos anacrónicos. De esta manera, se resistía a la innovación, engañando a los incautos. Sin descartar que esta estrategia estuviese agazapada en algunas mentes, no me parece posible dar esta hipótesis como explicación generalizada. Más bien, me inclino a apreciar en estos testimonios —de variada procedencia— la presencia de una doble actitud, de estimación a la tradición y de aceptación moderada de la idea sistemática. Adviértase que la mayoría de los ejemplos están extraídos de escritos que aspiraban a mejorar el estado de la legislación o facilitar su conocimiento. La estimación que despertaban ciertos cuerpos legales estaba seguramente estimulada por la creencia de que el destierro de los otros modos de creación jurídica iba a permitir que la ley real resplandeciera. Resplandeciera como el oro puro, al desaparecer la confusión y oscuridad que habían creado aquellas otras fuentes. ¿Era una suerte de alquimia jurídica?

CAPÍTULO SÉPTIMO

LAS OBRAS JURISPRUDENCIALES

Consideraciones generales. I. *La elaboración de los autores dentro de la concepción casuista*. 1. Planteo de la cuestión. 2. La estructura de las obras jurisprudenciales. 3. El caso, como eje de la elaboración, a) El testamento en Peña Montenegro, b) Unos ejemplos solorcianos. c) El “obedecer y cumplir” en Castillo de Bobadilla. 4. Sobre el modo de razonar del jurista casuista. II. *Los perfiles sistemáticos en la elaboración de los autores*. 1. El “Arte de los contratos” de Albornoz: un avance sistemático en el siglo XVI. 2. La visión sistemática en la época de la Ilustración, a) El “Plan” de Forner. b) Las “Instituciones” de Asso y de Manuel, c) La obra de Dou y de Bassóls. d) Otros intentos metódicos. 3. La ley, nuevo eje de atracción de los autores.

Consideraciones generales

Bajo el reinado de la concepción casuista, las obras jurisprudenciales fueron un modo relevante de creación del Derecho¹. En un trabajo reciente he presentado globalmente esta fuente en el ordenamiento castellano-indiano, llegando a

¹ Sobre esto, véase como planteo general LOMBARDI, *Saggio*. En su enfoque histórico no aborda de modo específico los siglos XVI a XVIII.

determinar que la doctrina de los autores constituía un verdadero depósito del saber jurídico, en donde los letrados encontraban apoyo para la decisión de los casos. Aún más, no es aventurado asignarle una función directiva de las distintas fuentes², pero es preciso puntualizar que no concurría solitariamente a la creación jurídica, sino en convergencia con las demás. La ley solía pasar bajo la noticia o interpretación de los autores; y la costumbre bajo la conducción del legislador o del doctor, quienes a veces la creaban y trasmitían. A su vez, las opiniones de los jurisconsultos eran emitidas en base a un sólido entramado de elementos provenientes de distintas fuentes, y no como juicio abstracto o meramente original. Resulta así inaplicable la tipología dogmático-jurídica interesada en separar y jerarquizar dichas fuentes, ya que todas éstas concurrían, de modo inescindible, en la realización del Derecho.

Esa actividad creadora reconocida a la jurisprudencia o doctrina de los autores se materializaba por dos vías principales:

a) las *opiniones de los autores*, que en sí mismas alcanzaban fuerza vinculante. Esas opiniones solían ser el resultado de un conjunto de razones y argumentos, leyes y costumbres, decisiones y otras opiniones, ejemplos y reglas, etc.;

b) la *obra jurisprudencial* en su conjunto, cuando alcanzando prestigio sobresaliente, gozaba de *auctoritas*. Se recurría directamente a ella para resolver situaciones planteadas de la misma manera que se lo hacía con los cuerpos legales. Aparece como depositaria del saber y fijadora de la jurisprudencia.

La vigencia de las opiniones de los autores fue un fenómeno extendido a todos los ámbitos del saber problemático. Filósofos, teólogos, moralistas, políticos y juristas se servían frecuentemente de las mismas para elaborar sus argumentaciones. Dicha vigencia reposaba en la *auctoritas* que se atribuía a determinados doctores y obras. Es más, se

² TAU ANZOÁTEGUI, "La doctrina de los autores", 351-408.

consideraba a la opinión como elemento necesario en el tratamiento de toda cuestión controvertida. En la denominada *communis opinio doctorum* encontramos la cúspide de este modo de creación del Derecho³.

La doctrina de los autores, en la doble vertiente señalada fue una fuente jurídica básica en Castilla e Indias durante los siglos XVI a XVIII, aunque su fuerza efectiva variase según las áreas y materias. Una diferencia en tal sentido se percibe a primera vista en las Indias. En los asuntos de gobierno se invocaba con más fuerza el poder de las leyes; en cambio, en los negocios de justicia, los libros jurisprudenciales gozaban de predominio indiscutible. Pero la presencia de los autores en aquéllos y de las leyes en estos últimos hace observar con cautela dicha distinción.

Durante las centurias comprendidas en nuestro estudio, la ley —como instrumento del poder estatal— representó el elemento creativo en alza. La jurisprudencia, a su vez, experimentó un lento proceso de declinación, que hizo crisis al finalizar ese largo período. Ya en el siglo XV empezaron a surgir los factores que estimularon dicho proceso. Una fuerte, y al fin demoledora, corriente crítica, lo acompañó.

La opinión y el argumento de autoridad encontraron sus primeros impugnadores en la época del Humanismo. El ataque se acentuó con el racionalismo. Bajo la Ilustración habían perdido la fuerza intelectual antes ostentada, sin desaparecer en la práctica su invocación. El argumento de razón empezó a reemplazar al de autoridad. La sátira y la crítica racional se encargaron de descubrir una erudición abarrotada de citas postizas y autores no leídos, a la que había conducido el uso abusivo del argumento de autoridad. Bajo el escarpelo crítico y el avance de la concepción sistemática, la jurisprudencia de los autores quedó relegada en la creación jurídica. Situación ésta que desde entonces padece.

Más allá de estas apreciaciones que hoy podemos hacer desde un punto de observación histórico, leyes y autores

³ LOMBARDI, 164 ss.

eran mencionados y utilizados como principales apoyos al momento de buscar la solución jurídica a los casos planteados. Esto ocurrió aun en los tormentosos tiempos de la “crítica antijurisprudencial” del siglo XVIII.

Por este motivo resulta necesario volver a plantear ante esta principal fuente creativa, los interrogantes centrales que acompañan nuestra investigación. Es decir, verificar a través del objeto, estructura y método de las obras jurisprudenciales hasta qué punto respondían a las exigencias de un saber problemático. Asimismo, constatar en qué medida dichas obras atendían a las noticias o conocimientos apetecidos por el jurista casuista, cómo presentaban la argumentación de las soluciones alternativas para un caso, hasta dónde estimulaban la reflexión jurídica. También es preciso dar espacio a dos aspectos sustanciales: la paulatina incorporación de elementos sistemáticos en la estructura de esas obras; y la transformación producida al crecer la pretensión hegemónica de la ley. Desde luego me resigno a insinuar algunas pistas y descubrir nuevos ángulos de observación, sin pretender poner en su punto tan compleja y extensa materia, que requiere de otras indagaciones ajenas a este ceñido objetivo.

He creído conveniente, además, exponer algunas ideas y comprobaciones acerca del modo de razonar del jurista casuista. Aunque sólo se trata de un esbozo, estimo que ayudará a comprender cómo se elaboraba y se utilizaba la obra jurisprudencial. El tema no es en sí exclusivo de este capítulo, pero al fin me he resuelto a ubicarlo aquí por considerarlo más pertinente.

I. LA ELABORACION DE LOS AUTORES DENTRO DE LA CONCEPCION CASUISTA

1. Planteo de la cuestión

Unas páginas del profesor Michel Villey —que conservan el estilo atractivo de la disertación— pueden introdu-

cirnos mejor en una cuestión que exige aproximaciones, antes de entrar —si es posible— en su meollo. En dichas páginas encuentro algunas ideas sustanciales que me permito recoger con cierta libertad⁴.

Parte Villey de la existencia de dos concepciones distintas del Derecho. Una, la actual, nacida con el “mundo moderno”, hija de Descartes, de Kant, de Grocio, de Hobbes, de Savigny: el Derecho está formado por un conjunto de normas, mediante las cuales el espíritu humano ordena los hechos de la naturaleza. La solución jurídica se obtiene por un procedimiento deductivo. Otra es la concepción de la “época clásica”, es decir, Grecia, Roma y el Medioevo culto. El Derecho era la solución justa y concreta buscada para atender a cada caso. Naturalmente existían un variado conjunto de normas, pero el Derecho no aparecía identificado con las mismas. Esta concepción llevaba a la utilización de otro método, por el cual las normas se elegían conforme a la naturaleza del caso o situación a resolver, luego de una controversia, en la que se practicaban variadas operaciones —entre ellas también la deducción—. Pero, puntualiza Villey, la solución nacía no de la norma o normas sino de la naturaleza del caso.

Este esquema de Villey, como todo esquema, peca de reduccionista. En el mismo no cabe la riqueza de más de veinte siglos de vida jurídica. Por otra parte, bien sabemos que las ideas, teorías, y técnicas de un período no son exclusivas del mismo. Aun así, con todas las reservas que se quiera, este esquema es útil para orientarnos hacia el presupuesto básico desde el cual partía la elaboración jurisprudencial.

Una primera dificultad es determinar cuál de las concepciones corresponde aplicar a nuestro tiempo histórico. Otra es el alcance que cabe dar a la abrupta separación conceptual entre ambas. Precisamente durante los siglos XVI a XVIII, el Derecho vivía una etapa de tránsito entre

⁴ VILLEY, “El método”, 63 ss.

una y otra. Durante ese período estaba subyacente la “clásica”, que venía consolidada del medievo. Pero también se advierten signos crecientes de infiltración de la concepción “moderna”. Esta nueva orientación no es solo hija de unos célebres pensadores —como los mencionados por Villey— sino producto de un proceso de cambio dado en estratos más profundos. Ambas concepciones, en fin, no se sucedieron repentinamente. Aparecen sobrepuestas, como las tejas, según hemos podido comprobarlo reiteradamente en este libro.

Esto permite admitir que la elaboración jurisprudencial atendía a una concepción del Derecho en la cual se concedía preferencia a los problemas individuales, a los casos concretos y no a la construcción de un sistema normativo⁵. Junto a ella anunciaba sus primeros pasos la nueva concepción. Es decir, se daba una situación peculiar en la jurisprudencia, con sólidas bases provenientes del medievo pero con injertos más modernos, que activamente fueron transformándola hasta llegar a plasmar en otra concepción del Derecho.

Un Derecho concebido conforme a la naturaleza de los casos en el cual “el juzgar y abogar se hacen distinguiendo, infiriendo, raciocinando y eligiendo” —tal como decía Huarte de San Juan en pleno siglo XVI⁶— exigía un método y unas técnicas de argumentación distintos a los hoy dominantes en la esfera jurídica. Las mismas desaparecieron en gran parte del quehacer del jurista al producirse el cambio de concepción. Durante la presente centuria han empezado a ser rescatadas principalmente por la labor de los romanistas —con relación a la Roma clásica— y también por otros juristas empeñados en presentar nuevos modelos para sustituir a las técnicas de la Dogmática, hoy en crisis. Ejemplo de ello es el interesante aporte del belga Ch. Perelman⁷. Aunque recurre a la historia, su interés se centra en

⁵ COING, *Historia*, 31, con referencia a la medieval.

⁶ HUARTE DE SAN JUAN, 462.

⁷ Entre otros, puede verse *La lógica jurídica...*

rescatar aquellas técnicas e insertarlas en el actual universo jurídico. Esto no garantiza la fidelidad histórica de sus indagaciones, dado que sus aportes se fundan en textos teóricos antiguos y medievales y no en un examen empírico de las obras jurisprudenciales. Sin embargo, el rescate de aquellas técnicas ofrece un material de utilidad para el historiador.

La ausencia de una sólida base monográfica en los estudios histórico-jurídicos sobre la jurisprudencia castellano-indiana, impide su caracterización y más aún conocer su proceso transformador en los tiempos modernos. Como punto referencial pueden resultar útiles algunas indagaciones practicadas sobre la jurisprudencia bajomedieval, por la proyección que tuvo ésta en los siglos siguientes⁸.

Francisco Carpintero, luego de un examen empírico de dicha jurisprudencia, llega a la conclusión de que la cuestión no puede tener un tratamiento unitario, dada la existencia de distintos estilos literario-jurídicos, con presencia o influjo de diferentes técnicas, con utilización de variados recursos lógicos y sobre todo con el desenvolvimiento de una “libertad argumentativa”. Esto conduce necesariamente al empleo de la vía empírica para descubrir las distintas técnicas de los juristas, sin confiar en una aplicación generalizada y literal de lo desenvuelto en libros coetáneos de lógica, filosofía y teología⁹. No hay que descartar tampoco la falta de una preocupación metodológica en muchas de esas obras jurisprudenciales, lo que se explica dada la ausencia de una teoría capaz de englobar esa experiencia jurídica.

En estas páginas he reunido algunos ejemplos significativos, extraídos de autores y obras principales, para mostrar la atracción que el caso ejercía en la concepción, estructura y elaboración de dichas obras, marcando los matices, la

⁸ Dice CLAVERO que durante los siglos XVI y XVII se mantuvo la difusión de las obras de los autores clásicos bajomedievales, sobre todo de los escritos más prácticos, como los *consilia* (Temas, 122).

⁹ CARPINTERO, “El Derecho Natural”, 216-234 y 269-271.

presencia de distintas técnicas y los aprestos hacia una ordenación “más metódica”.

La jurisprudencia casuista, en su elaboración, se muestra segura en el planteo de las cuestiones, abundante en las noticias, normas y opiniones ofrecidas, pero cautelosa en la decisión. Es consciente de la dificultad o imposibilidad de ofrecer soluciones universales. Esto todavía era más evidente en una realidad tan compleja como la indiana, donde —dice Rípodas Ardanaz— “solía resultar fácil dar con razones aptas para defender criterios opuestos respecto a no pocos asuntos”¹⁰.

Un ejemplo, que ya he tratado en otra ocasión¹¹, sirve para avalar este juicio. Se trata de las ideas expuestas por Antonio de León al proyectar su *Política de las grandezas*, primer intento de escribir una obra de conjunto sobre el gobierno indiano. A fin de facilitar “la ración política”, León establecía como puntos capitales el entendimiento de los negocios, la proposición de dificultades, la descripción de los lugares, la noticia de las leyes y recopilación de las Historias. El autor pretendía ofrecer elementos para la reflexión o discusión, y no preceptos rígidos. En este punto afirmaba: “Si la variedad de las circunstancias hacen tal vez vacilar la resolución, el que está firme en la verdad, y entiende los fundamentos, fácilmente sale de la dificultad: como, al contrario, el que inadvertido de las causas las juzga a *posteriori* por los efectos, se deja vencer de apariencias muy accidentales, por faltarle los medios para penetrarlas”. Esta búsqueda y enriquecimiento de los fundamentos es el objeto que persiguen los libros, las Historias y las Artes, en donde “si no hallamos decidido el caso que buscamos” nos ofrecen, en cambio, “fundamentos científicos, ejemplos históricos y preceptos políticos con que discurrir, hasta calificar y resolver”. Se trataba, pues, de cultivar una mentalidad abierta para que las soluciones se dieran conforme a

¹⁰ RÍPODAS ARDANAZ, *El matrimonio*, 334.

¹¹ LEÓN, *Política*, advertencia preliminar, 512-513.

la naturaleza de los casos, sin sujeción anticipada a una norma rígida. Para que esas soluciones tuviesen una base sólida era preciso desenvolver con extensión los elementos diversos que le sirvieran de sustentación. Esto era a lo que apuntaba León en una página que considero bien representativa del sentir casuista.

Es bueno recordar que este escrito fue redactado cuando no había en el Derecho indiano, ni en la legislación, ni en la doctrina, obras abarcadoras. Este testimonio se enaltece, en fin, si tenemos en cuenta que en aquel momento León estaba empeñado en la revisión minuciosa de los libros-registros del Consejo, con vistas a la futura Recopilación.

2. La estructura de las obras jurisprudenciales

Según vimos, era conocida en la época una relevante ordenación de la materia de carácter sistemático —personas, cosas y acciones—, plasmada en las Instituciones de Justiniano. Ya comprobamos que esa ordenación tripartita no despertó el interés de los legisladores, que prefirieron en cambio la proveniente de otros modelos, en donde se seguía un orden de materias concretas, sin pretensiones conceptualizantes. En suma, un buen orden externo y nada más. Lo mismo ocurrió, *mutatis mutandis*, en el nivel que ahora nos ocupa. Tampoco aquel orden sistemático atrajo a los autores de obras jurisprudenciales. Esta despreocupación llevaba a que, a veces, la estructura de la obra apareciera desbordada por la abundancia del material.

Al atender solo al orden externo y no tratar de establecer una conexión interna de la materia se genera —como en los mismos cuerpos legislativos— el desconcierto del jurista con mentalidad sistemática, quien, con ligereza, califica a esos cuerpos y libros como “desordenados”. En efecto, están fuera del orden sistemático moderno, pero se englobaban en otro orden, dado por la tradición de la jurisprudencia casuista. Este orden no respondía a un modelo único,

pero básicamente atendía a la materia tratada, tal como se manifestaba en la vida jurídica, con cierta despreocupación por lo formal.

Empezaré la exposición de textos comprobatorios con dos proyectos de obras, de los cuales solo conocemos la estructura. Posiblemente quedaron en eso. Aunque pueden tener las características aún inciertas de un esbozo, ambos fueron impresos, lo que denota un estado de madurez dentro de esa fase de elaboración. Por esto mismo ofrecen particular interés.

El primero de esos textos es la ya recordada *Política de las Grandezas y Gobierno del Supremo y Real Consejo de las Indias* proyectada por Antonio de León en 1624-1625¹². Según se decía, el “centro y basa de toda esta obra” era el Consejo de Indias, siendo su objetivo instruir a sus ministros sobre el universo que caía bajo su gobierno. Las Indias eran así vistas a través de la lente del máximo órgano gubernativo.

La división principal en dos partes se hacía distinguiendo las materias seculares de las eclesiásticas. La primera constaba de cuatro libros. El primero trataba acerca del Consejo de Indias, dando cuenta de sus orígenes, estructura burocrática, funcionamiento y vinculaciones con otros Consejos de la Monarquía. El segundo se ocuparía de la Casa de Contratación, consulado, navegación y comercio de las Indias, tráfico de esclavos y beneficio del tabaco, grana, cochinilla y añil. El tercero contendría una amplia información sobre el territorio donde se ejercía el gobierno. Se trataba de una extensa descripción hidrográfica, geográfica y política de las Indias, con indicación de las provincias, ciudades y villas. La información sobre la organización política parecía variada y precisa. Algunos oficios, ciudades y materias eran objeto de concreta atención, pero siempre tratados de modo particular.

El libro cuarto, tal como lo decía León, era “una miscelánea de varias materias”, agrupadas sin preocupación or-

¹² Ídem, 509 ss.

denadora. Así en sus veintiséis capítulos aparecían asuntos tan variados como los descubrimientos y poblaciones; los servicios prestados por los súbditos; los repartimientos y encomiendas; el gobierno y tratamiento de los indios; la labranza de las minas; las casas de moneda; la obtención de perlas; la provisión, venta y renunciación de los oficios; las mercedes, hidalguías, armas y otros privilegios; los motines, delitos y penas; la organización de la hacienda y los derechos que se percibían; las mercaderías que estaba prohibido llevar y traer; y los avisos, cartas y pliegos. Eran asuntos sustanciales que el ministro debía conocer.

La parte dedicada a materia eclesiástica no presentaba la misma solidez. Mientras León iba conociendo los asuntos de gobierno secular en la prolija revisión de los libros-registros que por entonces realizaba, en cambio, no había hasta ese momento desplegado sus indagaciones en materia eclesiástica. Dentro de una enumeración de libros y capítulos, limitada casi siempre al título, se advierte también en esta parte análogas características de concreción a lo particular y la inclusión asimismo de un libro miscelánico.

Es evidente que León no buscaba un orden conceptual abarcador, sino que se atenia a las materias concretas y palpables que constituían el gobierno de las Indias. Su diseño partía desde un puesto de observación preciso: el de un ministro del Consejo de Indias, y desde allí extendía la mirada a todo el horizonte gubernativo. Este enfoque concreto de las cosas es el que distingue al tipo jurisprudencial casuista del esquema racional sistemático.

Otro proyecto. Es una obra de la cual solo conocemos la impresa “Tabla y aparato” de materias. Bajo el atractivo título de *Espejo de virreyes del Perú*, corresponde a mediados del XVII o algo más tarde. Su autor, hasta ahora desconocido, debió de ser uno de los destacados juristas que actuaron en la Lima virreinal de ese tiempo¹³.

¹³ El impreso consultado en RAH, Jesuitas CLVI, fs. 12-15. HANKE parece atribuir esta obra a Juan Luis López (*Guía*, I, 24).

La obra se proyectaba en diez tratados. El punto de partida que servía para elaborar el plan y desplegar la materia eran los títulos de virrey, gobernador, presidente de la audiencia y capitán general. Al ocuparse del virrey se abordaba lo relativo a la representación real que investía, el modo, uso y templanza con que debía ejercer este poder, la antigüedad del cargo en el Perú y quiénes lo habían desempeñado, su jurisdicción, el salario que le correspondía, las prerrogativas y honores que le eran propios, las instrucciones a las cuales debía atenerse, etc. No faltaban, por cierto, referencias al ceremonial y a su entrada y recibimiento en la sede virreinal.

De modo análogo se pretendía desarrollar lo tocante a los demás títulos, tratando los asuntos con una orientación práctica que lo llevaba a enmarcar en su diseño las más variadas cuestiones que solían formar parte de la actividad gubernativa. Al ocuparse del gobernador curiosa división tripartita, distinguiendo en materia de gobierno el espiritual y eclesiástico, el temporal y el patrimonial, este último referido a la real hacienda. El noveno tratado se ocupaba de la residencia del virrey, y el último de “los decretos del despacho ordinario”. No era —como acaso pueda suponerse— una obra meramente instrumental, ya que se insertaban, entre otras, reflexiones sobre “las costumbres y propiedades” que debían adornar al virrey, acerca de la conveniencia de que fuese corto o prolongado el tiempo del gobierno, o sobre los fundamentos que había en pro o en contra del juicio de residencia al virrey.

Se puede apreciar en este esbozo un adecuado orden externo, de naturaleza empírica, que partía de los títulos que se le entregaban al virrey y se desenvolvía en base a la observación directa que se podía adquirir en la propia Lima. Como en el diseño de León, se trataba de un orden basado en la materia concreta, enfocada desde la perspectiva de uno de los principales oficios indianos.

Esta misma impresión se robustece cuando examinamos

las obras jurisprudenciales más representativas del Derecho castellano-indiano. Brevemente señalaré los trazos maestros de las de Solórzano, Castillo de Bobadilla y Hevia Bolaños.

La *Política indiana* era, como es sabido, una obra de conjunto, que trataba de abarcar todos los asuntos peculiares del Derecho y gobierno de las Indias. Dedicaba Solórzano el libro primero a dar noticias sobre el descubrimiento y a examinar los títulos de adquisición. El segundo se ocupaba de la libertad, estado y condiciones de los indios, en donde se contenían los problemas de la inserción del aborigen en la nueva sociedad. El libro tercero abordaba con exclusividad el asunto central de esas relaciones: la encomienda de los indígenas. El cuarto estaba dedicado a las cosas eclesiásticas y al real Patronato. El quinto al gobierno secular, empezando con los cabildos y alcaldes ordinarios y concluyendo en el escalón jerárquico superior, el Consejo de Indias. El sexto y último estaba consagrado a la Real Hacienda, a sus oficios, rentas y administración. Según se advierte, el orden dado por Solórzano era externo, de materias, sin pretender establecer distinciones conceptuales y abstractas. Esto es sugestivo si tenemos en cuenta que se vanagloriaba de haber escrito la obra con “el método, claridad y lenguaje que por ella parecerá¹⁴.

La *Política* de Castillo de Bobadilla —dice Benjamín González Alonso— “no es, como algunos han aventurado, un libro desordenado; es una obra rigurosamente organizada; posee un plan preestablecido” con “otro orden distinto del nuestro, del que introdujo el cartesianismo...”¹⁵. La estructura es sencilla y coherente. El libro primero estaba dedicado a delinear la figura del corregidor en sí: su origen, elección, calidades que debía reunir, duración del oficio y calidades de los tenientes. El segundo mostraba al corregidor en sus funciones de gobierno y justicia: cómo debía actuar, a qué normas atender, cuáles eran los problemas jurisdiccionales, etc. El

¹⁴ SOLÓRZANO, *Política indiana*, portada.

¹⁵ GONZÁLEZ ALONSO, 115.

libro tercero trataba de las principales materias de gobierno y de los ayuntamientos. El cuarto abordaba la función del corregidor tocante a la guerra en fronteras y puertos. El quinto sobre las residencias, tanto en darlas como en tomarlas.

Nuevamente aquí se ofrece, igual que en otras obras, el despliegue en torno a determinado oficio. Claro está, con una abundancia informativa y material de reflexión tan excepcional que la convirtió en guía básica para letrados y ministros en todo el mundo hispano.

Era también muy concreto el plan de la *Curia filipica*, obra difundidísima a partir de su primera impresión en 1603. Hevia Bolaños la concebía en cinco partes: juicio civil, juicio ejecutivo, juicio criminal, residencias y segunda instancia. Carecía de una pretensión de sistematización teórica, pero cumplía con el objetivo de ordenar y clasificar la materia que trata. El buen plan, el método claro, el estilo directo y la atención a las cuestiones prácticas del proceso le dieron autoridad innegable durante varias centurias. Cuando en 1736 Domínguez Vicente ilustra y continuaba esta obra se limitaba a seguir el mismo método con esta advertencia: “En el método no hallará novedad el lector, ni sería razón alterarlo, porque es el mismo que con tanta madurez y reflexión siguió el Autor...”¹⁶. Se trataba fundamentalmente del orden del proceso, en cada uno de los tipos enunciados.

No se agotan con estos textos las líneas o matices que pueden presentarse en cuanto a la estructura de las obras jurisprudenciales. Quedarían por ver otros géneros literario-jurídicos, como los estudios críticos o programáticos, o los difundidos diccionarios. En los mismos también encontraríamos que la atención central se colocaba en la materia concreta.

Este somero examen del “esqueleto” de la obra jurisprudencial casuista —que mantuvo su hegemonía en el siglo XVIII— ayuda a descubrir la mentalidad dominante, reflejada en dos caras: la del autor y la de quien se servía de la

¹⁶ DOMÍNGUEZ VICENTE, dedicatoria.

misma. Observamos que el diseño partía de lo concreto, inclusive corporizado en un oficio, como ministro del Consejo, virrey o corregidor. El despliegue se hacía conforme a un orden externo de materias, sin una acuciante preocupación conceptual. Sin embargo, no significa la ausencia total de estímulos de este tipo. Huellas de ello es posible descubrir en las tres obras citadas, acaso más particularmente en la de Solórzano. Pero dichos rasgos —de proyecciones sistemáticas— aparecían subordinados al orden de materias expuesto, colocados a su servicio para una mejor presentación y no como elementos directivos de la propia elaboración.

3. El caso, como eje de la elaboración

La óptica casuista que veía la realización del Derecho a través del caso se reflejaba en la labor de los autores, ya fuesen civilistas o canonistas. También en los moralistas y, en otro orden, en los escritores políticos. La ordenación de la sociedad y de la conducta del hombre no estaban sujetas a unas reglas rígidas y evidentes, como las de las matemáticas, sino a principios o razones controvertibles que admitían variada solución o aplicación según cada circunstancia.

Estos autores operaban sobre el caso con una técnica peculiar que será preciso ir descubriendo, ya que hoy poco sabemos al respecto. Para reconstruir esta imagen es más conveniente partir del jurista romano o del medieval que del actual. Pero aún así es preciso configurar el tipo de jurista castellano-indiano de los tiempos modernos.

Los autores de entonces no seguían, sin más, los principales modelos de la lógica, de la dialéctica o de la retórica, entonces divulgados, y revalorizados hoy por un sector innovador de la ciencia jurídica. Se atisba que en la elaboración doctrinal aplicaban una lógica muy particular, se valían de la intuición como comprensión inmediata del caso, eran reacios a la generalización y teorización y utilizaban en

la argumentación los apoyos más variados. Leyes, costumbres, opiniones prácticas o estilos judiciales, textos bíblicos, reglas, ejemplos, aforismos, máximas, etc., constituían ese abigarrado conjunto de elementos que enriquecían su razonamiento. La atención hacia el caso prevalecía sobre las conexiones internas de los conceptos jurídicos, como lo ha puesto de relieve Tomás y Valiente ejemplificando sobre la conocida obra de Antonio Gómez¹⁷. Es más, la consideración de las circunstancias del caso podía llevar al jurista hasta a apartarse de la solución especulativa que el mismo prefería, como por ejemplo lo hizo Diego Ladrón de Guevara en determinada ocasión¹⁸.

Si bien toda la jurisprudencia mostraba esa tendencia, por momentos había sectores donde esa atención al caso parecía acentuarse. Así ocurría con las materias de gobierno indiano. Páginas atrás recordaba cómo Antonio de León ponía el acento en que se conocieran los fundamentos para que se pudiesen resolver acertadamente los casos. De igual manera, en la *Política indiana* de Solórzano se advierte la constante atención hacia el caso.

Dentro de esta elaboración había también una fina construcción intelectual, en la que se insertaban ingredientes racionales y sistemáticos, que explican un lento pero seguro tránsito hacia la nueva concepción. Ciertas nociones —como buena fe, equidad, justicia, leyes, utilidad pública y otras— eran manejadas con alguna elasticidad, sin que perdieran sus notas esenciales.

Esta atención al caso era rasgo común a otras áreas del saber, en donde las soluciones no devenían tampoco de principios evidentes. Se ponía de manifiesto en la difundida

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal*, 125-126.

¹⁸ Se trata del caso de una hija del conde de la Monclova, que había entrado en religión en Lima y no en España como pretendía su madre, quien exigía el cumplimiento del juramento prestado por su hija. LADRÓN DE GUEVARA sostenía una solución teórica que se acercaba a la posición de la madre, pero al fin aceptaba un criterio práctico ante el hecho de que la hija se hallaba ya en el convento limeño (*Disertación*).

literatura emblemática del siglo XVII¹⁹ y, sobre todo, en la nutrida colección de casos morales y canónicos, que alcanzaron especial despliegue ante las novedosas cuestiones planteadas en las Indias. Quienes formaban esas colecciones, para ofrecerlas a juristas, moralistas y confesores, solían afirmar, de una parte, la utilidad orientadora de esas soluciones y de otra, prevenir la dificultad que implicaba adecuarse a los casos o al gusto del lector. También se dejaba a salvo la posibilidad de que ciertas doctrinas aparecieran encontradas en los diferentes casos, dado que éstos estaban resueltos conforme a las personas que habían efectuado la consulta y no para guardar una estricta fidelidad doctrinaria²⁰. Esto mismo se reflejaba en la presentación que, de una de esas obras, hacía fray Casimiro Díaz. Agregaba que su norte era “la mayor probabilidad”, y que su atención estaba donde encontraba “mayor fundamento de razón.”²¹.

Al decir que la elaboración se desplegaba en torno al caso, cabe apuntar que no se trata de una simple relación de situaciones concretas apreciables siempre a primera vista. Es mucho más. Consiste en que el espíritu del autor aparecía dominado por la idea de que el Derecho se realizaba precisamente en la resolución de los casos. Así se exponían las diversas opiniones, se formulaban apreciaciones, pero sin el rigor dogmático de cerrar la cuestión con una solución especulativa. Antes bien, se dejaba abierta la aplicación —en algunos asuntos esa apertura era mayor que en otros— a las circunstancias del caso, personas y tiempo.

La atención del jurista casuista —según dice Alejandro Guzmán— está en el caso, y si la clasificación y división no tiene aplicación en la solución que busca, carece de interés para él. De cualquier manera esa operación queda limitada a su utilidad para el caso, sin preocupación por hacer una

¹⁹ Sobre esto, MARAVALL, *La teoría*, 32-33.

²⁰ TORRECILLA, *Consultas*, I, Prólogo.

²¹ DÍAZ TOLEDANO, *Canónicas*. Prólogo al lector.

extensión abstracta a otros supuestos²². Precisamente para Bravo Lira, una de las características de la jurisprudencia hispana del Barroco es que los temas se abordaban de modo práctico, tópico y concreto, partiendo de problemas reales y admitiendo que el alcance de sus opiniones era limitado, sin pretensiones de validez universal²³.

El estudio de esta compleja técnica del caso en la jurisprudencia hispana de la época excede el marco de esta obra. La falta de estudios monográficos de base hace difícil avanzar en este terreno. Me limitaré, apuntando al objetivo preciso que he trazado, a mostrar algunos ejemplos significativos en donde se podrá apreciar al caso como eje de la elaboración y argumentación desplegada por los autores.

a) *El testamento en Peña Montenegro*

La primera muestra nos pone en relación con la esfera jurídico-moral. Ha sido extraída del Itinerario para párrocos de indios de Alonso de la Peña Montenegro, publicado en 1668, con reediciones y buena difusión²⁴. Me limito a una de las tantas cuestiones de esta índole que abordaba, en la cual me parece que están más nítidamente ofrecidos los efectos que aquí interesa destacar. Se trata de la duda que planteaba acerca de la validez del testamento que los indios hacían sin escribano y sin el número de testigos exigidos por Derecho. La cuestión quedaba circunscripta a los “Indios ricos” y a los pueblos apartados donde el testamento con las solemnidades jurídicas se hacía difícil. La recomendación de Peña Montenegro iba dirigida a los curas de esos pueblos, quienes, a falta de jueces, sentenciaban los pleitos de los indios. No comprendía a los “indios pobres”, pues entre ellos —decía— no se suscitaban pleitos ni discordias dados sus escasos bienes.

²² GUZMÁN, "Dialéctica", 27.

²³ BRAVO LIRA, "La literatura jurídica", 254 ss.

²⁴ *Peña Montenegro*, I, XI, II.

El autor desplegaba razones, leyes y autoridades, a través de dos opiniones en pugna, en las cuales se examinaban los efectos que producía la nulidad del testamento declarada por la falta de dichas solemnidades. Según la primera opinión, aunque en el fuero externo se hubiese declarado nulo, debían en conciencia cumplirse las mandas pías o profanas ordenadas por el testador. Por extensión se autorizaba al heredero testamentario a retener la hacienda que se le había dejado y hasta hurtarla “por vía de justicia y recompensa”; y se compelió en conciencia al heredero forzoso a restituir a quien correspondiese los bienes que el testador había establecido en sus mandas.

A esta opinión “probable” se oponía otra que no era menos, por la cual se sostenía que, ante la nulidad del testamento, debía considerarse la situación tal como si el indio hubiese muerto abintestato y los bienes pertenecieran enteramente al heredero forzoso.

Según la primera solución, el fuero interno ejercía un efecto predominante sobre el externo, mientras en la segunda, se producía el resultado inverso. Peña Montenegro no se inclinaba por ninguna opinión, dejando el escoger una u otra según fuese la ocasión. Bien vale transcribir sus palabras: “He puesto estas dos opiniones, para que el Cura siga la que más a propósito le pareciere, conforme las ocasiones que se le ofrecieren”, actuando como “jueces en ambos fueros, como Padre espiritual en lo interior, y como Justicia en lo exterior”. Y agregaba: “En los Lugares donde no hay Juez que los ponga en paz, podrá usar de estas dos opiniones como dictare la prudencia, favoreciendo con la una, o con la otra la parte más pobre y necesitada, o componiéndolos de manera que ninguno quede agraviado y se conserve la paz y quietud”.

Como se aprecia, soluciones tan dispares no eran resue-llas por el autor en el plano especulativo. Aceptadas ambas opiniones como posibles, las circunstancias de los casos determinaban la utilidad de una u otra. La aplicación no dependía del mero arbitrio del Cura, que hacía de padre

espiritual y de juez, sino que debía atender a la parte “más pobre y necesitada” y también tratar de alcanzar una solución que conservase “la paz y quietud”, sin dejar agravios. De este modo, las opiniones quedaban sometidas a unos objetivos superiores, que regían la solución de situaciones que afectaban tanto al fuero externo como a la conciencia. Lo decisivo residía aquí en las circunstancias variables de los casos y no en las mejores razones especulativas que podían alcanzarse.

b) *Unos ejemplos solorcianos*

De la *Política indiana* he extraído algunas muestras que permiten verificar nuevos enfoques de esta elaboración jurisprudencial. Cuando se examina dicha obra domina la impresión de que la textura casuista del Derecho constituye su telón de fondo. Algunos capítulos dejan, en este sentido, más afirmada la idea. La referencia a las circunstancias de cosas, personas y tiempo era usada al tratar de diversas cuestiones, que lo llevaban con frecuencia a dejar abierta la solución de los casos futuros.

La prohibición de los casamientos de virreyes, presidentes y oidores —y de sus hijos—, sin licencia real, daba lugar a un interesante desarrollo en el sentido apuntado. Frente a un expreso mandato legal —la real cédula de 10 de febrero de 1575— que servía de cabeza en la exposición, Solórzano desplegaba unas consideraciones, apoyadas en ejemplos históricos, opiniones, decisiones y casos, que le permitían ampliar, limitar y matizar esa prohibición. La templanza, la disimulación y la epiqueya aparecían como elementos moderadores. Quedaba asentada, de modo implícito, la idea de que en esta materia se imponían soluciones propias a cada situación, una vez analizadas las circunstancias y los daños e inconvenientes que podían resultar de tales matrimonios. Este criterio también parece extenderse en lo relativo a la rigurosa aplicación de las penas

previstas en dicha ley. La misma solución, aunque postulada de manera explícita, proponía Solórzano respecto al casamiento de nietos o nietas de magistrados indianos²⁵.

El tema de la provisión de las encomiendas por parte de virreyes y gobernadores da lugar a un nuevo ejemplo. Después de examinar quiénes eran y cómo debían ser atendidos los pretendientes a las mismas, sostiene Solórzano que cabía apartarse de los méritos de los opositores y de la antelación de sus cédulas cuando concurriesen determinadas circunstancias —orfandad, viudez, vejez— que obligasen a aplicar la equidad y piedad en favor de determinadas personas. En esta ocasión recordaba la enseñanza de Aristóteles y de algunos jurisconsultos en el sentido de que la equidad temple, modera y altera a veces el derecho, según lo piden los casos²⁶.

En esta misma dirección se orienta el interesante capítulo²⁷ dedicado a establecer a quiénes se podían dar las encomiendas. Solórzano empezaba por enunciar diez prohibiciones, distinguiendo en cada una lo que correspondía por “todo rigor de Derecho” y lo que se observaba en la práctica. Recurría a los símiles, como los usufructos, los beneficios eclesiásticos, los feudos, la enfiteusis y los mayorazgos, para extraer elementos de apoyo en la argumentación desplegada. No trataba de enmarcar especulativamente a las encomiendas dentro de alguno de estos institutos —como lo intentaría cualquier jurista dogmático— sino que se servía libremente de ellos para aprovechar aquello que resultaba aplicable a las situaciones que iba analizando y resolviendo. Descendía Solórzano a infinidad de excepciones, dadas por causa de liberalidad, piedad, equidad, utilidad, conveniencia, en donde asomaba el disimulo, la dispensa y la concesión graciosa del rey —y en ciertos casos de los virreyes y gobernadores. Al tratar una cuestión particular justificaba estas excepciones con palabras sugestivas

²⁵ *Política indiana*, V, IX.

²⁶ *Ídem*, III, VIII, 37.

²⁷ *Ídem*, III, VI.

que —a mi juicio— tienen un alcance extensivo a toda la materia tratada en este capítulo y aún más. Decía que “en tales materias, y en Provincias tan remotas, y donde tan fácilmente se truecan las cosas, muchas dispensaciones, y disimulaciones pide la ocurrencia, y congruencia de los negocios, y la diferencia de los tiempos, y las personas, y la prudencia consiste en la connivencia, que es, no lo querer apurar todo, ni llevarlo por el sumo rigor del derecho, haciéndonos desentendidos de sus puntos, y tolerando semejantes transgresiones algunas veces”²⁸. Quedaba así abierta una amplia gama de posibilidades para atender a las diversas situaciones que se presentaban.

En cambio, otro capítulo próximo²⁹, en donde abordaba lo relativo a las pensiones que se cargaban sobre las encomiendas, utilizando los mismos símiles, parecía escapar a este tipo de soluciones abiertas aunque, eso sí, se afirmaba el criterio de subordinación de la especulación a la praxis³⁰.

Hay aún otras variantes. Al ocuparse del servicio de las minas y del beneficio de sus metales, Solórzano planteaba la licitud de repartir forzosamente a los indios. Un capítulo estaba dedicado a recoger las razones y fundamentos que se daban en sentido afirmativo, y otro a dar los de la negativa. Se trataba, como decía, de una materia trabajosa y oscura “por las opiniones y cédulas reales tan encontradas, que en ella hallo y las graves razones, y fundamentos con que suele y puede apoyarse cualquiera de ellas”³¹. Solórzano se mostraba satisfecho con haber expuesto ambas opiniones, pues —decía— la “última y afinada resolución pende y procederá de juicio superior y más acertado”³². No obstante, dedicaba un tercer capítulo a dar su opinión contraria al sistema vigente de beneficiar las minas, proponiendo que se

²⁸ Ídem, III, VI, 67.

²⁹ Ídem, III, IV.

³⁰ Conforme, FRANCISCO J. AYALA, 184.

³¹ *Política indiana*, II, XV, 1.

³² Ídem, II, XVII, 1.

hiciera con esclavos y reos, y también con indios, españoles y mestizos voluntarios.

Vemos desplegar la misma técnica cuando trataba de establecer si los aborígenes debían pagar o no diezmos. Luego de exponer las dos opiniones contrarias, se inclinaba a admitir, mientras “no se toma por el Consejo la última resolución”, la forma entonces observada de que “los diezmos de los indios anden incluso, mezclados y tasados con sus tributos”³³.

El planteo de estas dos cuestiones generales —se podrían agregar otras, entre las cuales cabe no olvidar la relativa a la perpetuidad de las encomiendas— se distinguía de las anteriores en cuanto su determinación no podía quedar librada a la resolución de cada situación, sino que exigían una decisión general. Pero igualmente se operaba con la técnica propia del casuismo, ya que la solución se desprendía del pensar problemático: diversidad de opiniones, controversia, atención a las circunstancias de las cosas, personas, lugar, tiempo.

En fin, en la *Política indiana* es dable observar de modo constante esa idea central que dominaba la jurisprudencia casuista: el Derecho no se creaba especulativamente y por tanto no cabía establecer soluciones rígidas para aplicar sin miramientos a los casos que ocurriesen. La búsqueda de definiciones, categorías y símiles se hacía en relación a las cuestiones concretas y no con propósito abarcador. La presentación de argumentaciones variadas, de opiniones contrapuestas y de plurales fuentes jurídicas contribuía al conocimiento y reflexión del jurista o del ministro que enfrentaba los casos reales. Las opiniones que se ofrecían estaban destinadas a acercar —no a imponer— soluciones. En ocasiones, la indecisión o irresolución ante dictámenes contrarios marcaba una postura prudente ante la variedad de los casos de aplicación. La misma actitud se ponía de relieve cuando Solórzano se abstenía de dar la solución, bajo el

³³ Ídem, II, XXII, 45

pretexto de que estaba pendiente de decisión del Consejo, sabiendo tal vez que ésta no iba a producirse en corto lapso.

c) *El “obedecer y cumplir” en Castillo de Bobadilla*

Tomás y Valiente ha examinado el casuismo en la *Política para corregidores* de Castillo de Bobadilla, destacando algunas de las técnicas utilizadas³⁴. Una de las más frecuentes era la de presentar una regla general para luego ofrecer un conjunto de excepciones —“limitaciones” o “falencias”— o ampliaciones. Aparecía así una contraposición entre reglas generales y casos singulares. También empleaba la técnica de exposición en torno a una cuestión, dando los fundamentos y razones de dos opiniones contrarias, no titubeando a veces en ofrecer su propia resolución³⁵.

De los muchos ejemplos a los cuales podemos acudir, escojo uno del primer tipo. Se trata de la cuestión acerca de la obediencia y cumplimiento de los mandatos reales, que tendría tan extendido desenvolvimiento en el Derecho indiano³⁶. La regla era que el corregidor debía “obedecer y cumplir todas las cédulas, cartas y provisiones reales que le fuesen enviadas”, aun siendo —según su entender— contrarias a la utilidad pública y a la justicia civil —salvo que fuesen contra la ley de Dios y la natural—, pues “no hay cosa más peligrosa, ni de mayor daño, que la desobediencia y desprecio del súbdito para con su Príncipe”. Sostenía, a mayor abundamiento, que “la inobediencia a los Reyes es crimen gravísimo que las leyes y los autores llaman de sacrilegio”. De tal modo, advertía al corregidor que se mostrase “muy obediente a las Provisiones y Mandatos Reales, sin aguardar segunda, tercera, ni cuarta carta o ju-

³⁴ TOMÁS Y VALIENTE, “Castillo de Bobadilla”, 197-199.

³⁵ Como la que planteaba acerca de si el corregidor podía, sin causa o con ella, revocar el poder a su teniente, sin consulta del Consejo (*Política*, I, XVI, 1-49).

³⁶ Ídem, II, X, 59-78.

sión...” y que dirigiera a los súbditos por la misma senda de la obediencia.

Sin embargo, esta regla de obedecer y cumplir los mandatos reales era entendida y limitada por varias excepciones. Así si se mandase algo contra la conciencia, la fe o la Iglesia, la ley natural, “notorias leyes y Derecho”, y fueros. Extendía también la limitación a aquellos mandatos que carecieran de causa y fundamento, siendo contra Derecho y también a los que el rey expidiese por “algún enojo, sevicia o pasión, sin orden e inadvertidamente mandase quitar la vida a alguno...”.

Después de enunciar estas seis limitaciones al principio general, el autor sostenía que “en Derecho hay muchos casos, en los cuales se ha de sobreseer la ejecución de la sentencia, o Provisión, o Cédula o mandato Real y del Pontífice”. Agregaba que “en estos casos y en otros, donde le constare al Corregidor de la injusticia o falsedad, o contradicción de los mandatos, Cédulas y Provisiones Reales, quieren las leyes civiles y reales, y los sacros cánones, que los jueces supliquen de ellas, e informen al Rey, y a su Consejo, o Tribunales donde emanaron, de lo que convenga, para que mejor informados provean recta e irreprochable justicia, y aguarden segunda justificación; pues es cosa cierta que la verdad controvertida, y de una y otra parte examinada resplandece más”. Castillo de Bobadilla agregaba aún este sugestivo juicio: “no se dice contravenir a los mandatos reales, o pontificales, el que por honra, o utilidad del Príncipe, o de la República, o de la justicia de las partes, deja de cumplirlos, ni el que los cumple en otra forma de como se le manda”.

De este interesante asunto del obedecer y cumplir las leyes, cabe aquí sólo puntualizar el tratamiento dado bajo el telón de fondo casuista. Según se puede advertir estamos en presencia de un despliegue literario que conducía a la estimación de las situaciones concretas. Aquella regla general de obedecer y cumplir que se enunciaba con rigidez, em-

pezaba a flexibilizarse ante unas excepciones que iban adquiriendo gran expansión hasta culminar con las consideraciones finales, en donde la ejecución de dichos mandatos quedaba librada a las situaciones concretas de aplicación, según fuese la apreciación de los encargados de cumplirlos. La posibilidad de sobreeser y suplicar se presentaba de modo amplio, conforme ese criterio de estimación casuista. Pero no olvidemos que también se había encarecido y subrayado el obedecimiento y cumplimiento de las leyes. De tal manera quedaba ofrecida esa opción para invocar según los casos. Bien sabía el autor que a los corregidores “no les podemos dar tantas reglas en este tratado, que comprendan todos los remedios de los negocios”, según afirmaba en otro pasaje³⁷.

4. Sobre el modo de razonar del jurista casuista

El modo de razonar del jurista casuista quedó oscurecido —y hasta despreciado— a partir del auge del pensar sistemático. Descubrir o redescubrir aquel método es un paso esencial para la comprensión de la jurisprudencia casuista. Desde que González Echenique, hace más de treinta años, planteara en páginas lúcidas las dificultades para conocer el mecanismo interno que sustentaba la concepción del Derecho que tenían los juristas indianos, poco se ha avanzado en esta materia. Este vacío impidió a dicho autor —y hoy a nosotros— exceder una visión “superficial y externa de la ciencia del derecho”³⁸. La falta de estudios graves sobre la evolución del pensamiento y la ciencia en el área jurídica hispana hace difícil acercarse a esta cuestión, que es núcleo de esa historia por hacerse. En efecto, una caracterización del tipo de jurista que actúa en determinado tiempo y lugar debe necesariamente comprender su modo de razonar y pensar, determinando los criterios que se le imponen, ya

³⁷ Ídem, III, XIV, 10.

³⁸ GONZÁLEZ ECHENIQUE, 187.

sean innatos o adquiridos a través de su formación en las aulas y fuera de las mismas.

Es cierto que hoy contamos para esta empresa con importantes apoyos intelectuales. Los bien perfilados enfoques de los romanistas del último medio siglo y los nuevos aprestos de juristas como el belga Perelman, desde sus propios ángulos, han enriquecido el conocimiento del modo de razonar casuista, quitándolo de esa oscura prisión en la que estaba encerrado por decisión de los juristas sistemáticos. Dichos trabajos, llenos de sugerencias y útiles puntos de partida, deben sin embargo mirarse con cautela en punto a la aplicación de su contenido a la realidad histórica que nos ocupa. Así, por ejemplo, sería vano y artificial trasplantar al mundo hispano renacentista el recreado modelo del jurista de la Roma clásica. Pero hay coincidencias que pueden ser útiles en la ineludible tarea comparativa. Me propongo intentar sólo una aproximación hacia este asunto complejo e importante.

Es útil introducirse en el tema acompañado del testimonio de Huarte de San Juan, ya que su *Examen de ingenios* es un vademécum de época que permite pulsar la visión de la sociedad acerca de las cualidades exigidas para el ejercicio de cada profesión. Su fino análisis acerca de las propiedades que debían adornar al jurista, lo llevaba a concluir que la abogacía era “obra del entendimiento”. Si bien era importante el ejercicio de la memoria para estudiar las leyes y reglas, la labor de abogar y juzgar se hacía “distinguiendo, confirmando, racionando y eligiendo”, todo lo cual pertenecía al entendimiento. La perfección, es cierto, se alcanzaba uniendo ambas potencias, pero en la dificultad de hallarlas juntas era mejor que el jurista tuviese buen entendimiento y poca memoria, pues mientras ésta podía suplirse con libros, índices, etc., aquélla, en cambio, “con ninguna cosa se puede remediar”.

El análisis de Huarte reposaba sobre una concepción del Derecho en donde el caso aparecía en lugar central para el jurista, al cual debía atender sirviéndose de las leyes y reglas.

Esta convicción lo llevaba a comparar al letrado con el buen sastre: “Las tijeras del buen abogado es el entendimiento agudo, con el cual toma la medida al caso y le viste la ley que lo determina, y si no la halla entera y que en propios términos lo decida, de remiendos y pedazos del derecho Je hace una vestidura con que defenderlo”. Para ello debía la potencia del entendimiento encuadrar la solución conveniente. En cambio, agregaba, “los letrados de mucha memoria solo pueden resolver los casos que el arte les pone en la boca cortados y mascados”.

Si bien el entendimiento “es la potencia más noble del hombre y de mayor dignidad” —decía Huarte— era proclive a engañarse acerca de la verdad, dada la variedad de opiniones que los hombres desenvolvían. Al señalar esta dificultad, enfatizaba el consejo de que fuesen de “gran entendimiento” quienes se eligiesen para jueces y abogados³⁹.

El ejercicio de esta potencia era la llave metódica del jurista medieval, tal como lo revelan los estudios que se vienen realizando. Coing —en su recordado trabajo tipológico— destaca la presencia de un pensamiento “argumentativo”, basado en los textos del Digesto o del Código, dentro de una “disputatio”, en clara diferencia con el razonamiento deductivo cartesiano⁴⁰. Carpintero ha avanzado en el examen de esta metodología, confirmando ese punto de vista y agregando otras observaciones de interés que exceden la posibilidad de recogerlas en estas páginas⁴¹. Lo importante es que sus juicios provienen de un acercamiento a los propios textos. Ello le permite apartarse de la difundida creencia de que la jurisprudencia medieval seguía el método escolástico teológico y denotaba un rigor lógico formal. El autor que seguimos descubre más bien la existencia de unos métodos que no guardan relación con la lógica, que están alejados de silogismos y deducciones, y cuya atención principal —no úni-

³⁹ HUARTE DE SAN JUAN, 460-465.

⁴⁰ COING, “Trois”, 537-538.

⁴¹ Véase CARPINTERO, “El Derecho natural”, 211-232.

ca— se volcaba en el caso o negocio.

La exposición se desenvolvía sobre un texto romano, al cual se referían los problemas. Se aducían *razones* desplegándose conocimientos y elementos variados puestos al servicio de la argumentación; y se invocaban *autoridades* con fuerza corroborante. Este esquema *leges-rationes-auctoritates*⁴² se desenvolvía bajo una idea fundamental, la aequitas, que actuaba como fuente y origen de todo Derecho y justicia —y no solo mitigando el rigor de la ley. Como resultado de ello se puede advertir la presencia dominante de una argumentación fluida, no necesariamente dependiente de formas preestablecidas, construida sobre diversas fuentes, orientada hacia metas prácticas, con utilización tanto de la inducción como de la deducción, conforme a las necesidades concretas. Aunque en otros géneros literario-jurídicos menos cultivados podría encontrarse más vinculación con el método escolástico, Carpintero pone de resalto la existencia de una metodología de problemas.

¿Hasta qué momento histórico se pueden dar por subsistentes estas caracterizaciones de *Coing* y *Carpintero*? ¿En qué medida las mismas se reflejan en el jurista indiano? Los documentos de que disponemos permiten señalar que este modo de razonar tuvo vigencia durante el período que estudiamos, pero el estado de las investigaciones es tan precoz en esta materia, que conviene dejar abiertos esos interrogantes a futuras indagaciones. Me limitaré a presentar dichos ejemplos.

Una vez más resulta necesario traer a colación el testimonio de Bermúdez de Pedraza⁴³. Su postura general nos es conocida. Convencido de que el Derecho se realizaba en la solución de los casos, el jurista había de buscar y hallar la respuesta justa para cada caso particular. Esa búsqueda no debía ser arbitraria ni anárquica. Descansaba en la doctrina de los autores y en el ejercicio de la dialéctica. Sobre ello

⁴² Sobre este esquema, véase LOMBARDI, *Saggio*, 104 ss.

⁴³ *Arte legal*, 13 ss.

actuaba la agudeza de ingenio del jurista para, con su propio entendimiento, perseguir la verdad y la justicia del caso concreto. Aquel esquema *leges-rationes-auctoritates*, presidido por la *aequitas* no era ajeno a la concepción subyacente en este libro de Bermúdez, aunque no apareciera así expuesto. Cuando el autor aconsejaba ejercitar la memoria para saber las leyes, dejaba en claro que la jurisprudencia iba mucho más allá, a la razón misma. Y esto pertenecía al entendimiento.

Otro ejemplo. En las constituciones dadas por Pedro Farfán para la Universidad de México en 1580 —que tuvieron larga vigencia— hay una sustanciosa referencia a propósito del método de enseñanza, que interesa valorar ahora desde el punto que examinamos. Se estableció allí que en la hora y media de clase “los catedráticos y lectores de cánones y leyes y teología, sean obligados a gastar la mitad de la hora en dictar y la otra mitad en explicar declarando y disputando de viva voz, insistiendo en todo este tiempo dicho de la media hora solamente en el verdadero entendimiento del texto y dificultad de las glosas... que la otra media hora de tiempo pueda el catedrático recoger la disputa en una breve teoría, en la cual resuelva cuál es la verdadera y común opinión y el principal texto y fundamento de ella, para que el oyente pueda hacer memoria y cultivar el ingenio y entendimiento...”⁴⁴. Según vemos, el objetivo de la instrucción coincidía con aquel agudo examen de Huarte: el jurista debía hacer memoria y sobre todo cultivar el entendimiento. La “disputa” era el instrumento central para configurar la verdadera opinión.

La presencia de este modo de razonar puede confirmarse con otros dos testimonios de época tardía, fines del siglo XVIII y principios del XIX. El primero es escueto pero elocuente. Me parece que corresponde ya a una visión crítica del método. René-Moreno, en sus evocaciones histórico-literarias altoperuanas, dice: “En Chuquisaca se disertaba en el pro

⁴⁴ MENDIETA Y NÚÑEZ, 70.

y el contra de palabra y por escrito todos los días; se argüía y redargüía de grado o por fuerza entre sustentantes y replicantes, a lo largo de los corredores, dentro del aula, en torno a la cátedra solemne, ante las mesas examinadoras y desde los bancos semi-parlamentarios de la Academia Carolina. Disputar y disputar. Donde quiera que se juntaran dos o tres estudiantes, se armaba al punto la controversia por activa y pasiva en todas las formas de la argumentación escolástica”⁴⁵. Tal descripción —más allá de sus últimas precisiones— resulta altamente sugestiva en cuanto esbozaba un clima intelectual, en donde el eje era, como se decía, “disputar y disputar”. La prolongación de una vieja tradición universitaria y de una mentalidad jurídica ...

El otro testimonio tiene carácter oficial. Es el reglamento de la cátedra de Derecho real de la Universidad de Caracas⁴⁶. En este documento se aprecia que la “disputa” constituía la base del ejercicio de oposiciones a la cátedra. El argumento del discurso académico se extraía de dos leyes, una castellana y otra indiana. El opositor combinaba en su disertación las leyes castellananas, indianas, romanas y canónicas, exornándola con ejemplos históricos y con las doctrinas de los autores regnícolas. Concluida la misma, dos de los opositores proponían “las dificultades” durante media hora cada uno, entablando la disputa. Debía excusarse en ésta lo que fuese “controversia inconducente a la inquisición de la verdad, e inteligencia de los estudiantes que asistan a los actos a instruirse y aprender cómo deban obrar cuando se vean en iguales ejercicios”. El aprovechamiento de los estudiantes —se agrega— “debe en realidad ser todo el asunto y objeto de estas operaciones”. Este ejercicio traslucía el antiguo modo de razonar de los juristas. Sin embargo, eran evidentes algunas concesiones a los nuevos tiempos. Así, el punto de partida eran las leyes reales y no las romanas. Asimismo, se apreciaba un cierto desplazamiento de la

⁴⁵ RENÉ-MORENO, 64.

⁴⁶ RAH, Colección Mata Linares, t. 120, fs. 166 ss.

otrora dominante doctrina de los autores, y en todo caso se limitaba la invocación a los regnícolas. Pero ¡que lejos parecía aún hallarse el tiempo de una jurisprudencia compuesta de preceptos y reglas generales, que permitiera descender a la resolución de los casos particulares, según la equidad y razón natural! Sin embargo, ésta era la aspiración de un moderado reformador, como Hervás y Panduro, expuesta en páginas publicadas una decena de años antes de la fecha de los últimos dos testimonios⁴⁷.

Mientras nuevas y exhaustivas indagaciones puedan fijar con mayor precisión el límite temporal entre un modo de razonar casuista y otro sistemático en la esfera de los juristas, cabe sostener una larga sobrevivencia del primero, pese a las críticas y a las aspiraciones de los reformistas. Entre tanto ¿se podría concluir que estamos en presencia de un pensar problemático, en donde convergían leyes, costumbres, reglas jurídicas, ejemplos, razones y autoridades, bajo la idea fundamental de la equidad y otras nociones directivas, para hallar una solución ajustada al caso planteado? La elaboración jurisprudencial y el modo de razonar del jurista parecen coincidir en una respuesta afirmativa.

II. LOS PERFILES SISTEMATICOS EN LA ELABORACION DE LOS AUTORES

Los esfuerzos sistemáticos en la jurisprudencia europea, según Coing, se vislumbran ya a fines del siglo XV y sobre todo en el XVI, pero no es aún posible verlos con claridad ni descubrirlos en sus detalles⁴⁸. Varias tendencias aparecían orientadas hacia una incipiente idea de sistema. El primer foco se observa en la educación jurídica, como se ha visto. Junto a ésta se desplegó, con más morosidad, en el campo de la elaboración jurisprudencial, en donde se trasluce una preocupación que llevó a mejorar la presentación del mate-

⁴⁷ HERVÁS Y PANDURO, IV, 81.

⁴⁸ COING, *Historia*, 31.

rial jurídico, dándole “un orden más metódico” y también apuntó tímidamente a buscar conexiones internas conceptuales.

Estas expresiones renovadoras operaron dentro de la dominante jurisprudencia casuista, no siendo fácil distinguir esos hilos nuevos en la trama antigua, ni determinar su contribución precisa en el progreso de la textura. Se puede así detectar dentro de las obras clásicas de esa jurisprudencia ingredientes de nueva procedencia, que las enaltecieron y hasta ayudaron a su supervivencia en tiempos posteriores.

Es difícil precisar los orígenes de esta tendencia sistemática en nuestro campo. ¿Podemos encabezarla con el nombre clásico de Cicerón? ¿Encontramos huellas en la glosa medieval? ¿Hay autores europeos más modernos que testimonian ese arranque, como Nicolás Everardi o Ugo? ¿Los juristas hispanos participaron de este movimiento? Podemos llevar los interrogantes a otro plano: el surgimiento de la idea sistemática en la jurisprudencia ¿reconoce influjos decisivos en la filosofía, como el pensamiento cartesiano? o ¿se despliega más bien como un proceso de maduración propia? Estos interrogantes deben figurar como metas de la indagación, sin pretensión de encontrar siempre respuestas absolutas, ya que tratándose de una elaboración intelectual de esta naturaleza, nos introducimos en la zona híbrida que conceptual e históricamente separa a las dos concepciones jurídicas en juego.

Me propongo mostrar el surgimiento de los rasgos sistemáticos a través del objetivo, estructura y contenido de las obras jurisprudenciales. En contraste con la atención dirigida al caso —que resaltaba en el punto anterior— veremos el papel central que progresivamente fue alcanzando la ley en dicha elaboración. La nueva situación se explica por la concurrencia de diversos factores, de índole general unos, como el racionalismo, de índole particular otros, como la progresiva crítica a los autores y enaltecimiento de la ley. Se verán solo líneas esfumadas, procesos inacabados, avances

y repliegues, defectos de ejecución, pues para alcanzar otra vista deberíamos avanzar mucho más en el tiempo. No obstante, estimo posible detectar el embrión de una honda transformación, destinada a alterar la misión misma de la jurisprudencia.

1. El “Arte de los contratos” de Albornoz: un avance sistemático en el siglo XVI

Dentro del mundo hispano nos podemos remontar hasta los siglos XVI y XVII para encontrar ya incipientes exponentes de una idea sistemática del Derecho, tal como lo vimos en relación a la educación jurídica y a la creación legal. En el campo jurisprudencial, a mi juicio, ningún intento aventaja al que Bartolomé de Albornoz plasmó en el *Arte de los contratos*, publicado en Valencia en 1573. Se trata de una obra singular, que en el apuntamiento sistemático no desentona con otras europeas de la época y acaso marcha por delante de algunas. No en balde se produjo dentro del clima intelectual estimulante del Siglo de Oro español.

La historiografía jurídica casi no se ha ocupado de la obra y su mención se ha realizado para cuestiones muy concretas. Sólo recientemente Eduardo Soto Kloss ha publicado un penetrante primer estudio de la misma, procurando también descubrir lo poco que se conoce sobre la vida del autor⁴⁹. Por su dominio de lenguas y literatura clásicas, de la historia y la filosofía, y por su espíritu razonador y crítico, pertenece Albornoz al “humanismo racionalista”⁵⁰. El se declara discípulo de Covarrubias, a quien le dedica el libro.

Nacido en Talavera de la Reina hacia 1520, estuvo varios años en Nueva España donde, como catedrático de Institua, enseñó en la etapa fundacional de la Universidad de Méxi-

⁴⁹ SOTO KLOSS, 163-185.

⁵⁰ Ídem, 180-181.

co. La experiencia y temática indianas fueron expresadas tanto en este libro como en otros escritos. El *Arte de los contratos* tuvo un grave tropiezo en su trayectoria, al recoger la Inquisición sus ejemplares a fines del siglo XVI por motivos que no están esclarecidos. No obstante, alcanzó difusión y fama durante las siguientes centurias, pese a que no fue reimpresso.

Para utilizar esta obra como ejemplo de avance sistemático sirve de apoyo un diálogo epistolar mantenido en 1775 entre Gregorio Mayáns e Ignacio Jordán de Asso, bien interesante por su contenido y bien sugestivo por lo que ambos juristas significaron en el tema que examinamos. Mayáns confesaba entonces que para el estudio metódico de las leyes de España, su hijo Josef se había instruido en las *Instituciones* de su corresponsal y luego —agregaba— “pasará al *Arte de los contratos* que compuso Bartolomé de Albornoz, que merece reimprimirse con eruditas notas de Vmd. porque una de las causas por las cuales los letrados de España suelen no estar generalmente instruidos en los asuntos legales, es porque no estudian en libros metódicos”. La contestación aprobatoria de Asso no se hizo esperar: “*El Arte de los contratos* de Albornoz es excelente libro; y no sé por qué causa se halla prohibido por la Regalía”.

La correspondencia sobre el punto continuó. Pocos días después Mayáns decía que esta prohibición era injusta y no le encontraba motivación. En la intimidad epistolar lanzaba esta sugestiva hipótesis: “Quizá prevaleció la Jurisprudencia Bartolina, y la Casuística, y pudo ser que la verdadera causa de la prohibición fuese otra”. Mayáns se mostraba empeñado en que se revocase esa prohibición y adelantaba su juicio favorable si el Consejo se lo remitiese para la censura⁵¹.

⁵¹ Véase PESET REIG, “Correspondencia”, 564-567. Según CARO BAROJA, “el rigorismo patente del doctor talaverano tuvo como consecuencia más notable la prohibición de uno de sus libros y el que quedara bastante oscurecido en la memoria de las gentes hasta el siglo XIX” (p. 416).

Destaco dos notas que se desprenden de estas referencias: la calificación de “metódica” que se daba al *Arte de los contratos* y la hipótesis acerca de la “verdadera causa de la prohibición”, atribuida a la prevalencia que entonces tenía la “Jurisprudencia Bartolina y Casuística”, la cual por esa vía habría intentado marginar a una obra que no seguía su orientación. La hipótesis de Mayáns es atractiva, pero —a mi juicio— deberá ser demostrada con mayores elementos de apreciación. Ahora bien, la sola presentación de esta hipótesis en pleno siglo XVIII por un jurista agudo como Mayáns es reveladora de la importancia que dicha obra tenía en la configuración de una concepción distinta a la casuista imperante.

Un examen del *Arte de los contratos* desde este ángulo muestra el nítido y constante apuntamiento hacia una idea sistemática, surgida más de la observación empírica que del juicio abstracto. Me limito a extraer algunas muestras estampadas en la conclusión y en los prólogos de los libros que componían dicha obra.

Decía Albornoz que su intento era “reducir a un volumen todo lo que acerca de la materia de los Contratos (de cualquiera especie y calidad que sean) hay dispuesto en las leyes del Reino, y reducido, digerirlo por reglas Metódicas y universales a arte, conforme a lo que Marco Tulio deseó que se hiciese en el Derecho Civil de los Romanos, que por arte de reglas universales se escribiese, y no de individuos particulares, los cuales ordinariamente más consisten en hecho que en contemplación. Por el contrario, el arte tiene más cuenta con la contemplación, para que a ella se regule el hecho, o caso de que se consulta, que no la práctica, la cual variado el hecho fácilmente se varía, lo que no es en el arte, que siempre es inconmutable”⁵². Me parece que éste es un párrafo medular, en el cual se observa la presencia de una concepción jurisprudencial enfrentada con la entonces dominante. Bajo la invocación y guía de Cicerón —bien ex-

⁵² ALBORNOZ, 174v.

presiva por cierto— pretendía “digerir” la materia, y por medio de “reglas metódicas y universales” alcanzar el arte. Con esta elaboración buscaba que el hecho o caso ocurriente fuese regulado conforme a ese arte invariable y no de acuerdo a la práctica variable. En estas sencillas expresiones encontramos un nuevo enfoque del Derecho. Este, reducido a arte, podía dar reglas generales abarcadoras de los casos. Claro está que esta propuesta no se hacía ni con los términos ni con los fundamentos teóricos que más adelante se desplegarían.

Albornoz se consideraba precursor de una nueva orientación. Al ocuparse del uso que podía tener la obra, señalaba que era de provecho para diversas profesiones, pero especialmente para los juristas. Agregaba que su principal servicio consistía en ser “el primero que se atrevió a tentar de ponerles su profesión en Arte, y mostrar como se han de probar los principios en que se funda y cuales son, poco o mucho, bueno o malo”. Advertía enseguida que “lo que escribo es todo mío, sin trasladar cartapacios ajenos, o disimular un moderno, y alegar por mío todo lo que él trae...”⁵³. Palabras que, encerrando cautela y desafío, colocan al autor sobre un pedestal de originalidad, sin otra guía que la de Cicerón.

Nuevas preocupaciones de Albornoz en el sentido indicado se observan en la estructura de la obra. Dividida en cuatro libros, se abordan sucesivamente los contratos personales, los reales, los irregulares y los matrimoniales. Al ocuparse de los reales buscaba una base común, partiendo de la clasificación entre contratos principales —la donación y la venta— y subalternados. Establecida la naturaleza de los primeros se podía pasar a los otros. Quien esto supiese —decía— podía expedirse “por arte y reglas universales” en lo que se le pidiese sobre cualquier contrato. En cambio —sostenía— quien no lo supiese “aunque se quiebre muchos años la cabeza, estudiando Sumas, Manuales y Trata-

⁵³ Ídem, 175v.

dos, no lo puede saber, ni lo que supiese será por arte, sino a tiento, acordándose en tal autor, ley, que tal caso era de conciencia”. Albornoz traía a colación lo que sucedía en la medicina entre empíricos y racionales. Estos —decía— son “lo que saben por arte”, miran y saben conocer de dónde procede el dolor y aplican el remedio que conviene⁵⁴. Era aspiración del autor que quien estuviese ejercitado en su obra pudiese “saber capitular cualquiera contrato que se le ofreciere y regularle por el mayor donde procede”, atendiendo a sus reglas universales⁵⁵.

Volvía a ocuparse de esta cuestión metodológica al empezar el libro tercero, dedicado a los contratos irregulares. Sus palabras no tienen desperdicio: “... mi principal intento en este Arte ha sido, dar a cada Contrato su nombre propio y conforme al nombre que tiene, considerar la sustancia de él, primero por sí solo, después con sus semejantes, últimamente por sus contrarios, resolviéndolos siempre a sus primeros principios, que es lo más difícil y más sustancial que puede hacer el que escribe Arte, y sobre todo dar Reglas metódicas, universales, por las cuales se examinen los que se ofrecieren; éste ha sido mi intento, que así como estuvo en mi mano disponerme a él, no está en mi juicio (sino del Lector) juzgar si con ello he salido...”⁵⁶. Según se aprecia, volvía a plantear aquí su intención, la dificultad de la tarea acometida, sus dudas acerca del empeño, pero sobre todo cabe apuntar que consideraba como sustancial alcanzar los primeros principios y dar reglas metódicas universales que abarcasen los problemas que se presentasen. Como él mismo decía, cabe enjuiciar el éxito de su empeño, pero sus intenciones estaban bien a la vista, reiteradas más de una vez.

La obra merece por muchos aspectos una atención profunda, que hasta ahora no se le ha otorgado. Soto Kloss, en el citado estudio, ha abierto el camino. Desde el ángulo que

⁵⁴ Ídem, 38.

⁵⁵ Ídem, 175.

⁵⁶ Ídem, 99.

nos preocupa, se destaca su propósito de abordar “en general y particular, de todas y cualesquier contratación que entre los hombres pueda haber” y esto se lo hacía “por nueva forma”⁵⁷, que en sustancia era relacionar o conectar unos con otros, sin lo cual —afirmaba— “es imposible entender la naturaleza de los contratos”⁵⁸.

La materia para desplegar esta nueva concepción no estaba elegida al azar. Recordemos que el ejemplo principal elaborado por Lope de Deza en punto a la creación legal sistemática se refería también a los contratos. Esta materia fue la más elaborada conceptualmente por el racionalismo y la dogmática jurídica posteriores en sus intentos de establecer conceptos jurídicos universales. No se trataba de una mera coincidencia... Cabe ante esta comprobación preguntarse si junto a la importancia del elemento filosófico en la conformación de un sistema jurídico, no habrá que dar también lugar a estos esfuerzos provenientes de los juristas que operaban en la práctica.

2. La visión sistemática en la época de la Ilustración

Aunque la obra de Albornoz tiene una nítida prevalencia cronológica sobre otras y constituye en este capítulo la muestra más significativa de una labor precursora, no hay que olvidar la existencia de otros esfuerzos coetáneos o posteriores en el terreno de la instrucción jurídica, en la creación legal y en la misma jurisprudencia, que fueron eslabones de una cadena que acaso es posible reconstruir hasta el siglo XVIII, con altibajos. En otro capítulo destacaré el estimable aporte de Juan Machado de Chaves en su obra *Perfecto confesor y cura de almas*, dentro del ámbito de la Teología moral, con densidad jurídica. Este aporte es también remarcable en punto a la elaboración jurisprudencial.

⁵⁷ Ídem, 1.

⁵⁸ Ídem, 174v.

Machado proponía resueltamente la superioridad del criterio de atender a los principios y reglas generales sobre los casos y establecía el “modo científico” de enseñar por principios y reglas jurídicas en lugar de un Derecho “fundado en los pareceres y doctrinas de los Doctores”.

Podemos integrar a estas obras en una línea de expresión que, aun sin representar la tendencia dominante, influía lentamente en el perfeccionamiento de la elaboración jurisprudencial y estimulaba una mayor atención hacia las cuestiones metódicas. No debe desdeñarse la presencia de rasgos sistemáticos ni aun en las típicas obras jurisprudenciales casuistas, como la *Política indiana* de Solórzano. Claro es que éstas no buscaban producir un giro metodológico, sino tendían a un afinamiento en la arquitectura, exposición y estilo de la obra, sin alterar el espíritu casuista que las dominaba.

En la época de la Ilustración la literatura jurídica ya aparecía impregnada de aires renovadores. Apunta Bravo Lira que existe un contraste metodológico entre esa literatura y la del Barroco. Se criticaba entonces el ordenamiento existente impugnándose sus fundamentos mismos: el Derecho común y la doctrina de los autores, la orientación eminentemente práctica, la atención hacia el caso y la aceptación de la diversidad y mutación de las situaciones. Las nuevas ideas representaban la antítesis: rechazo del Derecho común y de la preponderancia de los doctores, prevalencia de lo teórico sobre la práctica, búsqueda de la uniformidad y sistematización a través de un ordenamiento legal abarcador⁵⁹.

Quedan, sin embargo, muchos interrogantes. Uno de ellos, atender a la difusión de una y otra literatura en el siglo XVIII. Las obras clásicas de la jurisprudencia casuista gozaron entonces de gran difusión, eran repetidamente invocadas y se reeditaron, con especial frecuencia, en la segunda mitad de la centuria. Así ocurrió con las de Castillo de

⁵⁹ BRAVO LIRA, “La literatura”, 261-262.

Bobadilla, Solórzano y Hevia Bolaños. Estas obras siguieron modelando la mentalidad de los letrados. Despuntaban ya algunas críticas hacia ellas, originadas precisamente en la diferencia metódica. Leemos en un escrito de la época que “el Bobadilla es muy difuso, lleno de superfluidades; pero falto del método para infundir las ideas más necesarias, y reducido, si bien se examina a la práctica de varias materias de Policía entre muchas extrañas”⁶⁰. La crítica es reveladora del juicio que, desde la óptica sistemática, merecía la obra antigua: le faltaba método, carecía de las ideas principales y contenía materias extrañas a un Derecho teórico.

Queda también por averiguar la difusión y forma de introducción de las nuevas obras que empezaron a señalar el rumbo sistemático. Se asistía a un proceso de lento desplazamiento de la literatura anterior y era pausada e imperfecta la adopción del nuevo método.

No es menor tarea la de indagar en qué medida se proyectaron sobre la esfera jurídica las actitudes metódicas y las ideas sistemáticas provenientes de otras áreas y principalmente de la filosofía. Es relativamente fácil invocar hoy los escritos de Descartes, de Leibniz o de Wolff como arquetipos de ese cambio, pero en realidad ¿fueron conocidos entre los juristas hispanos? y más todavía ¿fueron afirmativamente seguidos esos modelos? No hay que olvidar la existencia de puntos de vista distintos u opuestos —como el de Vico—, en los cuales se sostenía la imposibilidad de aplicar criterios geométricos o deductivos en el Derecho, al menos de modo rígido o absoluto. Tampoco debe olvidarse que la mentalidad hispana se inclinaba más a lo empírico que a lo especulativo. Así respecto a Wolff, impulsor del método matemático en el Derecho, se suscitaban señales de aprecio pero también de censura⁶¹. Con todo, parece necesario admitir que, aunque fuese por vías indirectas y tardías, aquellas ideas penetraron en el clima intelectual hispano.

⁶⁰ *Discurso*, 151.

⁶¹ Sobre esto véase CLAVERO, “Revolución”, 149.

En la elaboración jurisprudencial la renovación metodológica tuvo, a mi juicio, dos principales cauces de introducción, ya recordados en el orden didáctico: la obra de Domat y las Instituciones de Justiniano. Se trata de modelos que, admitiendo algunos elementos abstractos, utilizaban material empírico y concreto. Esto lo comprobaremos con textos significativos.

a) *El “Plan” de Forner*

En un escrito finisecular, Juan Pablo Forner esbozaba el *Plan para formar unas buenas instituciones de derecho español*. Tal vez su influencia haya sido escasa. El interés radica en que se trata de un plan teórico encaminado en la línea de transformaciones que operaban en el ámbito hispano, con sus objetivos y limitaciones.

Aunque ya en otras páginas de este libro me he ocupado de algunos pasajes, es necesario atender nuevamente a sus párrafos sustanciales. Decía Forner que para “labrar las instituciones de una ciencia, es menester que en la ciencia haya sistema, orden, regularidad, proporción, solidez, armonía; es menester que la ciencia esté cabal y bien organizada, que sus reglas y materias eslabonadas entre sí y dispuestas con método racional, formen no un monstruo sino un verdadero cuerpo de doctrina, apto para facilitar su uso en la especulación y en la práctica...”. Estos cuerpos de doctrina —agregaba— “deben constar de un cierto número de principios o axiomas fundamentales, ciertos, seguros, evidentes, a cuyo toque se examine el valor de cuanto se raciocine y controvierta en ellos”⁶².

En cuanto a la formación de esos cuerpos de doctrina, señalaba Forner que las ciencias se habían elaborado paulatinamente y así “la experiencia, la observación y la meditación generalizando las ideas, construyeron preceptos

⁶² FORNER, *Plan*. 298-300.

universales de los que veían haber sido útil, conforme a la razón y a la naturaleza en muchos casos particulares; y notando el encadenamiento y dependencia más inmediata de una de estas ideas con otras, las redujeron a orden; y así circunscritas dentro de sus límites, resultaron los sistemas o cuerpos de doctrina”. De tal modo solo quedaba “reducir a método estas leyes y contraer en máximas o axiomas generales las determinaciones y respuestas singulares de los letrados, de los doctores y de los jueces”⁶³.

Cuando en la segunda parte de este escrito, Forner proponía “el modo de reducir a ciencia sólida y segura la jurisprudencia española”, establecía que en unas instituciones debía tratarse de “la legislación de España en cuanto base de su derecho”; luego de los oficios, es decir lo que cada ciudadano debía o no hacer; después, del dominio de las cosas, los contratos y, por último, de los juicios. Asomaba aquí la clásica y reluciente división gayana de personas, cosas y acciones.

El *Plan* de Forner respondía a una idea de ordenación formal del Derecho existente, con las dificultades que luego veremos al intentar encerrar en axiomas y máximas un material jurídico rico y variado, reacio a esa comprensión sistemática. Aunque no hizo Forner ningún desenvolvimiento que permitiera conocer su decisión al respecto, probablemente en su mente estaba la prevalencia del material existente —es decir, el Derecho vigente— sobre las formas sistemáticas. Su modelo tenía una orientación análoga a los que veremos a continuación.

b) *Las “Instituciones” de Asso y de Manuel*

Uno de los textos más elocuentes que tenemos a la vista es la obra didáctica de Ignacio Jordán de Asso y del Río y de Miguel de Manuel y Rodríguez. Las *Instituciones de*

⁶³ Ídem, 301.

Derecho Civil de Castilla aparecidas en 1771, tuvieron rápida difusión en las aulas y en otros medios intelectuales. Su fin era “presentar las verdades y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes, y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica”. La obra se dividía en tres libros “conforme a los tres objetos de la Justicia, *personas, cosas y acciones*” A su vez éstos “se subdividen por títulos, tratando en cada uno de ellos por capítulos y párrafos, que se notan al margen para mayor claridad, los miembros que distinguen la cosa principal, y no siguiendo servilmente a Justiniano en sus Instituciones, como lo han practicado sin utilidad ventajosa algunos de los nuestros”. Los autores agregaban: “Cada cual de estos miembros se trata allí en particular con orden, y método geométrico, el cual nos ha parecido único para hacer perceptibles los principios de nuestra Jurisprudencia, y desengañar a los que han pretendido hacer a esta ciencia incapaz de demostración matemática”⁶⁴.

Asso y de Manuel utilizaban el criterio de definir la materia según la ley, y de ella extraían o fundaban *axiomas*. De éstos deducían reglas o principios. Por ejemplo, con relación a la costumbre, primero daban la definición, según las Partidas. De ahí fundaban tres axiomas, con citas legales, aunque dichos axiomas no se extraían sin más de aquella definición ni del texto alfonsí utilizado. A su vez de cada axioma hacían deducciones. También distinguían especies. Casi todas las citas correspondían a las Partidas.

La adopción de una clasificación sistemática siguiendo en parte a Gayo y Justiniano y su entusiasmo por el “método geométrico” para el despliegue de la obra, muestran en los autores notoria preocupación metodológica e intención de colocar el Derecho hispano en nuevo molde. La obra parece lograr algunos aciertos en cuanto ofrece un panorama del Derecho legal, dando especial relevancia a las Partidas.

⁶⁴ ASSO Y DE MANUEL, Páginas preliminares.

Estas dos notas —Derecho legal y Partidas—, con una marginación de la autoridad de los doctores —especialmente los extranjeros— se destacaban claramente.

En la aplicación de la clasificación y método propuestos al material jurídico existente, la obra adolece de fallas. Ya en 1795 Jovellanos había criticado esa falta de desarrollo del orden y método geométrico. Bartolomé Clavero ha examinado el concepto de persona o sujeto de derecho desplegado por Asso y de Manuel y concluye que es empíricamente inducido de la realidad y no deducido de la razón⁶⁵.

La inconsecuencia entre el método y su aplicación responde principalmente, para mí, a la dificultad de acoplar un método racional y abstracto a una práctica concreta y variada que resultaba escurridiza, imposible de encasillar en rígidas categorías formales. Asso y de Manuel, como otros, parecen inclinados —conscientemente o no— a atender antes a la realidad jurídica, que ellos encarnaban en la ley, que a los esquemas abstractos. De ahí la inconsecuencia puesta de relieve en nociones-claves, como la de personas, en donde el despliegue del antiguo Derecho se resistía a ser encerrado en una precisa clasificación racional.

c) *La obra de Dou y de Bassóls*

El jurista catalán Ramón Dou y de Bassóls fue quien por esos años finales del XVIII expuso de modo más amplio sus preocupaciones metodológicas como punto de partida para la elaboración de una obra jurisprudencial. Lo hizo desde la perspectiva —novedosa por cierto— del Derecho público. Dou se proponía “reducir a método todo el derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado, acomodando a él las leyes romanas...”⁶⁶.

⁶⁵ CLAVERO, “La disputa”, 309-310 y 321-322.

⁶⁶ DOU Y DE BASSÓLS, I, p. I.

Del extenso prólogo de la obra, interesa destacar las referencias que se hacían a los dos posibles modelos que encontraba: las Instituciones de Justiniano y la obra de Domat. Advertía Dou que en los últimos tiempos los juristas habían exaltado aquellas Instituciones —con los comentarios de Vinnio— considerándola como una obra completa, cuando en realidad faltaban materias enteras, ya que era solo elemental, de primeros y generales principios. Agregaba que bajo esta visión, el Derecho público había sido descuidado desde que se hallaba en los tres últimos libros del Código. En general, afirmaba Dou que los cuerpos romanos carecían de método. Heinecio había tratado de establecerlo, “acomodando a la jurisprudencia en el modo, que es posible, el método geométrico”.

Según Dou, era Domat quien con mejor método había presentado esa jurisprudencia, pero pese a la veneración que sentía por su obra, no podía servirle de modelo en el Derecho público, pues en este terreno no había alcanzado la perfección lograda en la coordinación y explicación del Derecho privado. De tal modo, tuvo que elaborar uno propio, bajo el impulso de “hallar un sistema, en que todas las materias estuviesen eslabonadas entre sí, dando luz las primeras a las que se tratasen después, y en que se descubriese de una sola ojeada todo el campo de la jurisprudencia en orden al derecho público con una perfecta separación y distribución de partes...”⁶⁷.

Dou dividía el cuerpo principal de la obra en tres partes, dedicadas al estudio de *personas*, *cosas* y *juicios*. Se trataba de aglutinar el enorme y variado material concreto y no de hacer una elaboración abstracta de esas nociones. En su presentación, denotaba cierto cuidado y procuraba ir de lo general a lo particular. Pero es evidente que Dou estaba muy lejos de aplicar un método axiomático o geométrico, que él consideraba inconveniente para la jurisprudencia y particularmente para el Derecho público. Trabajaba con un ma-

⁶⁷ Ídem, I, p. XIII.

terial histórico extraído de un Derecho casuista y no devenido de la razón abstracta⁶⁸. Su pretensión era ordenar dicho material utilizando el “método filosófico” y establecer unos principios generales. Su aspiración a formar “una obra sistemática y elemental del derecho público”⁶⁹ debe ser entendida dentro de esos límites.

d) *Otros intentos de elaboración*

Conviene también ocuparse de la obra que compuso Vicente Vizcaíno Pérez con el título de *Compendio de derecho público y común de España o de las Leyes de las Siete Partidas colocadas en orden natural*⁷⁰. Bajo la idea de que las Partidas constituían “el código más metódico que tiene Castilla”, su labor consistía en un “extracto o espíritu de la legislación alfonsina”, colocada en su “orden natural”, aun cuando se agregasen también referencias a otras leyes del reino. Era su intento hacer con las leyes civiles de España lo que Domat hizo con las de Francia, adoptando para ello lo que denominaba el “método sistemático”. En sustancia, la disposición del material seguía el orden de las *Instituciones*, aunque se insertaban algunas cuestiones nuevas y dos capítulos finales sobre los estados militar y eclesiástico. Así eran sucesivamente tratados en nueve libros: personas, cosas, oficios, contratos, delitos y penas, jueces, juicios, estado militar y guerra y estado eclesiástico.

El ser metódico constituía entonces un rasgo del cual todo escritor se preciaba. Esto proviene ya de una época anterior si recordamos, por ejemplo, que Solórzano lo invocaba en la propia portada de su *Política indiana*, o que un teólogo moral de mediados del Setecientos se mostraba

⁶⁸ Al respecto, véanse las consideraciones de CLAVERO, “La disputa” 313-318.

⁶⁹ DOU Y DE BASSÓLS, I, p. XXXVIII.

⁷⁰ Vizcaíno Pérez, *Compendio*. Véase especialmente el discurso preliminar.

interesado en no aparecer como “ametódico”⁷¹. A fines del XVIII esa preocupación se expresaba con más generalidad y los autores solían explicar a sus lectores, con mayor o menor extensión, el criterio adoptado en el libro que presentaban.

Esto se aprecia en diversas áreas del Derecho. Cuando se trataba del nuevo Derecho natural, la complejidad de la materia y la búsqueda de unos primeros principios llevaba, por ejemplo, a Pérez y López⁷² y a Marín y Mendoza⁷³ a disquisiciones sobre cuál era el método a adoptar, si el geométrico o el filosófico. A su vez, Peñalosa y Zúñiga en su obra de Derecho público sobre la Monarquía, luego de expresar sus reservas ante el establecimiento especulativo de principios de razón, ordenaba su labor en tres partes. En una trataba “la Monarquía en abstracto” y en las otras dos examinaba la Monarquía “con relación al Pueblo que gobierna” y con respecto al “príncipe que la posee”⁷⁴. En un escrito tan concreto como el *Discurso sobre las penas*, Lardizábal afirmaba que había procurado “exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales, que pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la constitución de nuestro gobierno”⁷⁵. Del mismo modo, Rafael Antúnez y Acevedo se interesaba por explicar el método que había adoptado en sus *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio*⁷⁶. Luego de dividir la obra en cinco partes —que se referían sucesivamente a los puertos, navíos y carga, a las contribuciones impuestas, y a las personas habilitadas para este comercio— se sentía obligado a explicar por qué aparecía el tratado de las personas en esta última parte y no en la primera. Si bien su explicación puede parecer

⁷¹ RODRÍGUEZ, *Nuevo aspecto*, I, prólogo al lector.

⁷² PÉREZ Y LÓPEZ, *Principios*, p. XXXIV-XXXVII.

⁷³ MARÍN Y MENDOZA, 64-67.

⁷⁴ PEÑALOSA Y ZÚÑIGA, I, 6-11.

⁷⁵ LARDIZÁBAL, p. XII.

⁷⁶ ANTÚNEZ Y ACEVEDO, advertencia, p. IX.

pueril, interesa aquí destacar la necesidad que el autor sentía de buscar argumentos para justificar ese cambio de lugar en el tratamiento de las personas, alterando el orden de una clasificación que gozaba de aceptación entre los juristas finiseculares.

Los documentos expuestos muestran una difundida aspiración a lograr una elaboración “metódica” de la obra jurisprudencial. Esta aspiración se encaminaba ante todo a una ordenación del material existente, bajo dos principales modelos: el de las *Instituciones* de Justiniano y el de la obra domaciana. Se introducía también la posibilidad de aplicar los métodos axiomático, geométrico o matemático los tres vocablos son utilizados en la época— en dosis limitada. En general se percibe un espíritu de resistencia a una jurisprudencia abstracta o especulativa, deducida exclusivamente de la razón⁷⁷.

Se trata, en fin, de un movimiento que apuntaba francamente hacia lo sistemático si lo comparamos con la jurisprudencia anterior, pero aún estaba lejos de un Derecho “axiomático”. Los logros y sus efectos sobre la transformación del ordenamiento jurídico dependen, en buena medida, del ángulo de visión que se adopte. La respuesta es negativa si se parte —como lo hace Clavero— de la idea de que sólo el “método axiomático” de la filosofía racionalista impulsó la renovación sustancial de aquel ordenamiento⁷⁸. No lo es si admitimos otros puntos de mira, en los cuales se aprecien los graduales procesos de transformación que mantenían el Derecho viejo con nuevos ropajes.

Es palpable el conflicto que producía la aplicación de un método axiomático a una jurisprudencia casuista. Los autores imbuidos de un sentido empírico y habituados a una jurisprudencia ceñida a las cosas, dieron poco espacio a las creaciones especulativas. Sacrificaron para ello sus propios enunciados metódicos. Se inclinaron por hacer una adop-

⁷⁷ Por ejemplo, véase HERVÁS Y PANDURO, IV, 27-29.

⁷⁸ CLAVERO, “La disputa”, 323 y 331.

ción moderada —o “en lo posible”, según se decía— del nuevo método.

3. La ley, nuevo eje de atracción de los autores

En páginas anteriores ha quedado insinuada una cuestión sobre la cual es necesario hacer unas puntualizaciones. Se trata de la inclinación de los autores por elaborar la obra jurisprudencial en torno a la ley y en dependencia conceptual de la misma. Este fenómeno se intensificó al avanzar el siglo XVIII, desarrollándose en forma paralela a la ya mentada “ideología antijurisprudencial”, que impulsaba una creación jurídica solo fundada en las leyes, con marginación de los autores.

La glosa y el comentario constituyen antiguos géneros de la literatura jurídica. Las normas legales romanas, canónicas y reales pasaban bajo el tamiz interpretativo de los autores. Las opiniones aparecían incrustadas en esos cuerpos legislativos. Leyes y autores formaban un conjunto inseparable. Esta situación se fue alterando pausadamente hasta que la ley se colocó en el centro de la obra jurisprudencial, dominándola. Esto se observa ya nítidamente en la segunda mitad del XVIII, con efectos demoledores sobre la jurisprudencia de los doctores.

Los autores mismos fueron quienes se encargaron de abrir sendas a la nueva concepción, ya exaltando las leyes reales, presentándolas como ordenadas, claras y abarcadoras en contraste con los demás modos de creación jurídica, ya aligerando sus propias obras de opiniones y doctores que constituían su habitual entramado. Joseph Berni fue uno de quienes más tempranamente predicó en sus libros la nueva postura. Escribía que en España “gracias a Dios tenemos las leyes Reales tan recogidas, y puestas en orden, que con poco trabajo se halla Ley terminante para cada cosa; luego es por demás ir a buscar el agua en los charcos de los Autores, teniéndola tan a mano en la pura fuente de las leyes

Reales”⁷⁹. No puede ser más a propósito este párrafo para mostrar de una parte la ilusión desatada de encontrar en las leyes la solución para todo, y de otra el rechazo mordaz a los autores.

Otros testimonios en la misma dirección. Cuando en 1771 Asso y de Manuel publicaban sus *Instituciones*, establecían como objeto de la obra “presentar las verdades y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica...”, agregando: “Las definiciones se ponen con las mismas palabras de la ley, a fin de que no pierdan la fuerza y energía con que las concibieron nuestros Legisladores”. Solo a falta de leyes acudían a autores del reino⁸⁰. Como vemos, los autores quedaban al servicio de una fuente del Derecho que se consideraba intangible y hasta perfecta para extraer las definiciones adecuadas. Como decía otro escritor, los jurisconsultos “merecerán aprecio por su conformidad a la legislación y por su diligencia en ilustrarla”⁸¹. La esfera de la obra jurisprudencial queda fijada en la observación puntual de la ley y su ilustración.

Esto mismo se puede verificar en áreas jurídicas donde la vetusta legislación no podía tenerse en pie sin el apoyo de la doctrina y de la práctica judicial. Me refiero al ordenamiento penal. José Marcos Gutiérrez al publicar la *Práctica criminal de España*, afirmaba, con la seguridad de pisar suelo firme, que su labor se fundaba en “la venerable autoridad de la ley y en la sana razón, no en las opiniones de los intérpretes que apenas citamos sino para acreditar alguna noticia tocante a la práctica del foro”⁸². Si tenemos en cuenta que en este campo era imposible sustentar el reinado exclusivo de la ley, el párrafo adquiere singular valoración, en cuanto puede revelar el sentimiento colectivo de los juristas.

⁷⁹ BERNI, *El abogado*, 28 ss.

⁸⁰ ASSO Y DE MANUEL, Páginas preliminares.

⁸¹ CORTINES Y ANDRADE, 102.

⁸² JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, I, p. IX-X.

Otro síntoma del nuevo clima intelectual lo constituye en este punto la edición de antiguos cuerpos legales desprovistos del rico aparato de glosas y comentarios. Si bien pudo haber diversos motivos para hacerlo de esa manera, no estaba ausente la cuestión que nos ocupa. Por ejemplo, Berni publicaba una edición de las Partidas liberada de las clásicas glosas de Gregorio López y solo anotada por autores españoles⁸³. Conociendo las ideas de Berni al respecto, puede decirse que no solo se trataba de marginar a los autores del Derecho común, sino de quitarle al código alfonsí ese tradicional aparato doctrinario para que luciera con más esplendor el texto mismo de la ley, sin contaminaciones ni interpretaciones que distorsionasen su límpida lectura.

No parece demasiado atrevida esta consideración si tenemos la suerte de encontrarla al menos acreditada en otro testimonio sugestivo. Cuando en 1792 Juan Antonio Llorente publicaba una nueva edición del Fuero Juzgo, lo hacía transcribiendo sólo el texto legal, sin notas ni comentarios, como en cambio lo había hecho Alonso de Villadiego en 1600. Daba como razón de ello, aparte de la disminución del precio de venta, que “los buenos juriconsultos de nuestro tiempo acuden a la misma Ley; que es la fuente original donde se bebe la saludable agua de la perfecta inteligencia de su sentido”. Los comentarios —agregaba— solo tienen valor en cuanto reflexionan “con el tenor de la ley”, pues “si se desvía, ya son despreciables”. Y concluía que por la ley “se decide en las sentencias y dictámenes; y en ella se han de fundar las alegaciones e informes de derecho”⁸⁴.

Llorente apuntaba más hacia una meta deseada que a una descripción de la realidad. No por esto el testimonio pierde utilidad, pues lo que aquí interesa mostrar son los primeros pasos de una tendencia que solo alcanzaría a enseñorearse

⁸³ BERNÍ Y CATALÁ, *Apuntamientos*.

⁸⁴ LLORENTE, *Leyes*, 32-33.

en la mentalidad de los juristas décadas después, fuera ya del tiempo histórico de la presente investigación. El texto legal debía lucir solo, liberado de las ataduras de las opiniones y comentarios, que no hacían otra cosa que distorsionarlo.

Un último enfoque sirve para corroborar lo dicho. El clima adverso hacia los comentarios legales se puede observar a través de las medidas prohibitivas emanadas durante el reinado de Carlos III. La primera, al sancionarse en 1772 las nuevas ordenanzas militares, vedando su interpretación. Por decreto de 9 de mayo de 1776 se ordenó formar un nuevo Código de las leyes de Indias, estableciendo que “nunca se permita la glosa o comentario de ellas”⁸⁵. El criterio ya se había abierto paso en el Consejo de Indias al considerarse que eran inútiles y perjudiciales dichos comentarios⁸⁶. De igual modo, la prohibición de toda interpretación o glosa quedó asentada en la Ordenanza de Intendentes de 1782, dada para el virreinato rioplatense (art. 276).

Puede suponerse el desaliento que tal criterio produjo sobre la labor de los autores, condenándolos al silencio o a que sus obras quedasen inéditas. Manzano ha mostrado los padecimientos de Manuel José de Ayala para ver reconocido y editado su comentario de la Recopilación. Es cierto que actuaron en la ocasión otros factores, pero cuando se lee el informe desfavorable con que en 1803 el ministro Antonio Porcel asestó el golpe definitivo a las pretensiones del jurista panameño, tropezamos con juicios aceptados en las altas esferas del gobierno. Decía Porcel que no era conveniente dar cuenta de la historia y fundamentos de las leyes porque era el medio más seguro de “dar en tierra con la autoridad de las mismas leyes, porque en tal caso todo quedaba en manos de intérpretes y glosadores”⁸⁷.

⁸⁵ Texto en MURO OREJÓN, *Estudio*, 15.

⁸⁶ Consulta del Consejo de Indias de 10 de mayo de 1773 (JUAN MANZANO en estudio preliminar a AYALA, *Notas*, I, p. C).

⁸⁷ Ídem, p. CXVIII.

Bajo estos espectaculares avances ¿puede acaso sorprender que décadas después imperase en la jurisprudencia una concepción que limitase su objeto a la exégesis de los cuerpos legales? No es necesario, por cierto, salir del mundo hispano para buscar las raíces de esta corriente, que hallamos inclusive antes de haberse alcanzado a sancionar la moderna codificación.

CAPÍTULO OCTAVO

LA APLICACION DEL DERECHO

Consideraciones generales. I. *La aplicación en un orden casuista*. 1. La imagen del “buen juez”. 2. Los jueces y ministros ante los casos. 3. Las “circunstancias” del caso. 4. Los apoyos jurídicos de la decisión. 5. Las leyes: su entendimiento y aplicación, a) La ley, acomodada a las circunstancias, b) La ley, sometida a la interpretación de los autores, c) Preeminencia de la finalidad sobre el rigor literal, d) Recursos para atemperar el rigor de la ley. e) La dirección particular de la ley, dada por su origen, f) El “no uso” de la ley. 6. La equidad. 7. El arbitrio. II. *La aplicación dentro del ideal sistemático*. 1. La observancia literal y rigurosa de las leyes. 2. Los nuevos criterios de interpretación de Lope de Deza al Marqués de Bajamar. 3. El arbitrio y la equidad bajo la lupa de los críticos. 4. La misión del juez. 5. Contraste del ideal con la vida jurídica.

Consideraciones generales

Mi intención es usar el vocablo aplicación en el sentido más amplio posible, abarcando cualquier modo de ejecutar una norma, ya sea ordinariamente, ya sea a raíz de una situación conflictiva que obliga a la intervención de una autoridad concreta que dirima la cuestión. A su vez, el término *Derecho* debe entenderse —como lo he venido haciendo—

en un sentido abarcador de cualquier norma con fuerza vinculante, sin desconocer que en un ordenamiento como el castellano-indiano, haya sido la ley punto central de atracción. Dentro de la concepción casuista podríamos acaso decir —citando a Vallet de Goytisolo— que “las leyes eran pautas para hallar lo justo concreto, como las reglas del arte lo son para hallar lo bello que, especialmente requiere el esfuerzo del artista al que aquéllas sirven de guía y pauta”¹. Para los casuistas, la aplicación era el momento mismo en que se realizaba el Derecho. No quedaban los sistemáticos tan lejos de esta idea, pues aunque el acto creador residía en la elaboración de la norma general y abstracta, esta instancia de aplicación representaba la concreción de la norma en la realidad, a través del caso particular. Aunque la óptica fuese distinta, lo cierto es que el tema de la aplicación nos lleva a una observación de la realidad social, en donde el Derecho se concreta a través de las plasmadas en las situaciones planteadas.

Bajo esta hipótesis, nuestra indagación aparece rodeada de las máximas expectativas y exigencias, muchas más de las que será posible satisfacer, dada la escasez de estudios profundos sobre la aplicación del Derecho realizados en el ámbito castellano-indiano. El terreno está sembrado de tópicos o juicios vulgares que dificultan ese examen. Ante la constatación de oposiciones o desajustes entre la realidad y la ley, historiadores y sociólogos —seguidos de un coro de ensayistas— han acuñado teorías y expresiones que marcan el divorcio entre una y otra, llegándose a establecer el “desprecio a la ley” como un carácter propio del espíritu hispanoamericano, incubado en aquellos siglos. El mismo Ricardo Levene estableció una distinción entre un derecho “teórico” constituido por la ley dada en España, con especial referencia a la Recopilación de 1680, y un Derecho “aplicado”, surgido en América². Frente a estas teorías o expre-

¹ VALLET DE GOYTISOLO, “Los juristas”.

² LEVENE, *Introducción*, 30, 32-33, 284 y 286-287; *Historia*, I, 95, 273 y 288.

siones, no faltaron quienes, recurriendo a otros ejemplos y casos, empezaron a mostrar cómo se aplicaban y cumplían determinadas leyes, naciendo así un contrapunto inagotable, pues en verdad cada posición podía aducir testimonios en base a los cuales pretendiese alzarse con la victoria en la alternativa planteada.

El vicio fundamental que quita fuerza a ambas posturas es —a mi juicio— que toda la argumentación se desenvuelve desde una óptica legalista. Sólo se contempla el fenómeno jurídico a través de la ley, sin atender a que en las Indias existía una pluralidad de modos de creación del Derecho. Además, se parte de una noción rígida e inmutable de la ley, en contraste con una realidad varia y dinámica. Como dice Góngora, ni la legislación del siglo XVI debe considerarse automáticamente vigente ni suponer que toda infracción a una ley implica inexistencia del Derecho. La ley, agrega, “solo aparecía como una cristalización pasajera y condicional del Derecho”³.

García-Gallo ofrece, en pocas y certeras páginas, los lineamientos metodológicos para superar aquel contrapunto⁴. Partiendo de la existencia de una pluralidad de fuentes, y destacando el sentimiento jurídico del pueblo español, contrario a un estado de violencia y antijuridicidad, distingue cuatro tipos de actos o situaciones contrarios a la ley, a saber: a) las *violaciones a la ley*, ya por pura manifestación delictiva, ya respondiendo a otra concepción del orden social, diferente a la legal, que pugnaba por abrirse paso; b) la *inobservancia de la ley*, ya fuese por desconocimiento, ya por haber sido superada por otra norma introducida en el ámbito local, ya por haber

³ GÓNGORA, *El Estado*, 308-309. Juicios rotundos y antagónicos que dejan perplejos, se leen en páginas de consagrados historiadores. Mientras uno de ellos afirma que el autoritarismo político se mostró en América “todavía más fuerte que en la metrópoli, al encontrarse libre de toda oposición” borrando todo vestigio de interpretar la ley al aplicarla (LALINDE ABADÍA, “La creación”, 325), otro sostiene que entre 1620 y 1750 “el principio vigente en Indias es la manipulación de la ley al servicio de una oligarquía criolla autónoma que impone sus intereses” (CÉSPEDES DEL CASTILLO, *América hispana*, 302-303).

⁴ GARCÍA-GALLO, “Problemas metodológicos”, 94-103.

sufrido excepciones o variaciones el precepto originario; c) las *leyes "programáticas"*, cuyos principios generales y declarativos tenían aplicación más restrictiva, dado el juego de situaciones y factores actuantes en la realidad; y d) las *leyes injustas o perjudiciales* que no eran cumplidas, en tanto se entablaba el recurso de súplica ante el legislador.

Es también necesario matizar esa difundida creencia del divorcio entre las leyes dadas en la Península y la realidad americana. Bien vale recordar que las decisiones del Consejo de Indias y las cédulas que en virtud de ello se despachaban eran consecuencia de las propuestas, peticiones o quejas provenientes del Nuevo Mundo, dándose así un entramado en la gestación de la norma, que tenía su correlación en el dictado de la misma y en su consecuente aplicación. Es probable, no obstante, que en algunos casos la mentalidad peninsular haya impregnado determinadas soluciones y que en otros las normas hayan tenido un origen ajeno a la situación americana, como se ha señalado con relación a la pragmática de 1776 sobre matrimonios de los hijos de familia⁵. Hay que atender, en fin, a los posibles cambios de ritmo entre mentalidad peninsular y realidad americana. Lo que parece a todas luces insostenible es la afirmación de esa separación como nota general e invariable a través del tiempo.

Queda al descubierto la complejidad de la cuestión. Si bien estas consideraciones pueden hacerse sobre cualquier ordenamiento, tienen particular agudización en el nuestro, en razón de la singularidad del proceso colonizador hispano, dadas las diferencias de regiones y situaciones, la convergencia de sentimientos, aspiraciones y mentalidades, y la distancia que separaba a las autoridades supremas de las áreas de aplicación del Derecho. Esto se pone de relieve en la contraposición de opiniones que, en pleno siglo XVI, se daba entre quienes, utilizando el mismo argumento de que se trataba de una "tierra nueva", se inclinaban unos a recomendar un mayor rigorismo y otros a abogar por la mayor

⁵ VIAL, "Aplicación", 335 ss.

blandura o benignidad en la aplicación normativa⁶. ¿Es esto mismo lo que descubre María Luz Alonso al referirse a una humanización del Derecho penal, que advierte en la práctica indiana?⁷.

Aquellos lineamientos de García-Gallo no se han plasmado, como era de esperar, en una línea de estudios que observaran esa dirección. Ello es llamativo dado el interés prioritario que el planteo tiene no sólo para la Historia del Derecho, sino también para otros temas que atraen a los americanistas, en los cuales tiende a subrayarse absoluta y simplemente el papel de las leyes y reglamentaciones estatales, sin atender a las condiciones expuestas y a la existencia de otros modos de generar el Derecho. En este punto, es preciso destacar como investigación modélica la realizada por Magnus Mörner, consagrada al problema de la separación residencial de los aborígenes, con el consiguiente incumplimiento de las leyes generales indianas en la materia. Para ello, el autor sagazmente se propuso ilustrar sobre “el interjuego y los contrastes entre la ley y la realidad social”, como asimismo atender a la diversidad regional y a la innovación temporal⁸.

En este capítulo he efectuado una división principal, para atender de una parte a la aplicación dentro de un orden casuista y de otra a verificar los esfuerzos emprendidos por la idea sistemática en este terreno. Al final he agregado un examen de la vida jurídica contrastada con ese ideal. Podremos así observar la forma de operar de cada concepción y también apreciar, en época tardía, la persistencia de rasgos casuistas, que se mantenían a despecho de las teorías contrarias. No es arriesgado que, mientras en la didáctica jurídica asomaron tempranamente los primeros retoños sistemáticos, en la aplicación del Derecho, en cambio, es donde puede observarse una mayor persistencia de la mentalidad

⁶ MARILUZ URQUIJO, “El concepto de tierra nueva”, 400-402.

⁷ MARÍA LUZ ALONSO, 225.

⁸ MÖRNER, en especial pp. 12 y 389.

casuista. ¿Acaso ésta desapareció totalmente en el siglo XIX, la centuria sistemática por excelencia?

I. LA APLICACION EN UN ORDEN CASUISTA

El centro de atracción en un orden casuista era naturalmente la solución adecuada de los casos dados. Ello se daba tanto cuando se trataba de ejecutar determinada disposición o cuando se decidían los conflictos en los ámbitos de gobierno y de justicia. Quienes estaban encargados de hacerlo —ministros y jueces— gozaban de una facultad decisoria amplia. En la creencia social dominante, el hombre aparecía como eje de la organización política y jurídica, en contraposición a la despersonalización que sobrevendría tiempo después, cuando el racionalismo depositara su confianza en la razón, encarnada en la ley, y predicara el recelo ante el hombre-juez. Maravall ha extraído aquel ideario de los escritores políticos del XVII al decir que “piensan que en el mismo hombre se alumbra la razón, cuyos postulados van ligados a aquél y por aquél han de aplicarse libremente en su conducta individual y social”. Y agrega: “Todo principio, toda regla racional para hombres, solo por hombres es realizable, solo a través de ellos puede encarnar”⁹.

Según Malagón Barceló, la presencia de este elemento fue aún mayor en América, pues “por razones de medio ambiente y como consecuencia de poder, la mayor o menor trascendencia de una institución dependió de aquellos llamados a hacerla realidad”. Sostiene que en los documentos procesales “se encuentra vivo y actuando el derecho, modificado frente a la ley por causas diversas que incluso llegan a negar o desconocer el precepto legal, adoptando modalidades propias diferenciadoras de las diversas audiencias entre sí y sus paralelas castellanas”¹⁰.

Esta atención prestada al elemento humano como deci-

⁹ MARAVALL, *La teoría española*, 230.

¹⁰ MALAGÓN BARCELÓ, “Pleitos”, 205-206.

sivo en la aplicación del Derecho estimuló a los escritores políticos, a teólogos moralistas y a juristas a trazar imágenes del “buen juez” o del “perfecto ministro”. También la legislación se sintió llamada a crear determinadas condiciones materiales para asegurar una administración de justicia libre de toda contaminación o desvío. Aquellos escritos se encargaron de establecer cómo debían proceder, cuál era su poder de decisión y cuáles sus limitaciones.

Además de esto se impone hacer una nueva estimación de las “circunstancias del caso” y examinar por último los elementos jurídicos que les servían de apoyo. Un conjunto de problemas puede articularse en torno a la aplicación de las leyes indianas, con sus incumplimientos, dispensas, templanzas y tolerancias; a la interpretación, como llave maestra operada por los autores; y a los temas-claves de la equidad y del arbitrio o albedrío de los jueces. Este haz de asuntos que presentaré en las páginas siguientes, ayuda a comprender un orden jurídico que es de difícil aprehensión para el estudioso contemporáneo.

1. La imagen del “buen juez”

En las plumas de juristas, políticos y moralistas es posible observar un constante ejercicio en búsqueda de delinear la figura del “buen juez” o del ministro “cabal” que sirviera como arquetipo para elegir a quienes más se identificaran con ese modelo y también para encauzar en la misma dirección a quienes desempeñaban los oficios. Son casi siempre imágenes ideales, en donde se conjugan idoneidades y virtudes difícilmente posibles de reunir en una misma persona. Bien miradas, eran metas fijadas, antes que por los propios autores, por el sentimiento colectivo y por la necesidad de dar adecuado funcionamiento a un orden cuya eficacia reposaba —más que ningún otro— sobre las calidades personales de ministros y jueces. Las imágenes se alimentaban, a veces, en la crítica a la realidad. No eran,

simplemente, ni fiel reflejo de esa realidad ni tampoco artilugios para encubrir vicios de la justicia. A través de estas vías indirectas se buscaba una progresiva mejora en la calidad personal del juez o del ministro ejecutor. Ideal y realidad podían estar, pues, algo distantes...

En estas imágenes no se observan cambios sustanciales a lo largo de las tres centurias, aunque desde luego al avanzar el siglo XVIII el mayor rigor en la aplicación de las leyes reales puede matizar —cuando no invalidar— ciertos perfiles anteriores.

Aunque el extenso número de testimonios de diferente categoría que he registrado no permite establecer con absoluta nitidez un retrato del “buen juez” en el cual todos coincidieran, probablemente se puede afirmar que esas aspiraciones ponían énfasis en exigir al juez cinco calidades principales: *ciencia*, es decir, conocer los libros y las leyes; *experiencia*, en el ejercicio de su ministerio y en el conocimiento de la tierra; *entendimiento agudo*, para aplicar la norma a la medida del caso; *rectitud de conciencia*, comprensiva de un haz de elementos éticos, morales y religiosos; y *prudencia*, como “conocimiento discreto” de lo que se debe hacer u omitir¹¹. Palabras que varían, preferencias que se destacan, lo cierto es que los requisitos apuntaban directamente a reforzar las calidades intelectuales y morales de ese “hombre” que debía enfrentarse con los casos, disponiendo de un amplio margen de libertad en la decisión.

Algunas expresiones sintetizan esas exigencias. Desde México, el licenciado Altamirano reclamaba en el juez “letras y conciencia”¹². Poco después, en 1559, Felipe II asentaba las mismas palabras en respuesta a una consulta del Consejo de Indias¹³. Veinte años más tarde, el mismo rey

¹¹ CODORNIU, *Índice*, 329.

¹² Carta al rey, México, 12 de marzo de 1553 (MONTOTO, I, 214).

¹³ Respuesta del 2 de julio de 1557. Agregaba que era preciso supiesen el estilo de las otras audiencias por tratarse de una nueva (HEREDIA HERRERA, *Catálogo*, I, 95, núm. 170).

recomendaba que los oidores fuesen letrados, “muy cuerdos y prudentes”¹⁴. “El juez de ciencia, de conciencia y de desinterés” se titulaba, en 1770, una oración fúnebre salmantina¹⁵. No faltaba quien se atrevía a poner por delante una sola calidad. A propósito del gobierno eclesiástico, un confesor del rey se inclinaba por “un buen juicio sin letras, que muchas letras sin juicio”¹⁶.

Esta cuestión no escapaba a la opinión punzante de Solórzano. Repetía lo consabido: los oidores y demás ministros de las audiencias debían tener las “dotes de ciencia, prudencia y demás virtudes que comúnmente se requiere en los demás magistrados”, pero para las plazas indianas reclamaba los más aventajados en esas virtudes, dándoseles el aliciente de una futura promoción a tribunales peninsulares. Estimaba conveniente que sus personas fuesen investidas de honras y privilegios que enalteciesen su autoridad, pero no por ello los oidores y ministros “se hinchen, ensoberbezcan o desvanezcan mucho”. Debían proceder —agregaba— con “modestia, templanza y costumbres”, de manera que los súbditos viesen en ellos “un puro y cristalino espejo” que les sirviese para imitarlos. Y consideraba que no eran aptos para jueces y gobernadores “los hombres sutiles o que se pagan y precien de novedades y sutilezas”¹⁷. Estas expresiones de Solórzano, a mi entender, traslucen una confrontación permanente entre la realidad defectuosa que él conocía muy bien y las metas a las cuales aspiraba.

Las imágenes se encarnaban a veces en oidores con nombre y apellido, sin perder por ello el valor testimonial de esbozos ideales, deseados por la sociedad. En dos documentos peruanos de 1764, al hacerse el elogio del ministro

¹⁴ Felipe II en respuesta a la consulta del Consejo de Indias, 22 de septiembre de 1578 (HEREDIA HERRERA, I, 233, núm. 601).

¹⁵ Pronunciada por fray Sebastián Malvar y Pintos y editada ese año en Salamanca.

¹⁶ Dictamen de Guillermo Dáubeton al rey, 7 de abril de 1717 (AYALA, Consultas y pareceres, III, 357 vta. en AHN, 754 B).

¹⁷ *Política indiana*, V, IV, 1 y 17; V, VIII, 3 y 28.

decano de la Audiencia de Lima, quedaba estampado el arquetipo del oidor. En esa ocasión, el Consulado informaba que “su desinterés y limpieza; su penetración e inteligencia en los más arduos negocios de Comercio; su incesante aplicación al despacho de las causas; y su aventajada prudencia con que vincula el acierto en sus resoluciones; han hecho muy recomendable su persona en este Comercio”. A su vez, el arzobispo platense decía que desde hacía muchos años todo el reino miraba a dicho oidor “como la luz de aquel Tribunal, y como el consuelo de todos los litigantes, por la copia de sus letras, por la solidez de su juicio, y por el caudal de experiencias, adquirido en tanto manejo de negocios, después de haberse instruido en el conocimiento en los Lugares de este Reino y del de México...”. Agregaba el prelado que dicho oidor tenía “todas las prendas que componen un cabal Ministro: cuales son el desinterés, afabilidad, continua asistencia y única dedicación a lo que es el Despacho del Ministerio y el servicio de ambas Majestades”¹⁸. Es difícil saber si don Pedro Bravo del Rivero —tal el nombre del ensalzado— reunía todas o algunas de esas calidades, pero lo que aquí interesa constatar es que en un documento destinado al rey se hicieran coincidir en la persona de don Pedro las exigencias que configuraban al “buen juez”.

Coincidían las imágenes en conceder al juez un amplio poder de decisión, que permitiera entroncar el orden normativo con el caso sujeto a resolución. Esto se observa aun en aquellos escritos de la segunda mitad del XVIII, en tiempos más legalistas. Por ejemplo, cuando Barbadiño se ocupaba de las calidades del juez, decía: “El temor de Dios, el amor a la verdad, el desinterés, son necesarios, pero no bastan, se requiere ciencia y no poca. No ha de juzgar por su capricho, sino según las leyes; ni es posible que use de ellas bien, sin tener un recto juicio”. Precisamente, consideraba

¹⁸ El Consulado de Lima a S. M. Lima, 2 de abril de 1764, y el arzobispo de la Plata, Pedro Miguel, a S.M. La Plata, 7 de mayo de 1764 (AGI, Lima, 791).

que este recto juicio era “el punto importante de la Judicatura”, ya que le permitía al juez hacer la aplicación de la norma a los casos¹⁹. Desde otro enfoque, el regente novohispano Vicente de Herrera remarcaba la existencia de un espacio, en donde se imponían las calidades del juez para la aplicación del Derecho. Decía Herrera en un parecer dado en 1782 que, como las leyes y disposiciones generales no podían comprender todos los casos, “el buen juicio, literatura, política y discreción de los Señores Jueces ejecutores, sirven para las ocurrencias fuera de ellas”²⁰. En este mismo sentido, también es dable observar el énfasis que en la integridad moral de los oidores, como requisito para el desempeño del oficio, ponían los predicadores de cuaresma en los sermones de tabla ante la audiencia de Buenos Aires a fines del XVIII y principios del XIX²¹.

La Corona intentó resguardar esta imagen ideal con medidas singularmente protectoras, entre las cuales se destacan dos de mediados del siglo XVI. Entre 1549 y 1550 dispuso con inusitada firmeza y rigor, apartar al oidor de la sociedad en la cual ejercía su oficio, prohibiéndole hacer tratos y contratos, y poseer hacienda o propiedad en todo el distrito de la Audiencia o en otra tierra sujeta a la misma, a cambio de fijarle un adecuado salario y concederle ciertos distintivos de rango social. El aislamiento del juez se completó con la disposición dada en 1575, por medio de la cual se le prohibió, sin licencia real, contraer matrimonio dentro del distrito a él y a sus hijos, consumándose así, de modo teórico al menos, la idea de “encerrar a los jueces dentro de una campana neumática”²². Es obvio que tan severas medidas de aislamiento estaban determinadas por la amplia facultad decisoria de que gozaban los jueces, pero también por la

¹⁹ BARBADIÑO, IV, 104.

²⁰ Ordenanza de la división de la nobilísima ciudad de México en cuarteles, creación de los alcaldes de ellos y reglas de su gobierno. México, 1782, 36-37 (ejemplar impreso en AGI, México, 1433).

²¹ RÍPODAS ARDANAZ, “Los sermones”, 267-269.

²² LOHMANN VILLENNA, *Los ministros*, p. XXII.

consabida peculiaridad indiana, ya que esas prohibiciones no se extendían a los magistrados que residían en la Península.

El pretendido aislamiento no se logró. ¿Acaso era una utopía más, en el siglo de las utopías? Aunque ante un reclamo inicial, cuando se implantó la primera de las dos medidas reseñadas, la Corona endureció su postura prohibitiva —sobre todo lo cual da cumplida noticia Luis Navarro García²³—, lo cierto es que la comprensión y tolerancia, las licencias e interpretaciones anchas, y los fraudes y ocultamientos²⁴, se encargaron de romper ese encierro artificial que se había pretendido imponer. ¿Puede decirse que esto último fue dañoso para la buena administración de justicia? ¿Hubiera sido posible mantener con rigidez ese aislamiento de la sociedad? Si la primera pregunta no tiene respuesta certera, la segunda debe ser indudablemente negativa.

En contraste con estas medidas hallamos otras que tienden a desproteger esa imagen. En efecto, las urgencias financieras llevaron a la Corona desde el reinado de Felipe IV a percibir un “beneficio” o servicio pecuniario por los oficios con jurisdicción, entre los cuales figuraban plazas de oidor, alcalde de crimen y fiscal en las audiencias²⁵. Bajo este régimen, muchos criollos obtuvieron, especialmente en la primera mitad del XVIII, el ingreso a esos tribunales²⁶. El “beneficio” fue resistido por el Consejo de Indias, mal visto por Solórzano²⁷ y duramente enjuiciado en aquella pregunta que el marqués de Varinas hacía al rey: “Señor, si al ministro se le vende el oficio ¿quién le podrá castigar cuando venda la Justicia?”²⁸. He podido observar que tanto el fiscal como el Consejo de Indias trataban de defender “la línea

²³ NAVARRO GARCÍA, 11-15.

²⁴ En lo que respecta a matrimonios, véase RÍPODAS ARDANAZ, *El matrimonio*, 317-349.

²⁵ Sobre esto, véase MURO ROMERO, “El ‘beneficio’”, 311 ss.

²⁶ BURKHOLDER y CHANDLER, 29 ss.

²⁷ *Política indiana*, V, IV, 7.2»

²⁸ VARINAS, 57.

regular” de los ascensos en base a los méritos y servicios prestados en otras audiencias, procurando evitar la interferencia del servicio pecuniario²⁹.

¿Este resistido “beneficio” enturbió aquella imagen ideal? ¿En qué medida ello perjudicó al modo casuista de aplicar el Derecho? ¿Hubo excesos y abusos que condujeron a preferir un orden legal estricto? Estimo que son estas preguntas importantes que aún no es posible contestar adecuadamente. En las últimas décadas los estudios han avanzado en lo relativo a la composición social y procedencia de los ministros de las audiencias³⁰; pero todavía falta conocer en qué medida esos lazos de parentesco y de compromisos económicos comprobados ejercieron una decisiva presión sobre las resoluciones de los tribunales. ¿Influyeron más esos factores que las reglas morales o religiosas y que las eventuales visitas y controles reales? ¿Aquellas imágenes ideales ejercieron presión sobre las conciencias, y hasta dónde alcanzaron?

2. Los jueces y ministros ante los casos

Abro esta cuestión con el capítulo que Solórzano dedicaba en la *Política indiana* al modo de proceder de los oidores indianos en la resolución de los asuntos litigiosos³¹. En estas páginas se ponía de manifiesto una vez más el amplio horizonte que disfrutaba el juzgador dentro de un orden casuista y el papel decisivo que le correspondía en la aplicación del Derecho. Veamos sus principales puntos, traducidos en advertencias o consejos.

Lo primero —decía Solórzano— es la igualdad en juzgar a pobres y ricos, a desvalidos y poderosos, pues “no han de

²⁹ Como ejemplo, el caso del licenciado Juan de Céspedes, en 1695, que origina dictamen fiscal, con aprobación del Consejo y también consulta de la Cámara (AGI, Charcas, 8 y 9).

³⁰ Se destacan los de LOHMANN VILLENA, *Los ministros* y BURKHOLDER y CHANDLER.

³¹ *Política indiana*, V, VIII.

mirar las personas, sino las causas, administrando a todos justicia y gracia con igualdad”. Lo segundo, la brevedad en el despacho de las causas, no dando lugar a la dilación buscada por algún litigante, ni tampoco a la producida por el estudio excesivo por parte de los oidores. Lo tercero, que una vez vistos y examinados los negocios sencillos se voten, reservando para deliberar en el Acuerdo los asuntos arduos. El cuarto consejo se dirigía a recomendar que antes de votar los oidores depusieran la ira, el odio y la amistad. Sus dictámenes debían ser concisos y claros, no dejándose llevar de “sutilezas de ingenios, consideraciones metafísicas, o ápices del derecho”, a los cuales consideraba “buenos para ejercitarse en escuelas” y reprobables en los tribunales, pues —agregaba— jamás deben juzgar “por sólo su ingenio y capricho, apartándose de la escrita, y bien cimentada y practicada jurisprudencia”.

En la quinta advertencia, Solórzano desplegaba un sustancioso asunto: la libertad de votar y la disidencia de opiniones y pareceres. Decía que las audiencias se fundaron “para que se entendiese mejor la verdad, y justicia de los litigios y litigantes que mientras pasa por más ojos, y votos, sale más acendrada”. Agregaba que su primera ley “es, y debe ser, que cada cual pueda decir, y diga libremente lo que sintiere, y que disentir en los votos no induzca en manera alguna disensión, ni discordia en los ánimos de los sufragantes, ni disminuya su amistad”. Defendía igualmente Solórzano la libertad del oidor de mudar su opinión si oyese en el Acuerdo otra más acertada, o si cambiasen los tiempos y razones, o aun si esto no ocurriese. Defendía también esa misma libertad ante los virreyes y presidentes —sexta advertencia— y sostenía que quienes presidían consejos y audiencias “dejen que sus ministros puedan decir, y digan libremente lo que sintieren, aunque a ellos no les sea muy agradable, o se opongan derechamente a su dictamen y parecer”. Bajo la invocación de Homero, consideraba que aquéllos debían oír a todos y después escoger lo que juz-

gasen por más acertado “pesándolo y pensándolo con prudencia, sin quererse fiar de sí solo”. La defensa de la libertad del oidor para dar su parecer llegaba finalmente al punto de sostener su dictamen aun cuando nadie lo acompañara “porque al que vota no le toca mirar lo que ha de salir resuelto por mayor parte, sino lo que él, en Dios, en su conciencia, y prudencia debe votar y aconsejar, informado de buena y desapasionada razón...”. La disidencia de pareceres era considerada como propia de la naturaleza humana, e invocando a Cicerón afirmaba que, como en los cuerpos, en los rostros, en el habla, así también en los ánimos, opiniones y pareceres convenía que hubiesen las mismas y aún mayores variedades.

La séptima advertencia se refería al secreto y recato que debían observar los oidores con relación a lo que ocurriese en los Acuerdos; y la octava establecía que después de votar “se ha de publicar, pronunciar y ejecutar lo que saliese resuelto por mayor parte”, firmado por todos. Exaltaba Solórzano la integridad de estos cuerpos, los cuales —decía, citando a Fontanela— parecen asistidos por Dios “para que siempre juzguen y arbitren lo que es conforme a razón, equidad y justicia”.

Los juicios y las estampas solorcianas contenidos en este precioso capítulo —cuyo verdadero colorido y fuerza expresiva solo pueden alcanzarse con su íntegra lectura— están impregnados de un sutil y fino sentido crítico, frecuentemente apoyados en una cita clásica, o de otro autor grave, en un ejemplo elocuente y también en su propia y rica experiencia peruana. Penetra agudamente en el círculo menor de las vanidades y pequeñeces de los humanos, percibiéndose diluidas las posibles siluetas de jueces coetáneos. La apasionada defensa que hacía de la libertad del oidor para dar su parecer y voto suena más a un reclamo que a una ajustada descripción de la realidad. De este modo Solórzano, nutriéndose en ese cotidiano vivir, levantaba su mirada hacia unos parámetros ideales.

El objeto de este discurso —y el mismo interés demostrado en marcar unas pautas de comportamiento— es indicativo de la importancia asignada al factor humano en la labor de aplicar el Derecho. Exigía Solórzano unas condiciones en ese proceder: igualdad, brevedad, estudio y deliberación, ánimo exento de ira, odio o amistad, libertad de opinar y votar, concisión y claridad, secreto y recato. El juzgamiento debía ser conforme a “razón, equidad y justicia” y su límite estaba fijado en “la escrita y bien cimentada y practicada jurisprudencia”. Se puede concluir que el juzgar no aparecía como una operación mecánica de aplicación de las normas, sino como una esmerada elaboración que se hacía en torno al caso planteado, reglada por pautas, que mostraba la decisiva participación del factor humano. En este sentido, el testimonio ofrecido es altamente representativo tanto por lo que recoge, como por lo que seguramente influyó en sus asiduos lectores durante más de ciento cincuenta años.

Para confirmar, si cabe, este aporte solorciano es oportuno volver a otro texto, ya utilizado, de Antonio de León, apreciándolo ahora en el hilo de la exposición que vengo desplegando. Cuando presentaba su *Política de las grandezas* se empeñaba en señalar el provecho que resultaría a quienes usaran su proyectado libro. “La buena sentencia —decía— es del juez, que ha oído las partes, y después estudiado el derecho de cada una”. Y agregaba: “No basta para juzgar bien, oír a quien sabe bien, si el juez no está en los principios de lo que se trata, para entender la fuerza de los argumentos y razones. Si la variedad de las circunstancias hacen tal vez vacilar la resolución, el que está firme en la verdad, y entiende los fundamentos, fácilmente sale de la dificultad: como al contrario el que inadvertido de las causas las juzga *a posteriori* por los efectos, se deja vencer de apariencias muy accidentales, por faltarle los medios para penetrarlas”. León continuaba: “Para esto se inventaron las Ciencias; éste fue el origen de las Historias; y ésta la utilidad

de las Artes: donde, si no hallamos decidido el caso que buscamos, porque como dice el Derecho: *plura sunt negotia, quam vocabula*: tenemos fundamentos científicos, ejemplos históricos y preceptos políticos con que discurrir hasta calificar y resolver”³².

Nuevamente apreciamos en este texto una imagen del juez que estaba lejos de ser un mero instrumento de aplicación mecánica de la norma. Si se pretendía alcanzar una “buena sentencia” era preciso que el juez hiciera una elaboración intelectual, apoyada en elementos científicos, históricos y políticos, orientada por oír, saber, estudiar, medir las circunstancias de cada caso, que permitiesen discurrir y finalmente resolver.

Huarte de San Juan apuntaba en la misma dirección cuando establecía como idoneidad básica del jurista y del juez, el poseer un “grande entendimiento”, ya que el juzgar como el abogar “se hacen distinguiendo, infiriendo, racionando y eligiendo”³³. Este entendimiento era el que llevaba al jurista a proceder como el “buen sastre”, en la ingeniosa alegoría por la cual así como éste “corta de la pieza el talle del que se la pide”, del mismo modo el juez “toma la medida al caso y le viste la ley que le determine, y si no la halla entera, ni en los propios términos, hácele una vestidura de remiendos y pedazos del Derecho”³⁴. La creación jurídica por parte del juez o del jurista ante el caso concreto aparecía aquí resaltada, sobre todo si tenemos en cuenta que eran muy escasas las ocasiones en que una ley podía aplicarse con precisión a la situación dada.

Los discursos políticos ofrecidos en 1645 por Gaspar de Seixas y Vasconcelos³⁵ constituyen una nueva prueba de la atención que merecía ese factor humano en la realización del Derecho. Dicho libro estaba enmarcado dentro de la

³² LEÓN, *Política*, 522-523.

³³ HUARTE DE SAN JUAN, 462.

³⁴ CASTILLO DE BOBADILLA, I, VI, 30. Lo recoge, con alguna variante, de HUARTE DE SAN JUAN, 461.

³⁵ SEIXAS Y VASCONCELOS, *Tropheos*.

vigorosa literatura moral del Barroco y su contenido es denso en reflexiones acerca de cómo debían proceder los ministros de las audiencias en la atención de quienes concurrían al tribunal para reclamar justicia. Un supuesto daba tema al libro: los supremos ministros, imitando a Dios, tenían por primera obligación oír a todos. Es decir, la administración de justicia partía de esa relación personal, previa y necesaria, entre el juez y las partes. Seixas discurría acerca de cómo se podía cumplir tan elemental precepto, dentro de las ocupaciones del ministro. Era una tarea gravosa que había que afrontar con ánimo dispuesto al sufrimiento, exaltando a la paciencia como sustento de todas las virtudes que debían observar. Al mostrar cómo ejercitarla, el autor entraba en una prolija disquisición muy del gusto de la época, acerca de lo que el ministro podía hacer frente a los diversos tipos de personas que concurrían al tribunal. Siempre subrayaba la necesidad de atender a todos y oír aun la mínima circunstancia. Tan abundante y casuística descripción para atender la relación personal entre el ministro supremo y las partes puede resultar desconcertante para el jurista actual. Es que aquélla solo tenía sentido dentro de un orden jurídico que colocaba en primer plano al hombre y al caso, rodeados de sus propias circunstancias.

Estas convicciones llegaron a plasmar expresiones aún más radicalizadas, que ponían el acento de modo absoluto en la persona del juez. Este es el sentido que advierto en Reina Maldonado cuando, al referirse a la justicia eclesiástica, afirmaba que “el Prelado ha de ser una viva ley, un *Ius*, o derecho animado, de suerte, que acudan a él, no como a hombre, sino como a la misma equidad y justicia”. Y aun agregaba: “que esto es ser Prelado, ser juez, ser Pastor y padre de todos, pobres y ricos, de grandes y pequeños, de humildes y poderosos”³⁶. Sólo estas expresiones pudieron nacer en un mundo dominado por una concepción, según la

³⁶ REINA MALDONADO, I, 101.

cual el hombre era de manera absoluta —como aquí se lo esboza— o sustancial, el realizador del Derecho.

Fue en el siglo XVII cuando esta concepción alcanzó su punto de maduración, al menos en su expresión escrita, como lo prueban los testimonios exhibidos. Pero su efecto de irradiación fue prolongado. Vale recordar que en 1785 Guardiola y Sáez, siguiendo a Castillo de Bobadilla en la búsqueda del “corregidor perfecto”, decía que “debe oír a ambas Partes, sin dejarse llevar de las primeras impresiones, admitiéndoles sus defensas, conforme a derecho, y atendiendo a las circunstancias de los hechos: y en los delitos considerando la causa, la persona, el lugar, el tiempo, la calidad, la cantidad y el efecto, según así lo considera el buen Médico para curar las graves enfermedades”³⁷.

Quisiera agregar unas consideraciones más sobre esta participación del factor humano en la realización del Derecho, pero referido ahora a la ejecución de las leyes por parte de los ministros encargados de ello.

La ejecución de las leyes es un acto de gobierno, no mecánico, sino integrado al arte político. Necesita por tanto la presencia del hombre, en este caso el gobernador u otro ministro, para darle una aplicación adecuada a las circunstancias. En Castillo de Bobadilla encontramos desplegada, a través de una preciosa alegoría, esta inserción de la ejecución de la ley dentro de la vida social. Dice Castillo que, de la misma manera en que los músicos buscan la armonía y concordancia, el gobernador debe hacer lo propio en su provincia “concertando las voluntades de los mayores con las de los menores, honrando a los unos, y castigando a los otros: a las veces extirpando por justicia los males, y a las veces perdonando con piedad lo que es sufridero: procurando componer las costumbres de los súbditos, no con rigor intolerable, no con remisa flojedad: que lo uno exaspera los súbditos, y vasallos y lo otro les hace perder el respeto, y ser insolentes; sino con tanta prudencia, tiento y cuidado, y de

³⁷ GUARDIOLA Y SÁEZ, 100.

manera que haga acordados y conformes a todos los súbditos, como si todos morasen en una casa; y a los desacordados tráigalos a conformidad y paz con los otros: de suerte, que todos los hombres en sus obras hagan una perfecta y dulce armonía, y una policía de buena concordia; y para hacer esto, mejor y más seguro es no torcer mucho las clavijas, para extender, y tirar mucho las cuerdas, porque no quiebren, que extenderlas hasta que quiebren, porque cuando las extienden mansamente y con suavidad, hacen y dan agradable son, y la que una vez quiebra, rompiéndola con fortaleza, por ningún artificio puede ser reparada ni soldada”. Y —agregaba— “así los Jueces deben usar de piedad, interpretando con ella las leyes, para que los hombres sean corregidos, y castigados, y no muertos o destruidos”³⁸.

Un escritor político al que he acudido en otras ocasiones, Ferrer de Valdecebro, con expresión más concisa se pronunciaba en el mismo sentido al enfatizar como “medios proporcionados con que se aumentan y conservan las Repúblicas todas” el saber “apretar las leyes, o alargarlas...”³⁹. La figura del ejecutor de las leyes aparecía así peraltada en estos textos de vasta circulación, quedándole reservado un amplio espacio en donde su intervención era necesaria.

En el gobierno indiano estas prevenciones se acrecentaban. Sería fastidioso volver sobre documentos ya utilizados anteriormente con distinto propósito, en donde frecuentemente se percibe la indispensable presencia de ese factor humano. Me limito a recordar uno de ellos, aquella memoria breve dada por los consejeros en 1533 sobre lo que se debía ordenar en las Indias con relación a la libertad y buen tratamiento de los aborígenes. No me resisto a reproducir otra vez aquel precioso párrafo, que es muy pertinente a lo que ahora tratamos. Se establecía entonces que las medidas dadas “vayan por vía de instrucción para el gobernador o presidente, y no por precepto, porque según la distancia y

³⁸ CASTILLO DE BOBADILLA, II, III, 13.

³⁹ FERRER DE VALDECEBRO, *La vara vigilante*, 43.

las cosas que allá puedan ocurrir, no se puede dar ley en que no pudiese haber algunas dificultades o peligros, habiéndose de ejecutar a la letra y porque esto se debe todo remitir a la conciencia y prudencia del gobernador o presidente o oidores para que teniendo a Dios delante y el servicio de su majestad lo ordenen como mejor vieses que cumple a pro común y buen gobierno por manera que en todo han de tener facultad de mudar o añadir excepto en lo que toca a la libertad de los indios...”⁴⁰. Sin dejar de reconocer el carácter singular de este testimonio en cuanto al poder excepcional concedido, lo cierto es que dicho pasaje sólo pudo darse dentro de un clima altamente favorable a la presencia decisiva del factor humano en la aplicación normativa.

Según se advierte en esta variada aportación documental que he presentado esparcida en el tiempo, pero centrada en el siglo XVII —no por mera casualidad—, ocupaba lugar central en la mira de juristas y políticos lo relativo a la decisión ya judicial, ya gubernativa de los casos planteados. En ese terreno actuaba poderosamente el factor humano, materializado en las figuras principales del juez o del gobernador. Por esa vía vemos nuevamente estimada la atención que merecía el caso, como eje de la realización del Derecho.

3. Las “circunstancias” del caso

Tuvimos ocasión de constatar el difundido uso de la voz *circunstancias*, referida a las condiciones variables que rodeaban a los hechos y a las cosas en la sociedad de los siglos XVI y XVII⁴¹. Esto mismo se registra en la esfera jurídica. Para los letrados el caso estaba sustancialmente determinado por unas condiciones mudables que lo acom-

⁴⁰ Madrid, 18 de noviembre de 1533 (“Pareceres que en diversos tiempos el Consejo ha dado en cosas generales”, fs. 260-261, BNM, Mss. 904). El texto ha sido reproducido en algunas colecciones documentales con leves variantes.

⁴¹ Véase capítulo I, especialmente punto 6.

pañaban: condiciones de tiempo, persona, lugar, modo, materia, causa y cosa. De tal modo las *circunstancias* actuantes provocaban la constante alteración de la regla fija y general. No había, en suma, precepto posible que pudiese abarcar las *circunstancias* que rodeaban a todos los casos dados en el tiempo. El vocablo es clave en el proceso de aplicación del Derecho dentro de la concepción casuista, y por esta razón es necesario dedicarle atención concreta a través de algunos ejemplos representativos.

En la *Política* de Castillo de Bobadilla he encontrado unos significativos párrafos, los cuales prefiero transcribir a la letra, para que pueda apreciarse cómo juega dentro del discurso esta voz sobre la que colocamos nuestro interés. Leemos lo siguiente: “Y como quiera que todos los hechos de los hombres no se pueden medir por regla de hierro, la cual no puede torcer, según dicen el Filósofo y Egidio Romano, y esto por razón de las *circunstancias*, y de las mudanzas que hay en los hechos, que son sin cuenta, y sin medida, y por eso no los puede reglar ley recta, e igual, que es como regla de hierro, que siempre está derecha: y bien, así como no vendrá una horma igual a todos los pies, si no son todos de un mismo grosor, grandor y largor, conviene, que se reglen los negocios por la regla Lesviana de plomo, que se puede encorvar y aplicar a las *circunstancias* de las obras: y así es necesario, que la ley se encorve y acomode, tal vez al rigor, y tal vez a la misericordia: y por esto el Derecho Positivo se llama Derecho de cera, porque siendo la *circunstancia* digna de piedad, el Juez modifique, y ablande su sentencia más de lo que la ley manda: y por el contrario, si la malicia de la culpa lo merece, la endurezca con más estrecha y rigurosa justicia de lo que la ley positiva dispone...”⁴². Más adelante agregaba: “porque esta compañía y trabazón de la justicia y misericordia consiste en examinar las circunstancias de los negocios, discurremos brevemente por las reglas, que para la noticia de esto podrá

⁴² CASTILLO DE BOBADILLA, II, IV, 1, 2 y 3.

guardar el corregidor, y digo, que por las *circunstancias* se regula y mide la pequeñez o grandeza de las obras y de las honras, y de los delitos según Aristóteles y fray Alonso de Castro: y por las cosas que preceden, y se siguen, se declara la verdad de ellos y se alumbra el entendimiento para proveer⁴³. Para discernir con prudencia los delitos e imponer las penas, decía Castillo que era preciso tener en cuenta la causa, la persona, el lugar, el tiempo, la calidad, la cantidad y el suceso, circunstancias éstas que podían llevar a los jueces a aumentar o disminuir las penas⁴⁴. Y concluía: “Y como quiera que todas las dichas consideraciones y *circunstancias* se fundan en razón, y según los Filósofos, no caen debajo de arte, por su grande variedad, y se dejan al arbitrio de prudente Juez, pueden muy bien para el juicio de ellas la misericordia y el rigor, y fortaleza estar juntas con la justicia⁴⁵”.

Según se puede apreciar, en las seis veces registradas, el vocablo *circunstancias*⁴⁶ era clave para explicar y dirigir el proceso de aplicación del Derecho. Para Castillo sólo “cuando la ley en propios términos comprende el hecho y cuadra al caso sucedido, no puede el Juez sin causa en justicia, ni en conciencia... moderar la pena de ella⁴⁷”.

Las *circunstancias* como articulación entre el Derecho escrito en leyes y autores y la realidad estaba en la pluma de Huarte de San Juan al explicar los requisitos exigidos por el arte de abogar y juzgar⁴⁸. También estaba en la de Barbadíño, quien reclamaba jueces que tuvieran “exactísimo juicio” y para ello, entre otros elementos, debían “conocer la fuerza de muchas circunstancias, que son capaces de mudar el aspecto de los casos⁴⁹”.

⁴³ Ídem, II, IV, 10.

⁴⁴ Ídem, II, IV, 11-18.

⁴⁵ Ídem, II, IV, 19.

⁴⁶ En las transcripciones anteriores he resaltado dicha voz colocándola en letra bastardilla. Otras referencias en ídem, I, V, 18 y II, X, 34.

⁴⁷ Ídem, II, IV, 1 y II, III, 34.

⁴⁸ HUARTE DE SAN JUAN, 462.

⁴⁹ BARBADIÑO, 104.

Las *circunstancias* como elemento determinante en la realización del Derecho aparece expresado en muchos documentos y en la pluma de sagaces escritores y juristas⁵⁰. Aun en época tardía hallamos expuesta esa convicción, como por ejemplo lo revela un dictamen del fiscal bonaerense Márquez de la Plata, en 1788. Ante una consulta de los ministros de la Hacienda acerca de cómo se distinguían los gastos ordinarios de los extraordinarios, dicho ministro estimaba que no era posible dar una regla fija y general que fuese comprensiva de todos los casos que se ofrecieran, y que “el gasto mismo según el caso que se presente y las circunstancias que concurren, ha de dar a conocer su naturaleza”⁵¹.

Esta extendida convicción puede también verificarse con algunos ejemplos extraídos de la actividad misma del Consejo de Indias. Hay en este sentido una precisa regla general que, originada en un decreto de Felipe IV de 1622, se incorporó luego a las Ordenanzas de 1636 y más tarde a la Recopilación de 1680. Es decir, un precepto directivo con extendida vigencia. Decía dicha regla, referida a pretensiones de partes: “El consultar y resolver algunos negocios por la consecuencia de lo que se ha hecho en otros, trae consigo muy grandes inconvenientes, porque no en todos pueden concurrir unas mismas causas y *circunstancias*; y así encargamos a nuestro Consejo de Indias, que cuando se hubieren de tratar y consultar negocios de esta calidad, y que se tuvieren por ordinarios, se advierta mucho al estado que las cosas tuvieren al tiempo que se tratare de ellas, y se hubiere de hacer la consulta, para que con esta consideración se traten y resuelvan las materias más ajustadamente”⁵². Otra vez aquí el vocablo —que he subrayado en el texto—

⁵⁰ Algunos ejemplos: SOLÓRZANO, *Política indiana*, IV, X, 47 y VI, X, 27; SAAVEDRA FAJARDO, *Introducción*, II, III; ÁLVAREZ DE ABREU, 222-223, núm. 441.

⁵¹ Hizo suyos estos conceptos la Junta Superior de la Real Hacienda (AGN, Hacienda, leg. 27, exp. 694, IX, 33.2.6). Dato proporcionado por el doctor Abelardo Levaggi.

⁵² Decreto de 26 de noviembre de 1622 (AGI, Indiferente General, 615). Incluido como ordenanza 20 (1636) y recogido en RI, II, II, 20.

aparece como instrumento de enlace entre las reglas existentes —esta vez los ejemplares— y la resolución de los negocios, resaltándose que la realización del Derecho no es la aplicación de una norma dada sin más, sino la consideración de las causas y circunstancias que concurren al tiempo en que es preciso resolver.

Poco después de este decreto se suscitó una cuestión concreta, en la cual el Consejo aplicó ese criterio. En efecto, ante un mandato del rey para que el Consejo se pronunciara acerca de si los ministros que no habían acabado de dar sus residencias podían ser propuestos para otros oficios, se redactó en 1624 una consulta. En la misma se expresaba que “por las leyes de estos Reinos se dispone no puedan ser proveídos los gobernadores ni corregidores a otro ningún oficio hasta tanto que la residencia del que sirviere sea vista, consultada y ejecutada, y en las leyes y ordenanzas de las Indias no hay otra ninguna que hable ni disponga en esta razón”. Sin embargo, su uso “en el estilo y costumbre que se ha tenido en este Consejo parece ha sido conforme a los tiempos y *circunstancias* porque en algunos se ha observado con más rigor esta ley que en otros”, debiéndose considerar la distancia y tardanza con que se determinan dichas residencias en perjuicio de las personas beneméritas al quedar suspendidas sus pretensiones a otros oficios. Agregaba que “así parece no debe hacerse regla general sino que según la ocurrencia de los casos, calidad de los cargos, aprobación y satisfacción que se tuviere de las personas que los sirven” se hicieran las propuestas a dichos nuevos oficios sin aguardar necesariamente el fin de sus residencias cuando se tratase de personas que se juzgasen a propósito para desempeñarlos. El rey se conformó con este criterio⁵³. Dos aspectos caben destacar aquí: el uso concreto del vocablo *circunstancias* para referirse a cómo había actuado el Consejo hasta el momento; y la remisión tácita a dicha voz cuando establecía

⁵³ Consulta del Consejo de Indias, 15 de abril de 1624 (AGI, Indiferente General, 754). En el texto se ha resaltado la palabra que examino.

el criterio a seguir en adelante. Su utilización era, pues, decisiva en los fundamentos y en la resolución del asunto planteado en la consulta.

Otro ejemplo. Este corresponde a la segunda mitad del XVIII y en el mismo surgió nuevamente el uso determinante de esta voz en la decisión del Consejo de Indias. Se trata de una agitada cuestión planteada en Nueva España con relación a la jurisdicción de los diputados de comercio de Cádiz en el pueblo de Xalapa. Como es sabido, durante varios decenios la Feria de Xalapa se convirtió en nudo vital del comercio novohispano, siendo teatro de divergencias y acuerdos entre los comerciantes peninsulares y locales. La lucha entre ambos comercios y consulados —los de Cádiz y México— colocó a la Corona entre dos fuegos. Una de las cuestiones fue, precisamente, la de la jurisdicción de los diputados gaditanos que pretendían continuar ejerciendo una vez finalizada la Feria correspondiente a la flota arribada a esas tierras en 1760. Francisco Xavier de Gamboa, diputado del comercio novohispano, se quejaba entonces ante el rey en razón de que, pese a las reales cédulas prohibitivas, el Virrey con acuerdo de la Audiencia, había prolongado el ejercicio de esa jurisdicción en perjuicio de la del Consulado de México. Pedía que, conforme a dichas cédulas, a la costumbre y a otras decisiones, se dispusiera la caducidad de esa Diputación y su consiguiente jurisdicción una vez concluida la Feria. En realidad, la controversia tenía origen en que la abundante mercadería llevada en las dos últimas flotas no había podido venderse en su totalidad durante dicha Feria. El fiscal del Consejo apoyó a Gamboa, desechando las razones esgrimidas por el Consulado de Cádiz, a quien se le había pedido informe.

En cambio, el Consejo aplicó nuevamente el criterio ya conocido, haciendo una especial estimación de las nuevas circunstancias que se planteaban. En efecto, decía que “no se puede dar providencia fija” ya que la adoptada en las cédulas mencionadas fue con arreglo a que las mercaderías

enviadas en las flotas eran limitadas y por lo regular no quedaban sobrantes de consideración al concluir la Feria. Pero, últimamente, con el aumento de las mercaderías transportadas, habían quedado crecidos rezagos, por lo que parecía conveniente aprobar la disposición virreinal, disponiendo que esto mismo se aplique también “en iguales *circunstancias*” pero con límites de tiempo y materia. El rey aprobó la consulta y dispuso que “sólo en los casos que versen iguales *circunstancias*, providencie el Virrey por el intermedio de darme cuenta y recibir mis órdenes”⁵⁴.

Cabe apuntar ante este ejemplo una doble consideración sobre el valor atribuido a las *circunstancias*. Desde una primera perspectiva, aparecía como un factor poderoso que alteraba las leyes establecidas; de otra, era un elemento modelador del futuro Derecho, pues expresamente se establecía la persistencia de la solución virreinal adoptada siempre que se dieran “iguales circunstancias”. También se observa que en el trámite de este litigio aparecían sustentados dos criterios opuestos: uno, representado por Gamboa y el fiscal, abogando por la persistencia de una regulación existente; y el otro, finalmente plasmado en la decisión real, en el cual se enfatizaba el valor de “las circunstancias” como causa de alteración de la normativa dada, en su faz de aplicación.

4. Los apoyos jurídicos de la decisión

El juez debía fundar su decisión en el Derecho, no en su libre arbitrio, voluntad o ingenio. Bien vale recordar aquellas palabras de Solórzano en el sentido de que jamás debía juzgar “por solo su ingenio y capricho, apartándose de la escrita y bien cimentada y practicada jurisprudencia”. Norte y límite del juzgador.

El problema nos llevaría muy lejos si pretendiéramos esclarecer ahora el alcance de voz *jurisprudencia* tal como era

⁵⁴ AGI, Indiferente General, 61 y México, 1125.

usada por Solórzano o lo que debía entenderse por fundamentación en Derecho. Eso sí, creo que debe descartarse en Castilla e Indias la vigencia de un orden estrictamente legal, al cual quedase sujeto el juez, siguiendo la prelación dada en Alcalá, en Toro y en las Leyes de Indias. Sólo desde un ángulo de visión legalista ha podido difundirse —hasta convertirse en creencia vulgar— un enfoque tan reduccionista del Derecho castellano-indiano en los tiempos que caen bajo nuestro examen. A la luz de recientes indagaciones sobre el papel desplegado por la costumbre o sobre la función directiva alcanzada por la denominada “doctrina de los autores” se hace insostenible un esquema exclusivamente legal⁵⁵. Queda ahora por averiguar y discutir los matices de una apertura hacia otros modos de creación del Derecho. Dicho esto, sin desconocer la enorme importancia —y el rol creciente— que tuvo la ley, y el interés que los órdenes de prelación tuvieron como exteriorización de ese vigoroso desenvolvimiento.

Si en Solórzano hallamos esa expresión, feliz y madura, “la escrita y bien cimentada y practicada jurispericia”, que servía de fuente y límite a la labor del juez, es en la *Política* de Castillo donde encontramos referencias a las fuentes concretas que se debían utilizar en las decisiones judiciales. Ellas eran “la ley, o la común opinión, o la doctrina de Autores graves, o la costumbre recibida...”. Este texto es aún más expresivo si tenemos en cuenta el lugar de la obra donde se inserta. En efecto, como Castillo se estaba refiriendo al juicio de residencia al juez, con la consiguiente posibilidad de condenarlo por las sentencias dadas, agregaba esta frase sin desperdicio para nuestra cosecha: “Porque si al Juez en cuanto provee, y sentencia por ley, o por doctrina, o por razón, y epiqueya, le ha de ser tan nocivo su oficio, que porque al juicio de otro hombre (por ventura de menor ta-

⁵⁵ TAU ANZOÁTEGUI, “La costumbre jurídica”, 355 ss. Un interesante caso de aplicación y sus consecuencias, véase en CHEVALIER, 253 ss. TAU ANZOÁTEGUI, “La doctrina...”, 351 ss.

lento, o suficiencia) no satisfaga, ha de padecer luego la pena con ejecución grave, muy difícil será administrar la Justicia”⁵⁶. Esta elocuente afirmación tenía visos de respuesta a algún residenciador, pero por esto mismo y por la espontaneidad que denota su redacción, sirve como más certero testimonio. Por lo demás, debió constituir una indicación orientativa para muchos jueces de las centurias siguientes.

Solórzano y Castillo de Bobadilla coincidían en lo sustancial. Cuando el primero colocaba el acento en la “escrita, cimentada y practicada jurisprudencia”, se refería a ese amplio arsenal de leyes, costumbres, opiniones, decisiones, ejemplares, razones, etc., contenidos en las obras jurisprudenciales. Lo mismo hacía Castillo cuando mencionaba concretamente las fuentes donde debía acudir el juez. Adviértase que ninguno de ellos remitía a los cuerpos legales solamente.

Este criterio predominante en la esfera de la decisión judicial, de los denominados negocios de justicia, también se extendía a los asuntos de gobierno. En un escrito de 1714 se afirmaba, con respecto al despacho de dichos asuntos en el Consejo de Indias: “es raro el negocio o expediente que aunque se llame de gobierno no contenga mucha jurisprudencia civil, canónica, municipal, leyes del Reino, leyes de Indias, ordenanzas, resoluciones, Bulas y Breves especiales de Indias, sinodales, dubios, consultados con S. M. o con la Santa Sede...”. Esto se asentaba en el informe del fiscal de los Ríos, que hizo suyo el propio Consejo al elevarlo al rey⁵⁷. Estamos en presencia de diversos elementos jurídicos —principalmente aglutinados en leyes y autores— que operaban como apoyo y fundamento en las soluciones a adoptar. No era otra cosa que la jurisprudencia solorciana.

Es conveniente acudir a otro tipo de testimonios, como los ofrecidos por la literatura política. De los escritores que desarrollaron incidentalmente el tema, elijo a Pedro de

⁵⁶ CASTILLO DE BOBADILLA, V, I, 246.

⁵⁷ Respuesta a S. M. por el Consejo de Indias, Madrid, 26 de febrero de 1714 (BP, mss. 844).

Rivadeneira, de fines del XVI. En sus interesantes reflexiones decía que era menester que el juez supiera “las leyes comunes y propias, las del derecho civil y común, y las propias y municipales, y las costumbres y usos del reino, conforme a las cuales ha de juzgar, porque de otra suerte errará...”. Además, el juez tenía necesidad de “saber aplicar la disposición particular de la ley a las circunstancias que concurren en el hecho particular de que se trata en cada juicio, y esto no se puede hacer bien sin mucha experiencia, grande prudencia y acertado juicio”. Pero —sostenía— “esta prudencia no basta, si con ella no se junta un rendimiento y sujeción a la ley; porque hay algunos tan confiados de su juicio, que corrigen y tuercen e interpretan la ley como a ellos les parece, y en algunas sutilezas e interpretaciones delicadas y aparentes pervierten el sentido verdadero de ella y la intención del legislador...”, y otros, sin más, la atropellan. Afirmaba, siguiendo a Aristóteles y Santo Tomás, que en esto “mejor es que el juez juzgue según la disposición de la ley y se ate a ella, que no que se desvíe de ella y siga libremente su albedrío”⁵⁸.

Este juicio de Rivadeneira coincide, a mi modo de ver, no solo con las comentadas afirmaciones de Solórzano y Castillo, sino con los criterios que hemos observado en puntos anteriores de este capítulo, en relación al terreno de libertad concedido al juez y a las calidades exigidas para administrar justicia. Puede llamar la atención, eso sí, que se estableciera a la ley como límite en el horizonte del juez. Otros escritores también lo hacían por entonces. Pero cuando se decía que los jueces debían juzgar según las leyes, o conforme a ellas, la expresión carecía del sentido que en nuestro tiempo le ha dado el positivismo legalista. De la voz ley rezumaba una noción más amplia, equivalente al conjunto de normas escritas que fundamentaban el orden social.

⁵⁸ RIVADENEIRA, II, XIII (pp. 540-541).

El punto de vista que vengo sosteniendo, en el sentido de que el fundamento en Derecho exigido al juez debía entenderse de modo amplio, más allá del orden legal, puede reforzarse con el testimonio de un moralista del Barroco. Machado de Chaves se ocupaba con detención de determinar cómo el juez debía fundar su decisión⁵⁹. En el párrafo titulado “Del orden con que debe proceder el juez en la decisión de las causas” encontramos una libre descripción del ordenamiento legal de Alcalá y Toro, con la conclusión de que no debía aplicarse el Derecho civil romano —solo admitido en cuanto razón natural—, pero sí el canónico a falta de disposición real. A su vez, en el fuero eclesiástico, en defecto de norma canónica se debía observar el Derecho real. Frente a esta aparente adhesión al orden legal, hallamos en el siguiente párrafo desarrollada la cuestión acerca “del modo con que el juez debe proceder en la elección de opiniones para sentenciar, así en las causas civiles, como criminales”, introduciéndose en un mundo distinto, aparentemente desconectado del anterior. No aclaraba Machado cómo jugaban esas opiniones frente a las leyes tratadas en el párrafo anterior, pero por la extensión que le consagraba y por algunos juicios emitidos, le concedía a dichas opiniones una importancia decisiva en la resolución de las cuestiones planteadas. De tal modo, leyes y autores aparecían, si no enlazados, al menos independientemente enaltecidos en la consideración del lector que abrevara en la obra con vistas a resolver los problemas de conciencia de los juzgadores.

Si esta significación amplia debe prevalecer —según creo—, no puede desconocerse el paulatino crecimiento de una línea que fue enfocando la cuestión con concretas referencias a las leyes reales. Esto ya ha sido desplegado en el capítulo correspondiente y no cabe volver sobre lo mismo. Dichos apuntamientos aparecían a veces entremezclados con nociones más generales, en otras ocasiones se referían a las leyes indianas que regulaban las materias

⁵⁹ MACHADO DE CHAVES, VI, II, I, doc. V, VI y VII.

gubernativas. De esta línea puede mencionarse un temprano documento, proveniente de un lúcido jurista. Cuando en 1550 Alonso de Zorita se marchaba al Nuevo Reino de Granada como juez de residencia y con otras misiones, le pedía al rey que se le enviasen “las provisiones que hasta aquí se han proveído para el buen gobierno y naturales de estas partes que no está dispuesto por las Nuevas Leyes, para que cuando algo provea tenga sobre qué me funde”⁶⁰. Como buen jurista, Zorita quería llevarse a su nuevo destino los elementos que pudiesen dar fundamento a sus decisiones. Para una materia nueva —y ya tan controvertida— como era la referente a los aborígenes, consideraba imprescindible muñirse de las disposiciones reales que le faltaban. En este caso, las obras jurisprudenciales de su época no le podían servir de apoyo directo. Aunque se tratase de una materia concreta y con las características señaladas, las leyes reales adquirirían particular relevancia. ¿Podrá desconocerse su creciente presencia en el saber del jurista indiano de los tiempos posteriores?

Lo insinuado en estas páginas queda a la espera de un despliegue monográfico mayor. Entre tanto, era ineludible mostrar que la fundamentación de la decisión del juez reposaba en un conjunto variado de elementos jurídicos que se aprovechaban e invocaban conforme fuesen convenientes a las circunstancias del caso y a la necesidad de alcanzar una solución adecuada a la situación planteada.

5. Las leyes: su entendimiento y aplicación

Un examen de la aplicación de las leyes es útil para verificar la presencia de la mentalidad casuista, es decir para comprobar si —como ocurría en la fase creativa de la legislación— también en la aplicación predominaba la atención hacia el caso. De tal modo, el enfoque que me pro-

⁶⁰ Carta del licenciado Alonso de Zurita al rey. Santa Marta, 27 de febrero de 1550 (FRIEDE, I, 21).

pongo desenvolver estará ceñido al interrogante central que sirve de guía en esta indagación. No quedan olvidados los grandes problemas en tomo al cumplimiento o incumplimiento de las leyes, pero sí apartados de una consideración específica, que nos llevaría demasiado lejos. Interesa aquí menos verificar si determinada disposición casuista se cumplió efectivamente, que constatar cómo esa misma norma se aplicaba a otros casos, pues era en esta última situación cuando resplandecía con mayor fuerza la relación que estoy empeñado en mostrar.

Cabe preguntar hasta qué punto el jurista entendía la ley como precepto aplicable a la mayor parte de las situaciones que se producían. Sostiene Tarello que la cultura jurídica europea de los siglos XVI y XVII había limitado al máximo el grado de aplicabilidad de la ley, entendiendo sólo por caso resuelto por ella cuando surgía directa y específicamente una expresión de la ley misma, con lo cual aumentaba el campo reservado al jurista y al juez para la interpretación y aplicación⁶¹.

Esto mismo lo apreciamos en la mentalidad hispana y lo vemos bien reflejado por Huarte de San Juan en su *Examen de ingenios*. El despliegue hacía él hacía en torno a este punto descansaba en la idea de que, no pudiendo las leyes comprender todas las situaciones, era preciso que el jurista elaborase las ampliaciones, restricciones y adecuaciones exigidas por los distintos casos.

a) *La ley, acomodada a las circunstancias*

De las páginas de Castillo de Bobadilla puede recogerse una noción difundida en la época: la ley debe acomodarse a las circunstancias⁶². El concepto resalta la estimación de las circunstancias ante la ley misma, quedando ésta sometida.

⁶¹ TARELLO, *Storia*, I, 67-68.

⁶² Así puede sintetizarse el extendido desarrollo que hace Castillo de Bobadilla, II, IV, 1-3.

Tuvo su período de auge durante los siglos XVI y XVII, con tendencia declinante en la centuria siguiente, pero sin desaparecer. Cuando en época tardía —1778— un instruido y prudente letrado chuquisaqueño Alejandro Pinto y Orihuela afirmaba, con respecto a las constituciones de la Academia Carolina, que “no debían entenderse sujetando cerradamente las circunstancias que pudiesen acaecer, sino que sus palabras se debían acomodar conforme a las ocurrencias del caso o casos que en la formación de ellas no se tuvieron presentes”⁶³, estaba exponiendo aquella misma noción que mantenía todavía para algunos su estima sin mácula.

La prevalencia del caso sobre la norma legal tuvo probablemente mayor posibilidad de despliegue en las Indias. Al respecto, escribía Solórzano que en provincias remotas y apartadas “los mandatos de los reyes suelen ser tardos o vanos, o llegan flojos, y se descubre más ancho campo a los que las habitan o gobiernan para juzgar y tener por lícito, todo lo que les pide o persuade su antojo...”⁶⁴. Matizando esta última parte de la expresión, se podría decir que, en realidad, se daba el triunfo de la circunstancia local o del caso sobre la norma en situaciones que incluso aparecían previstas por la misma Corona.

Ya en época temprana encontramos esta idea en el ánimo real. Así leemos un precepto de las ordenanzas e instrucciones dadas a los oficiales de la Contratación de Sevilla en 1511, en donde se expresaba que “si alguna vez se ofreciese cosa de tal calidad que requiera más rigor o más templanza o otro medio de lo que se contiene en las dichas ordenanzas que en tal caso vos los dichos oficiales vista la disposición del caso hagáis y proveáis aquello que vieres que sea más provechoso para nuestra hacienda e bien de la dicha negociación”⁶⁵. Según se aprecia, el caso era el eje articulante

⁶³ RÍPODAS ARDANAZ, “Constituciones”, 309.

⁶⁴ *Política indiana*, Al rey, núm. 16.

⁶⁵ CHACÓN Y CALVO, VI, 307.

sobre cuya consideración se alteraban los preceptos de la ordenanza, atendiendo al provecho de la hacienda.

Esto mismo se extendió a las autoridades reales residentes en suelo americano. Es indicativo el resultado a que ha llegado Ana María Barrero en su indagación sobre la aplicación del Derecho en las Indias durante los siglos XVI y XVII, utilizando como fuente de conocimiento a las memorias de los virreyes. Sostiene que, en cuanto a las leyes que procedían de la Península, los virreyes miraban antes el caso que la mera ejecución estricta del precepto. Este criterio produjo una apreciable inaplicación de dichas normas por considerarlas inadecuadas a la situación. Es decir, se dejaron de ejecutar por motivos justificados, aparte de las inobservancias negligentes o abusivas⁶⁶. Bajo este juicio adquiere preciso significado la respuesta que en 1592 dio el virrey novohispano, Marqués de Villamanrique, al cargo que se le formulaba de haber dejado de cumplir muchas cédulas y provisiones reales. Dijo entonces el Virrey que “aunque de España proveyesen cosas tocantes al gobierno de este reino, si no le pareciese no los había de cumplir y guardar”⁶⁷. Esta altanera respuesta, ¿expresaba el simple “antojo” solorciano o la convicción de un poder que le pertenecía? La indagación de Ana María Barrero respalda esta segunda alternativa.

b) *La ley sometida a la interpreta*

A esta ejecución atenuada de las leyes, cabe añadir otro condicionamiento, propio del Derecho común, desplegado también en el castellano-indiano: la ley estaba sometida a la labor de comentario e interpretación de los autores. Esta elaboración de los juristas solía ser más fiel a los principios jurisprudenciales que al texto literal del precepto en cues-

⁶⁶ BARRERO GARCÍA, “La aplicación”, 153-170.

⁶⁷ HANKE, *Los virreyes... México*, II, 45.

tión. Aunque en las normas legales castellanas —como en Partidas, Alcalá y Toro— se consagraba el criterio de que la interpretación era facultad regia, fueron los autores quienes desarrollaron exitosamente la tesis favorable de que, al menos, el intérprete ordinario era el jurista y el juez. Pocas veces se acudía al rey en consulta⁶⁸.

En los modernos estudios de historia jurídica se ha ido mostrando hasta qué punto ese tejido que los autores hacían en torno a la ley llevó a aplicaciones que, bajo la presión de diversos factores, se alejaron del sentido literal de los textos legales. Entre otros, lo han puesto de relieve Mariluz Urquijo al estudiar la evolución de la comunidad de montes y pastos⁶⁹, Clavero al examinar el mayorazgo⁷⁰ y Petit al ocuparse precisamente de los órdenes de prelación determinados en disposiciones bajomedievales⁷¹. En estos casos la doctrina de los autores actuaba como fuente directiva y la ley admitía su sometimiento a la interpretación y aplicación dadas por doctores y jueces. Es privilegio particular de los jurisperitos y abogados ser “intérpretes del Derecho” decía Cabrera Núñez de Guzmán en 1683⁷². Solórzano miraba la cuestión desde otro ángulo pero en el mismo sentido, cuando decía que todas las leyes nuevas “reciben mucha luz y esplendor en su inteligencia de las cuestiones, que despiertan y levantan las ejercitaciones forenses...”⁷³.

Esta situación se prolonga hasta la segunda mitad del XVIII, a despecho de ciertas teorías circulantes que acen- tuaban el cumplimiento riguroso de las leyes y combatían la facultad interpretativa de los autores. Precisamente, un crítico como Juan Francisco de Castro reconocía sin rodeos que apenas se decidía algún caso en la práctica “sin el re-

⁶⁸ ALEJANDRO GUZMÁN, “Historia”, 113-117.

⁶⁹ MARILUZ URQUIJO, “La comunidad”.

⁷⁰ CLAVERO, *Mayorazgo*, 123-156.

⁷¹ PETIT, 157 ss.

⁷² CABRERA NÚÑEZ DE GUZMÁN, 166-167.

⁷³ *Política indiana*, IV, IX, 19.

curso a los doctores” y esto mismo se puede constatar en documentos de aplicación conocidos⁷⁴.

c) *Preeminencia de la finalidad sobre el rigor literal*

Atenazadas las leyes en su aplicación por los ministros ejecutores de un lado y por los autores y jueces de otro, cabe ocuparse de los criterios que directamente incidían en amortiguar su fuerza en beneficio de la solución más adecuada al caso planteado.

Destaca entre ellos aquel que otorgaba preeminencia a la finalidad sobre el rigor literal de la ley. Criterio antiguo, con arraigada vigencia en el orden castellano-indiano de los siglos XVI y XVII. No funcionaba especulativamente, sino siempre operaba ante las circunstancias del caso. Teólogos, canonistas y místicos coincidían en señalar que en el examen de los textos era preciso ir a la médula o meollo, sin detenerse en la cáscara o corteza. Los juristas seguían el mismo criterio. Estos podían leer en las Partidas que “entenderse deben las levas bien e derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento dellas a la más sana parte e más provechosa, segund las palabras que y fueren puestas...” y también que “el saber de las leyes non es tan solamente en aprender e decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento de las leyes”⁷⁵. Noción y palabras frecuentemente invocadas en escritos de todo el período. Las encontramos, por ejemplo, hasta 1807 en una comunicación del Cabildo bonaerense al de Potosí, en donde se consideraba como principio asentado que “saber las leyes no consiste tanto en poseer sus palabras cuando en penetrar su sentido y verdadera inteligencia”⁷⁶.

⁷⁴ CASTRO, *Discursos*, I, 55-56. Véase TAU ANZOÁTEGUI, “La doctrina” 393- 399.

⁷⁵ Partidas, 1^o, I, XIII. El concepto ya era recogido en el Digesto —provenía de Celso— en I, III, 17.

⁷⁶ 26 de mayo de 1807 (AGN, Archivo del Cabildo, 1807, IX. 19.5.7, fs. 63).

La finalidad de la ley, según testimonios de época, consistía en atender al bien común, al servicio de Dios y de la Monarquía, a quitar agravios y vejaciones a los indios, y tendía a extender lo favorable y restringir lo odioso. El recurso a la finalidad, al espíritu o la razón de la ley significaba admitir la intervención discrecional del ministro o juez para resolver una situación concreta.

Acudo a un precioso testimonio de principios del XVII, en donde aparece plasmada esta doctrina. Se trata del parecer del obispo rioplatense fray Martín Ignacio de Loyola, a quien en 1606 el Cabildo de Buenos Aires le solicitó opinión acerca del cumplimiento de las reales cédulas sobre permisión de comercio y expulsión de extranjeros que el gobernador había dispuesto ejecutar. Dicho documento tuvo entonces una cierta difusión, pues al menos un traslado del dictamen llegó hasta el Consejo de Indias⁷⁷, con lo que asume mayor valor representativo.

Según se apreciaba entonces, el riguroso cumplimiento de la disposición que ordenaba embarcar a los extranjeros que, sin licencia real, residieran en la ciudad, implicaba su depoblación, dejándola indefensa ante corsarios e indios, dado que la mayoría de aquéllos, portugueses casados con hijas de vecinos, ejercían oficios o eran labradores. Ante esta situación el obispo sostuvo que “no se han de ejecutar algunas cédulas reales con todo el rigor que la letra parece significar, sino antes se han de interpretar con la epiqueya que es una equidad natural...”; que para “la interpretación dicha y moderación de las dichas leyes y cédulas se ha de mirar el fin de la ley y del Príncipe Supremo...”, que “es el servicio de Dios Nuestro Señor y el bien y aumento de la república y de sus vasallos”. Si alguna cédula fuese contraria a ese fin —proseguía el obispo— los gobernadores habían de reverenciarla pero no ejecutarla⁷⁸. Este dictamen, con el cual se

⁷⁷ AGI, Charcas, 45.

⁷⁸ Véase *Acuerdos... Buenos Aires*, 1ª, I, 193-194. Me he ocupado del caso en “La ley se obedece”, 414-415.

conformó el Cabildo, más allá de su importancia en la solución de un momento difícil para la existencia misma de la ciudad, tiene valor como expresión del pensar colectivo.

La doctrina no siempre se aplicaba por la vía de la inejecución. Ofrecía otra dirección cuando, en materia de libertad, tratamiento y protección de los aborígenes —invocándose el criterio de equidad— se propugnaba la literal aplicación de las leyes expedidas en su beneficio⁷⁹. Esto llevaba frecuentemente a un conflicto entre los intereses de los súbditos españoles y los de los indígenas, como ocurrió en dimensión universal cuando se trató de la ejecución de las Leyes Nuevas de 1542-1543. Góngora se ocupa de examinar esta cuestión vital desde un enfoque que aquí interesa recoger. En efecto, la ejecución de dichas leyes en los reinos y provincias indianas tuvo matices, que pueden esquematizarse en un tipo rígido y otro flexible.

Eran, por cierto, leyes reformadoras que alteraban profundamente la constitución social indiana y “herían en lo fundamental el sentido patrimonialista de la Conquista”. Su ejecución debía, pues, ser realizada con consejo y prudencia, atendiendo a las circunstancias locales. Mientras en Nueva España y Guatemala una ejecución flexible permitió que se alcanzara su aplicación más literal, en cambio en el Perú la tosudez del virrey Núñez de Vela, al desestimar toda petición vecinal y disponer el riguroso e inmediato cumplimiento de las leyes, desencadenó el levantamiento de los encomenderos, acompañado de violencias y guerras que afectaron al reino⁸⁰. En tan áspero conflicto de intereses ¿podía descubrirse una finalidad única de la ley?

d) *Recursos para atemperar el rigor de la ley*

Mediante distintos recursos se admitía atemperar el rigor de la ley al momento de su aplicación. En esta dirección

⁷⁹ Lo ha destacado GÓNGORA, *El Estado*, 284.

⁸⁰ Ídem, 264-274.

operaban las dispensas —cuya figura el Derecho canónico había configurado nítidamente—, las excepciones, las disimulaciones y otros modos de templanza.

Los políticos y juristas hispanos puntualizaban la conveniencia de que el príncipe —y también el juez— no se inclinase por un excesivo rigor en la aplicación de la ley, tratando de moderar sus efectos. Decía Castillo de Bobadilla que “como los ánimos de los hombres tienen muy diversos efectos, es necesario muchas veces moderar las leyes, para lo cual son menester varones muy sabios, de los cuales hay muy pocos que sepan ajustar y regular esto”⁸¹. Zevallos aconsejaba: “Inclínese el Príncipe a templar el rigor de la ley, en que mostrará el amor que tiene a sus vasallos”⁸². Otro político, ya en el siglo XVIII, recomendaba que los príncipes, mirando a los casos particulares, se mostrasen piadosos y clementes, dispensando el rigor de las leyes⁸³. Bacallar y Sanna afirmaba que “estirar la ley hasta apurar el rigor sería acabar con los hombres, si no hubiese sobre toda ella otra ley que la entienda la prudencia y la política solamente”⁸⁴.

Un excesivo rigor en la aplicación de la letra la ley era mal visto. Ello surge de la respuesta que el obispo del Río de la Plata, fray Martín Ignacio de Loyola daba, en 1605, a un requerimiento real para que informase acerca de la conducta del gobernador Hernandarias de Saavedra. Decía el Obispo que “si ablandara el modo de proceder con los vecinos y otros pasajeros, tiene admirables partes, porque él es hombre de guerra y que alcanza cualquier cosa muy bien, lo que le descompone mucho es que como ha visto en este puerto tanta corrupción y que no han bastado jueces de la audiencia ni cédulas reales para su remedio, deseaba allanar y remediar todas las cosas cumpliendo con todo rigor las cédulas de vuestra Majestad casi sin admitir la epiqueya que con ella

⁸¹ CASTILLO DE BOBADILLA, II, III, 1.

⁸² ZEVALLOS, *Arte*, p. s/n. Tabla de los aforismos y reglas, núm. 118.

⁸³ CABRERA, 612.

⁸⁴ BACALLAR Y SANNA, I, 300.

se debían moderar las leyes humanas positivas en casos particulares...”. Su conclusión era más categórica al decir que si Hernandarias “ablandase su condición y no fuese tan riguroso en la observancia de las cédulas reales sería muy buen gobernador...”⁸⁵. ¡Decirle al rey que para ser “muy buen gobernador” era preciso no ser “tan riguroso” en la observancia de las cédulas reales! Esto es incomprensible para el jurista legalista. Sólo desprendiéndose de criterios actuales de valoración, es posible alcanzar a comprender testimonios de este tipo, de tanta riqueza y profundidad históricas.

En la actividad del propio Consejo de Indias se registran ejemplos de atenuación de ciertos rigores legales estimados excesivos ante situaciones concretas. El criterio lo apreciamos aún a fines del XVIII. Uno de sus ministros apuntaba —como facultad real— que “las leyes eclesiásticas deben atemperarse al tiempo, lugar, persona y causas, pudiendo ser unas útiles más a algunas Provincias, y dañosas a otras, pues no es fácil que el Sumo Pontífice tenga presentes todas sus costumbres, y su intención está muy distante de que los remedios se conviertan en daño”⁸⁶.

Proveniente de una aplicación del Derecho a nivel popular, es interesante el testimonio ofrecido por el teniente letrado de la Intendencia de Salta cuando informaba a la audiencia de Buenos Aires, en 1798, que si se cumpliera en su jurisdicción la disposición de imponer la pena del último suplicio a quien se hallase por tercera vez armado con cuchillo con punta, “raro o ninguno habría entre la gente de baja extracción que no sufriese dicha pena”⁸⁷. Esta apreciación no era aislada, pues como se ha señalado, en la práctica judicial indiana en materia penal se advierte una decisiva inclinación hacia la moderación en la aplicación de las penas⁸⁸.

⁸⁵ MOLINA, 66-68.

⁸⁶ RAH, Col. Mata Linares, t. LXXIII, 568v.

⁸⁷ ACEVEDO, “Notas”, 67.

⁸⁸ LEVAGGI, “Las penas de muerte”, 90-94.

La *disimulación* como modo de tolerar o admitir una situación que pugna con la letra de la ley, es una interesante figura del Derecho indiano que hasta ahora no ha merecido la atención de los estudiosos⁸⁹. Es más, la incomprensión de la misma ha llevado a confundirla con actuaciones faltas de ética o moral. Se trata, a mi juicio, de un instrumento propio de la concepción casuista, que con frecuencia encontramos en las leyes, instrucciones y aun en los autores. Cuando en mandatos reales se establecía que no se admitiesen “dispensas ni disimulaciones” se reconocía la vigencia de esta figura. En un sugerente párrafo acerca de la acumulación de las encomiendas —al que puede darse un alcance mayor—, Solórzano afirmaba que “en tales materias y en Provincias tan remotas, y donde tan fácilmente se truecan las cosas, muchas dispensaciones y disimulaciones pide la ocurrencia, y congruencia de los negocios, y la diferencia de los tiempos, y las personas, y la prudencia consiste en la connivencia, que es, no lo querer apurar todo, ni llevarlo por el sumo rigor del derecho, haciéndonos desentendidos de sus puntos, y tolerando semejantes transgresiones algunas veces”⁹⁰. Párrafo nuclear, que sólo puede ser cabalmente comprendido si partimos de una concepción donde la estimación del caso prevalecía sobre el rigor del texto legal.

Para ilustrar esta cuestión sirve un caso suscitado en Buenos Aires, que tuvo mayor repercusión al ser resuelto en el Consejo de Indias. Se trataba también de la residencia ilegal de los extranjeros, pero un siglo y medio después de aquel dictamen del Obispo. Al exponerlo no deseo apartarme del objetivo concreto de estas páginas, por lo cual me resigno a mostrar sólo uno de los hilos de la complicada trama en la cual aparecía envuelta la cuestión.

En 1740 el gobernador de Buenos Aires, Miguel de Salcedo, dando cumplimiento a una real cédula expedida

⁸⁹ Salvo la breve atención que le dispensa ALTAMIRA, *Diccionario*, 114, 349-350 y 354.

⁹⁰ SOLÓRZANO, *Política indiana*, III, VI, 67.

cuatro años antes, dispuso la expulsión de la ciudad de los extranjeros residentes sin licencia real, ordenando su remisión tierra adentro, en la imposibilidad de embarcarlos dado su número. El Cabildo pidió y obtuvo la suspensión de la medida con relación a los portugueses casados y avecindados. El gobernador dio cuenta al rey, pidiendo una determinación al respecto. Llevado el asunto al Consejo de Indias, el fiscal se expidió, en un dictamen riguroso, por la expulsión de dichos portugueses —acusándolos de espías e introductores del comercio ilícito— reprochando al gobernador su conducta tolerante. El Consejo decidió requerir la opinión de Juan Vázquez de Agüero, quien había residido cinco años en Buenos Aires y se encontraba en la Corte. Se trataba de inquirir acerca de las circunstancias concretas, apartándose del severo rigorismo, en cierta medida abstracto, del dictamen fiscal. Vázquez de Agüero señalaba en su informe que había en la ciudad gran cantidad de portugueses, los cuales se destacaban en la milicia, el comercio, las labores del campo y en oficios menestrales, sin que ello hubiese ocasionado perjuicio alguno. Sostenía la necesidad de mantener núcleos urbanos de población blanca, lo que era escaso en la región, y admitía, además, que la existencia de extranjeros era frecuente en los puertos de ambos reinos. En fin, sugería que la política frente a ellos no fuese tan rígida como en las primeras épocas y por tanto proponía dar orden general a “las Capitales y demás Ciudades para que al extranjero casado y domiciliado no se le molestase con pretexto de lo prevenido en vuestras Reales Leyes para excusar muchas estafas y indebidas contribuciones que llevan algunos por su disimulo”.

El nuevo dictamen fiscal ya tuvo otro cariz, pues aunque insistió en su anterior posición, invocando las leyes recopiladas, abandonó la rigidez inicial, haciendo algunas concesiones que tendían a satisfacer la necesidad expresada por las autoridades bonaerenses. Pero, eso sí, se oponía a “la general tolerancia”. En vista de lo actuado, el Consejo

acordó una decisión en la que se aunaban las sugerencias recibidas a través del trámite del expediente. Reconocía como criterio general los gravísimos inconvenientes que podían seguirse en “el absoluto disimulo” de la observancia de las órdenes reales, pero para el presente caso establecía medidas concretas consistentes en que a “los Portugueses que hay casados hoy radicados con hijos de algún tiempo a esta parte se les disimule la permanencia sin molestarlos en su vecindario; a los Labradores y Artesanos que sirven oficios mecánicos y precisos a la república, se les mantenga, siendo en aquel número que prudencialmente se considere conveniente; que a los recién venidos no radicados todavía, los solteros y vagabundos, se les haga avecindar tierra adentro; observando siempre en todas las clases, los que fuesen sospechosos para removerlos tierra adentro, y asimismo hacer retirar e internar a los que tuvieren chacras a la legua del agua”⁹¹.

Según se aprecia, frente a un conjunto de leyes prohibitivas, el examen de las circunstancias concretas llevaba a dictar una disposición casuista, templando el rigor de aquellas —sin derogarlas— a través de una cuidadosa apreciación de los antecedentes legales —que el fiscal había exhibido desde una postura rigurosa— y de la situación fáctica —expuesta inteligentemente en el informe de Vázquez de Agüero—. En la decisión del Consejo triunfaba a todas luces la recomendación de este último, en cuanto a la conveniencia de mantener en la región núcleos de población blanca, al punto que a los portugueses no radicados, solteros y vagabundos —y hasta sospechosos—, se les hacía avecindar tierra adentro sin expulsarlos de la provincia. Para los demás se establecía una serie de distingos que tendían en todos los casos a conservar la integración de esos portugueses en la constitución social y en las fuerzas productivas de la ciudad y su zona de influencia. En esta decisión se

⁹¹ AGI, Charcas, 215. Esta resolución se concretó en la real cédula de 11 de octubre de 1742.

utilizaba el recurso de la *disimulación* para que pudiesen permanecer los portugueses casados y radicados con algún tiempo de antigüedad.

e) *La dirección particular de la ley, dada por su origen*

Desde el comienzo de la colonización fue característica de la ley indiana su dirección particular, es decir estar dirigida a determinada autoridad o persona en respuesta a una situación concreta. Su alcance reducido fue lentamente en expansión, prolongando su vigencia en el tiempo más allá del destinatario de la cédula, y extendiéndose a situaciones análogas y a otras provincias indianas. Pero siempre se mantuvo este originario carácter particular, aun después que esas normas se incorporaron a la Recopilación de 1680. Se impuso así el criterio de que lo aplicable en una provincia no necesariamente se ajustaba a otra provincia, pues las circunstancias de lugar, persona y tiempo hacían muchas veces inconveniente esa extensión normativa.

Un interesante documento de mediados del XVIII sirve para exteriorizar este criterio, a través de la decisión del Consejo de Indias⁹². Según una real provisión circular dada por la Audiencia de Charcas el 29 de abril de 1737, en conformidad con anteriores reales cédulas, los obispos no podían percibir de los curas las cuartas funerales correspondientes al tiempo en que el obispado había estado vacante. Al recibir esta disposición, el obispo de Córdoba del Tucumán José de Zevallos suplicó con relación a su cumplimiento, dando las pertinentes razones. Sostuvo que dicha provisión había sido despachada sin que hubiese quien la pidiese dentro del obispado, y que las reales cédulas que la fundamentaban se referían al arzobispado de la Plata por particulares motivos, sin que se pudiese presumir la extensión de la norma a los demás obispados. En efecto, la provisión dada por la Audiencia había sido peticionada por los curas de Potosí y es-

⁹² La documentación en AGI, Charcas, 372.

taba dirigida a dicho arzobispado, pero se había dispuesto por el tribunal hacer extensivo el mandato a todos los obispos del distrito audiencial. En estas condiciones, el despacho llegó al obispado de Córdoba del Tucumán.

El obispo Zevallos establecía enseguida la diferente situación en que se presentaba la cuestión en la Plata y en su diócesis. Mientras en aquella la costumbre introducida de percibir la cuarta funeral durante la sede vacante había sido impugnada y luego anulada por determinación del rey en las cédulas de 1690 y 1717, en cambio en su obispado dicha costumbre había sido observada sin impugnación ni resistencia por parte de los curas y sobre ella no había habido contradicción del príncipe. Su argumentación —como era habitual en estos recursos— no quedaba reducida a la invocación formal del Derecho. La mantención de ese beneficio era preciso para atender las necesidades del obispado. La cuarta funeral se había concedido por la pobreza de las diócesis y la de Córdoba estaba reducida a una situación extrema. Daba cuenta detallada de esas carencias y agregaba que la contribución resultaba imprescindible para continuar con la fábrica de la Iglesia Catedral, que se hallaba a mitad de su nueva planta.

El recurso llegó al Consejo de Indias. El pronunciamiento del fiscal fue contrario a las pretensiones del obispo. Sostuvo, por encima de todo, la fuerza de la ley, representada por las pertinentes cédulas y también por una recopilada —I, VII, 51— que prohibía la percepción de dichas cuartas funerales, sin atender a los distingos realizados por el obispo ni dar tampoco una respuesta en el mismo terreno. Su parecer fue, en suma, que se ejecutase y cumplierse dicha ley, sin perjuicio de que la Audiencia oyese a las partes interesadas sobre lo representado por el obispo y resolviese en justicia. La resolución del Consejo fue más moderada, disponiendo de modo lacónico: “Respóndase al Rdo. Obispo avisando el recibo, y que siga en la Audiencia su instancia”. Es sugestivo que el Consejo evitara pronunciarse

sobre la aplicación de la ley, siendo evidente que no quiso adoptar el parecer del fiscal en este sentido. Se limitó a establecer la continuación de la instancia ante la Audiencia, seguramente con el propósito de reunir nuevos elementos de juicio para cuando el expediente llegase a su última resolución. Esto corrobora, ya en fecha avanzada, el criterio cauteloso con que actuaba el Consejo en relación al particularismo regional del Derecho indiano, aun cuando hubiese una ley recopilada que aparentemente decidía la cuestión, tal como lo propugnaba el fiscal.

f) *El “no uso” de la ley*

La fuerza efectiva de la ley quedaba también recortada a través de la pérdida de vigencia por el “no uso”. Este criterio operaba aun con las incorporadas a la Recopilación de 1680. Cuando Antonio de León estableció el método para hacer dicha Recopilación, uno de sus preceptos era no incluir “las leyes que no están en uso”. Consideraba que era muy importante aplicar este precepto, pero solo a su cargo estaba advertirlo, pues la solución final debía darse por el Consejo. Agregaba que la mayor dificultad estaba en saber “qué cédulas ha revocado el uso en once Audiencias que hay en Indias”⁹³. León era bien consciente tanto del valor del “uso” en la vigencia de las leyes, como de la diversidad provincial indiana. De este modo no puede extrañar que, pese a la ley promulgatoria, los preceptos recopilados se aplicasen o no, conforme fuese el uso de cada provincia. Esto sin desconocer cierta tendencia generalizadora que impuso dicha Recopilación.

Aquellas observaciones de León pueden corroborarse con lo que expresaban en la misma época dos virreyes del Perú, al redactar las relaciones de gobierno dirigidas a sus sucesores. El marqués de Montesclaros, refiriéndose a las cédulas incumplidas, decía que cuando se topase con alguna que dispusiera de modo diferente a lo que “está en estilo”

⁹³ LEÓN, *Discurso*, 10.

inquiriese la razón, y “es cierto la ha de hallar revocada o por lo menos tan manifiesta la causa del no uso que se ha de dar por vencido”⁹⁴. A su vez el marqués de Guadalcazar en 1628 expresaba a su sucesor que “ni fíe V. E. más de lo que hallare escrito con mucha antigüedad que lo que del uso hubiere recibido y practicado por mejor”⁹⁵. Según se advierte, el “uso” aparecía como requisito para que el texto legal continuase en vigencia y fuese observado, en este caso nada menos que por los virreyes.

Quisiera aportar otro testimonio en este mismo sentido, que debe estimarse en cuanto procede de los fiscales del Consejo de Indias. Se refiere a una ley recopilada y corresponde a mediados del XVIII. En efecto, en un dictamen del 23 de diciembre de 1749 dichos ministros expresaban que la ley IV, XII, 10 de Indias —que recogía la cédula de 17 de octubre de 1535— contenía “una decisión muy dura, pues sin límite ni término, sino general y absolutamente embaraza la adquisición de tierras a los eclesiásticos, cuya generalidad nadie ignora ser contra la libertad de la Iglesia, y expresas constituciones canónicas...”. Los fiscales no advertían “práctica ni uso de la dicha ley” en Indias, ya que las comunidades eclesiásticas “han adquirido y adquieren muchas tierras” sin que las compras hayan sido declaradas nulas⁹⁶. En mis lecturas de documentos del Archivo de Indias he observado que en el siglo XVIII los fiscales solían adoptar posturas acentuadamente legalistas, lo que incluso se ha constatado en otros testimonios aportados en este libro. En cambio, es curioso que en esta ocasión —sin entrar a considerar el meollo del asunto que se ventilaba— hayan puesto por encima de la propia ley recopilada su práctica y uso. Cualesquiera fuesen los motivos que los hubiese impulsado, la exposición de este criterio otorgaba al “no uso” una fuerza poderosa para restringir la aplicación de la ley general.

⁹⁴ HANKE, *Los virreyes españoles... Perú*, II, 102.

⁹⁵ Ídem, II, 250.

⁹⁶ AGI, Indiferente General, 1299.

Este testimonio debe ser unido a otros análogos. Al ocuparme hace unos años de la aplicación de la Recopilación, ofrecí algunos ejemplos locales, del Tucumán y Río de la Plata, de época avanzada, a través de los cuales se resaltaba precisamente el valor que adquiría la práctica o uso con relación a la vigencia de la ley. También di cuenta de un interesante interrogatorio, preparado en la Corte y destinado a obtener una información general de los territorios americanos. Una de las preguntas rezaba: “¿Qué leyes de la Recopilación de Indias no están en uso y por qué causas?”⁹⁷. El “no uso” desempeñaba así un interesante rol dentro del orden jurídico que era admitido en todos los niveles, y contribuía a empalidecer el vigor de la ley.

Aún puede traerse a colación en este punto —sin que enteramente pertenezca al mismo— el ejemplo que proporciona el estudio monográfico de Magnus Mörner sobre el incumplimiento de las leyes generales indianas que imponían la separación residencial de los aborígenes⁹⁸. Pese a las reiteradas órdenes reales y a otras tentativas de hacer cumplir dichas leyes, los esfuerzos Corona fracasaron por completo frente a poderosas causas de índole social, principalmente. La convivencia de los indígenas con los demás núcleos pobladores fue tolerada y hasta aceptada por las autoridades locales. Las leyes respectivas habían caído en un franco desuso.

6. La equidad

La noción de equidad estaba subyacente en la mentalidad jurídica anterior al siglo XIX, con sólidas raíces que arrancan del pensamiento griego. Estaba directamente dirigida a atender las circunstancias que rodeaban al caso concreto para darle adecuada solución. De ahí que es pieza vital para la aplicación del Derecho dentro de una concepción casuista.

⁹⁷ Remito para esto a mi trabajo “Consideraciones...”, 371-375.

⁹⁸ MÖRNER, 253-255 y 303-309 principalmente.

Su presencia, en cambio, aparece oscurecida dentro de las tendencias cultivadoras del legalismo sistemático. Por su influencia, es probable que para nuestros estudiosos la equidad aparezca meramente como un criterio reservado a la especulación ética, en vez de instrumento clave de la práctica jurídica. Esto último es lo que intento mostrar en los siguientes párrafos.

Según Castán Tobeñas estamos en presencia de un concepto complejo, elaborado históricamente y por lo tanto variable y compuesto por diversas aportaciones, entre las cuales se destacan las de la filosofía griega, la jurisprudencia romana y el pensamiento cristiano. Las tres vías tuvieron enorme influjo en la Edad Media⁹⁹ y se proyectaron sobre los tiempos modernos, tanto desde una mira especulativa —como la huella de Aristóteles, recogida por Alberto Magno y Santo Tomás y plasmada en las obras de Derecho natural —como desde el ángulo de la práctica jurídica. En la época bizantina y justiniana, la noción aparecía condensada en tres matices que reconocían aquella procedencia: la equidad como justicia natural; la equidad como pauta de interpretación amplia y flexible en oposición a la letra, al Derecho estricto; y la equidad como criterio de aplicación benigno y humano. Estos matices frecuentemente operaban en conjunto, como veremos más adelante en algunos testimonios. Los Derechos civil y canónico los adoptaron como elementos inescindibles de su estructura, utilizándolos frecuentemente en la práctica, sin que los juristas se inclinaran a establecer rigurosas teorías o finos distinguos conceptuales. Se constituyó, eso sí, como dice Castán en “una idea de universal comprensión y aceptación en el mundo jurídico”, sin olvidar la existencia de diversas concepciones que dieron mayor o menor lugar a la función de la equidad¹⁰⁰. En el terreno de la práctica operó en base a las

⁹⁹ Para esta época véase CARON, *Aequitas*, y D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epieikeia*.

¹⁰⁰ Sobre esto véanse los trabajos de CASTAN TOBEÑAS, *La equidad*; y *La idea de equidad*.

circunstancias para resolver adecuadamente los casos tal como se presentaban. Esto llevó a que no se limitase a ser un mero instrumento de interpretación de la ley, sino que también fuese posible encontrar la solución fuera de la misma ley.

Algunos selectos testimonios permiten comprobar el arraigo de esta noción en el Derecho indiano, principalmente en los siglos XVI y XVII. Varias huellas se registran en Solórzano. La más expresiva aparecía cuando, ocupándose de una cuestión concreta, sostenía la posibilidad de templar el rigor de los preceptos reales “con la equidad y piedad que resulta de las circunstancias y consideraciones referidas...”. Se apoyaba en la enseñanza de Aristóteles y algunos jurisconsultos, quienes declararon —decía— que “aunque el derecho sea fijo y estable, la equidad, que es hija de la razón natural, la templa, modera y altera a las veces, según lo piden los casos, que se suelen ofrecer, que por el tiempo, lugar, personas y otros varios accidentes, piden se ajuste y acomode a las ocasiones”¹⁰¹. En este párrafo tan ceñido se aprecian los tres matices apuntados o al menos una idea sustancial de ellos. Como eje vertebral, asoma la relación equidad-caso.

Es posible conocer mejor el pensamiento de Solórzano a través de la múltiple utilización que hacía de la voz *equidad* —casi no usaba epiqueya —en la *Política indiana*. De manera preferente aparecía como opuesta al “rigor de derecho”, recurriendo a conceptos tales como templanza, moderación, liberalidad, benignidad y clemencia, enlazados por la tradición aristotélica-cristiana. En alguna ocasión usaba equidad como igualdad, en un sentido que recordaba el origen griego de la voz. Con frecuencia utilizaba equidad como criterio jurídico superior, junto a razón, justicia, derecho y utilidad. Así se refería a “equidad natural”, a “equidad y razón natural”, a “reglas de derecho y de la equidad”, etc. Cabe recordar aquella frase que, citando a

¹⁰¹ SOLÓRZANO, *Política indiana*, III, VIII, 37 y 38.

Fontanela, servía para caracterizar la función de los oidores: que “juzguen y arbitren lo que es conforme a razón, equidad y justicia”. La amplitud y ambigüedad de este uso era balanceada con los requisitos exigidos al juez y con los límites dados por una sólida jurisprudencia. Al ocuparse de lo que podían hacer y no hacer los virreyes, Solórzano en un destello literario, traía como testimonio el soneto que Argensola había escrito a un virrey de Aragón:

Ni tú, si la magnánima Epiqueya
Se opone a los derechos que nos rigen.
De su ornato purpúreo los desnudes;
Que aunque ella tiene altísimo origen,
No ha de pensar que las demás virtudes
En su presencia son turba plebeya¹⁰².

Otros testimonios, esta vez procedentes del ámbito moral- canónico. Después de dar una solución sobre el matrimonio celebrado sin el párroco, conforme a las exigencias tridentinas, Peña Montenegro sostenía que *epiqueya* —lo mismo que equidad —era “corrección de la ley, o interpretación, porque yendo contra las palabras de la ley, sigue antes el pensamiento de quien la promulgó, y así es lícito en ocasiones rasgar la letra porque quede entero su sentido; virtud necesaria muy de ordinario en estas Regiones tan remotas y distantes, que es casi imposible consultar al Legislador para que explique la ley; y a veces fuera vicio seguir la corteza de la ley en algunos casos particulares, que los Legisladores no pudieron prevenir totalmente, porque en hacer las leyes, no se atiende a los casos extraordinarios que suelen acontecer, sino a lo que más ordinario acontece”. Y a continuación agregaba esta prevención: “A mucha costa de prudencia se ha de usar de la *epicheia*, porque no se ha de perder el respeto a las palabras de la ley, usando de ellas conforme a su antojo; ni se han de observar tan rigurosa-

¹⁰² Ídem, V, XIII, 33.

mente, que por guardar el orden del Derecho, se permita que den en tierra mayores intereses”¹⁰³. La noción aparecía ceñida a una interpretación flexible que apuntaba al sentido y no a la letra de la ley, es decir resaltando uno de los matices que se distinguen en la misma. Como fundamento de su juicio, se enfatizaba la peculiaridad indiana.

En una obra análoga, titulada *Espejo de Parrochos de Indios*, del primer cuarto del XVIII, el agustino Casimiro Díaz desenvolvía el tema de modo doctrinal, sin relacionarlo con ninguna cuestión concreta. Como Peña Montenegro se inclinaba por utilizar la voz *epiqueya*, pero dándole un alcance más amplio. Servía para “temperar el rigor de las leyes en lances y casos apretados”, distinguiéndose de la interpretación, porque ésta “mira a dar el sentido a la ley, cuando sus palabras son dudosas, pero la Epikeya aunque la ley sea clara, y sin necesidad de interpretación declara en los casos particulares no obligar”. Además, agregaba, la interpretación “mira a la ley, la Epikeya mira a las circunstancias y personas”.

Según el autor, la epiqueya tenía lugar en toda ley positiva, eclesiástica o civil, existiendo dos circunstancias: que hubiese fundamento grave para dudar acerca del daño que podía seguirse de ejecutarse aquélla; y que no fuese fácil el recurso al Superior para que la declarase o dispensare. Tal el caso de la falta de proclamas en el matrimonio de un moribundo con una mujer de la cual había tenido un hijo, que el párroco podía celebrar obviando la ley que las exigía. Extendía también la epiqueya a las leyes naturales y divinas, salvo en aquellas que eran prohibitivas de lo intrínsecamente malo, como mentir, fornicar, blasfemar. En otros casos cabía asimismo, como el hurto en extrema necesidad, el homicidio en defensa propia, etc.¹⁰⁴.

En este testimonio el uso de la voz *epiqueya* era equivalente a la de *equidad*, en cuanto gozaba de una conside-

¹⁰³ PEÑA MONTENEGRO, III, IX, VI, 11 y 12 (p. 370).

¹⁰⁴ DÍAZ, *Espejo*, parte II, cap. IV, fs. 16-19.

rable amplitud. Específicamente quedaba resaltada su atención hacia las circunstancias y personas, fincando en ello la distinción con respecto a la interpretación. Su horizonte era tan vasto que bien podía extenderse hasta abarcar cierta clase de leyes naturales.

En diversos escritos forenses, en dictámenes fiscales, en sentencias judiciales y en otros documentos de gobierno y justicia, se pueden encontrar invocaciones a la equidad en las acepciones que hemos visto desplegar en estos testimonios selectos. Era una noción que anidaba en la mentalidad de juristas, canonistas y moralistas. En algunos aspectos, la equidad aparecía ceñida a una actitud de templanza y moderación en la aplicación de las leyes, tal como vimos. Pero, según creo, su dimensión era mayor, en cuanto aparecía como criterio rector en la aplicación del Derecho. Cuando el tema sea abordado con la profundidad que reclama es probable que se confirme este punto de vista. A los fines de la presente indagación me resulta necesario registrar esa presencia de la equidad en relación con las circunstancias de los casos, y mostrar cómo su noción se desplegaba más allá de la mera interpretación de la ley, obrando a veces contra las palabras del mismo texto para así conformarse a la razón, la justicia y la común utilidad. ¿Acaso una ambigüedad, una confusión...? Así lo consideraron filósofos y juristas de los siglos XIX y XX. Para los de tiempos anteriores era una noción incorporada a su mentalidad jurídica.

7. El arbitrio

Era el arbitrio una nueva exteriorización de la vigorosa concepción casuista, en cuanto delegaba en el juez o en el ministro la facultad de decidir determinada situación según la apreciación que él realizara de las circunstancias de las cosas y las personas. Era, pues, una atribución creadora de Derecho en determinadas ocasiones, ya otorgada por ley, doctrina o costumbre, ya dada de modo implícito.

Según señala Altamira, la legislación indiana acordó abundantemente el arbitrio a las autoridades gubernativas indianas, dentro del margen de autonomía reconocido¹⁰⁵.

Fue también frecuente en los negocios de justicia, sobre todo en las causas penales. El arbitrio judicial concedía al juez amplias facultades para adecuar las penas a los casos concretos que debía resolver. Esto se observa, según Ávila Martel, en dos formas: una era la apreciación de las circunstancias que modificaban la responsabilidad penal para aplicar el castigo; y otra era cuando el legislador delegaba en el juez el establecimiento de la pena¹⁰⁶. En este sentido, el arbitrio fue un instrumento de templanza del rigor de la ley, rebajando las penas¹⁰⁷, y adaptándolas a la realidad y a las ideas de la época¹⁰⁸. La situación se hizo evidente aun en fechas tardías, como lo testimonia el aporte documental de Alberto David Leiva para el Río de la Plata a fines del XVIII y principios del XIX¹⁰⁹. De manera explícita uno de los fiscales bonaerenses recogía en 1804 este sentir al expresar que “examinado el negocio en su fondo usan Jos tribunales superiores del arbitrio, o temperamento que en su prudente consideración es muy compatible con el sabio espíritu de las leyes penales para no proceder por el material tenor de ellas, templando el rigor de su letra con el pulso, y discreción que le dictan los sólidos conocimientos de su asentada práctica y experiencia”¹¹⁰.

El arbitrio estaba, pues, al servicio de una solución adecuada de los casos cuando el Derecho escrito no alcanzaba a llegar con toda la precisión deseada. Pero no era puro y libre, confiado sólo al capricho o antojo del juzgador, ni tampoco a un juicio enteramente subjetivo. Estaba condicionado por ciertos límites, sin dejarse de reconocer los

¹⁰⁵ ALTAMIRA, *Diccionario*, 19-20 y 236-237.

¹⁰⁶ ÁVILA MARTEL, 28-29.

¹⁰⁷ EYZAGUIRRE, 163.

¹⁰⁸ ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia*, I, 230; MARÍA LUZ ALONSO, 225-226.

¹⁰⁹ LEIVA, 93-106.

¹¹⁰ LEVAGGI, “El concepto del Derecho”, 252.

peligros que entrañaba la discrecionalidad del magistrado. Era un instrumento que el jurista casuista no deseaba expulsar de su órbita intelectual, como sí en cambio lo haría más tarde el sistemático.

Castillo de Bobadilla hace un interesante desarrollo de esta cuestión, que sirve tanto para testimoniar la realidad castellana de fines del siglo XVI, como para constatar la orientación que recibieron ministros y jueces en las siguientes centurias. Después de sostener la conveniencia de que los jueces juzgaran por las leyes y no a su arbitrio, agregaba: “El día de hoy es mucho de doler y de exclamar, lo mucho que se usa el albedrío de los Jueces, contra, o fuera de la disposición de las leyes: porque aunque es verdad, que los negocios son más que las leyes, y son de cosas particulares, que no pueden decidirse debajo de ciertas leyes, en especial en las causas criminales, en que las probanzas de los hechos, por ser diversos, son por la mayor parte arbitrarias, y en estos casos se debe juzgar por lo decidido en otros semejantes; no se guarda en esto el Derecho; ni la razón escrita, y casi unos negocios, y otros, y en unos, y otros Tribunales se juzgan por albedrío; y muchas veces los superiores determinan las causas contra la expresa disposición de las leyes, sacando los negocios del camino de la Justicia Natural, y Escrita, y como Legisladores, regulándolos por respetos de buena gobernación, y de estado; y entendiendo, que no les obligan los ápices del Derecho, juzgan la verdad sabida por presunciones, y según su conciencia, y albedrío bien informado, y como el Rey, que es Dios en la tierra: y que así pueden arbitrar, mayormente en lo Criminal, dejando a los Jueces ordinarios, y a los Asesores el estar atados y obligados a la observancia de las leyes, porque no son ley viva, como ellos...”¹¹¹.

Texto difícil, no muy claro, pero sustancioso. En el mismo, asoma el arbitrio como figura central en la justicia de esos tiempos. El autor se lamentaba de su extensión, que

¹¹¹ CASTILLO DE BOBADILLA, II, X, 12-15.

llegaba incluso a los jueces inferiores. También censuraba el criterio de los tribunales superiores que, apartándose de la jurisprudencia, decidían los negocios por “la razón de gobernación y de estado”¹¹². Encontraba sentido a su presencia, sobre todo en las causas criminales.

Castillo insistía en señalar que “los jueces inferiores, muchos con poca cristiandad, y los más por ignorancia (porque aún no saben Gramática) dejan de juzgar por las leyes, y juzgan las más veces por su parecer y albedrío: y otras veces, so color y pretexto de estilo y costumbre...”, como si se estuviese en un remoto pasado y no en el mundo de hoy, que “ahora alcanzamos de tanta malicia, prevenida y corregida con tantas y tan santas leyes, y con tantas doctrinas de sabios Escritores Juristas...”¹¹³. Esta reflexión crítica se completaba de inmediato con un juicio tajante: “Soy yo de opinión, y creo que no me engaño, que el Abogado ha de saber lo que el Juez ha de sentenciar: por lo que se verifica del hecho, y por lo dispuesto en Derecho, y estar cierto de ello, para desengañar a las partes, si han de seguir o no sus pleitos, y evitar los daños de la conciencia, de la honra, y de la hacienda, y de la pérdida del tiempo, y otros, que de la incertidumbre de los sucesos, por no guardar las leyes, y doctrinas aprobadas, y juzgarse por albedríos, vemos suceder hoy en el mundo”¹¹⁴.

Como colofón de la cuestión, Castillo daba una regla al corregidor en el sentido de que “en los casos no determinados por Leyes, Cánones o Doctrinas, puede proceder y sentenciar por su albedrío, bien informado, y circunspecto, regulándole y considerándole a la manera y traza del juicio legal, y según el proceso, y por la equidad, y derecho, y por parecer de los sabios, y no por su cerbelo y antojo, desviado de la forma, orden y disposición del Derecho, ni dañando enormemente ...ni aliviando en demasía...”¹¹⁵.

¹¹² Ídem, II, X, 17.

¹¹³ Ídem, II, X, 18.

¹¹⁴ Ídem, II, X, 19.

¹¹⁵ Ídem, II, X, 27-28. “Cerbelo” por cerebelo.

Castillo, reconociendo la necesidad de admitir el arbitrio en el orden judicial, procuraba establecer sus límites, para detener los excesos que en su uso se cometían. Cuando mostraba su preferencia por las leyes, se refería, no a un legalismo propiamente dicho, sino a la prevalencia de una sólida jurisprudencia, integrada por leyes, cánones y doctrinas. Y cuando admitía que, dada la diversidad de los casos, los jueces tuviesen que hacer uso del arbitrio, lo hicieran según formas y sustancia de Derecho, y no por su mero juicio y antojo. Es también de destacar que Castillo se apercebía de que con el arbitrio judicial se planteaba el problema de la seguridad jurídica, al no guardarse “las leyes y doctrinas aprobadas”. De ahí que afirmase con vigor, en defensa de ese principio, que “el Abogado ha de saber lo que el Juez ha de sentenciar”. Cabe remarcar la decidida postura del autor en favor de la certidumbre o seguridad jurídica, considerada habitualmente hoy como un valor propio de la concepción sistemática. Encontrándonos en presencia de un jurista estimado como casuista, cabe preguntarse: ¿o en Castillo había un claro apuntamiento hacia la sistemática, o dentro de la jurisprudencia casuista cabía apreciar, en cierta dosis, la certidumbre o seguridad jurídica? Sin desdeñar la primera posibilidad, me inclino por dar mayor importancia a la segunda alternativa.

Las preocupaciones de Castillo de Bobadilla en la materia que tratamos aparecían también dispersas en otros pasajes de su gran obra. El uso del arbitrio y sus límites era una cuestión candente que el autor consideraba una y otra vez, aunque sin la extensión y profundidad registradas en las páginas recogidas anteriormente. Se mostraba cuidadoso en recomendar a los jueces inferiores la observancia de las leyes¹¹⁶, pues aunque admitía que podían “con causa alterar la ley, usando de la prudencia y de la equidad, y epiqueya”, no era conveniente traspasar su rigor sin consultar a los superiores¹¹⁷. En

¹¹⁶ Ídem, V, I, 137, 183 y V, III, 27.

¹¹⁷ Ídem, II, XXI, 142.

cambio, reconocía en los jueces superiores un “mayor poderío y arbitrio” que les permitía alterar y traspasar las leyes¹¹⁸. Sobre todo reconocía que eran los negocios criminales los que estaban, en su mayoría, “reducidos al albedrío del juez...”¹¹⁹. En estos casos, establecía como regla general la inclinación del magistrado a seguir la opinión más piadosa y benigna¹²⁰.

Acudamos a otro de los grandes autores de la literatura hispana: Solórzano. En las páginas de la *Política indiana* hallamos numerosas referencias al arbitrio. En muchas cuestiones, la solución quedaba a arbitrio del juez, de la audiencia, del virrey, de los preladados, del rey y del Consejo de Indias. En ocasiones agregaba alguna condición, como cuando lo dejaba al prudente arbitrio y deliberación del que hubiese de juzgar, o cuando se remitía al arbitrio de los jueces cuerdos y prudentes. No faltaba la referencia al “arbitrio de buen varón”, el cual, decía en una oportunidad, “requiere justificación, conocimiento de causa y condenación”¹²¹. Como en Castillo, asomaba en Solórzano el cuidado por establecer límites, condiciones a un arbitrio que debía entenderse dentro del Derecho y no gobernado por el antojo o capricho. Ya al plantear de modo especulativo y muy al gusto humanista el dilema entre las leyes escritas y el “arbitrio de un prudente gobernador”, se inclinaba por que los magistrados “juzguen por leyes escritas, y que estén atados a ellas, y que solo en cosas de poca consideración e importancia se les deje libre el arbitrio...”¹²². Al referirse a las atribuciones de los virreyes, sostenía que por su “libre albedrío” no podían “mudar el derecho, ni estilo de las Chancillerías, ni de los juicios...”¹²³. En otro pasaje, ratificaba que “no pueden, ni deben los Virreyes proceder

¹¹⁸ Ídem, V, I, 137 y II, XVI, 186.

¹¹⁹ Ídem, III, XV, 113.

¹²⁰ Ídem, II, III, 33.

¹²¹ SOLÓRZANO, *Política indiana*, IV, XV, 27.

¹²² Ídem, V, XVI, 6-8.

¹²³ Ídem, V, XIII, 43.

ex-abrupto y sin guardar el orden y forma judicial en las causas que se les cometen, ni determinarlas según su arbitrio y conciencia, y fuera de lo que en ellas se hallare alegado y probado”¹²⁴.

Un último testimonio. En la conocida “Carta de un togado anciano a un hijo suyo recién llevado a la Toga”, incluida en el difundidísimo *Teatro crítico universal* de Benito Jerónimo Feijoo, se puede observar en época más avanzada la persistencia del criterio. Decía en el pasaje pertinente: “Aun para los casos dudosos, para los oscuros, para cuando hay igualdad de probabilidades dan reglas de equidad las Leyes, y estamos rigurosamente obligados a seguirlas. O, que algunas cosas se dejan a la prudencia del Juez! Es verdad; mas por eso mismo no se dejan a su voluntad. El dictamen prudencial señala a su modo el camino que se ha de seguir; y no es lícito tomar otro rumbo por complacer al poderoso; o al amigo. Cuando se dice que esto, o aquello está a arbitrio del Juez, la voz *arbitrio* es equívoca, y no significa disposición pendiente del afecto, sino pautada por la razón, y el juicio. Esta significación es conforme a su origen; pues el verbo latino *arbitrar*, de donde se deriva esta voz, significa acto de entendimiento, y no de voluntad”¹²⁵.

El arbitrio aparecía, según vemos, como instrumento necesario para atender a unas circunstancias en las cuales la letra de la ley no podía aplicarse. Pero en los tres testimonios elegidos despunta un tono crítico hacia el ejercicio de un arbitrio como mera voluntad del juez o del ministro, anticipo de las vigorosas censuras que apreciaremos más adelante. La diferencia entre unos y otros era, sin embargo, notoria. La solución no consistía en suprimir el arbitrio —como postularían los reformistas de fines del Setecientos— sino en encauzarlo a través de ciertas pautas que lo mantenía, como pieza útil, dentro del ordenamiento. Esas pautas apuntaban a la calidad de la persona del juez, al

¹²⁴ Ídem, V, XIII, 34.

¹²⁵ FEIJOO, *Teatro crítico*, t. III, disc. 11, pp. 294-295.

respeto al orden y reglas del proceso, y al sometimiento al Derecho, encarnado principalmente en la sólida jurisprudencia, tantas veces invocada en la época.

II. LA APLICACION DENTRO DEL IDEAL SISTEMATICO

Al ocuparnos de la aplicación del Derecho dentro de una concepción sistemática —o presistemática— debemos tener en cuenta que la nueva idea no operaba sobre un “vacío jurídico”, sino que se insertaba en la compleja realidad esbozada en el apartado anterior, sin poderla sustituir. Como ya lo verificamos en otros niveles, la idea encuentra nítidos precedentes a fines del XVI y principios del XVII, pero su tiempo de maduración sólo se puede focalizar en la segunda mitad del XVIII. Fue entonces cuando, bajo el estímulo de factores convergentes, la nueva concepción irrumpió con aires triunfales, desplegando una convincente argumentación, pero solo con mucha dificultad pudo llegar a los vericuetos de la práctica jurídica, donde sobrevivía una mentalidad dispuesta a atender a los casos o situaciones que las leyes y otras normas no podían regular de modo preventivo y abarcador. De tal manera, lo nuevo sólo alcanzó a yuxtaponerse con lo viejo, sin desplazarlo.

¿Qué factores apoyaron la introducción del ideal sistemático en la aplicación del Derecho? Por de pronto todos aquellos de índole general que hemos apreciado en este libro. De modo particular, sería preciso indagar acerca de los vicios de que adolecía la concepción vigente y el reclamo para modificar esa situación. Lamentablemente, no hay estudios básicos sobre el estado de la administración de justicia en Castilla e Indias en una época previa al cambio que permita dar respuesta a esa inquietud, ni tampoco podemos constatar la existencia de distintas situaciones en uno y otro continente¹²⁶. La denuncia de abusos y corrupción en

¹²⁶ MURO ROMERO, “Instituciones”, 209-215.

las Indias hacia la primera mitad del XVIII, que iba a dar fuerza a una reforma judicial —solo concretada en gran escala en 1776—, estaba sospechosamente emparentada con un objetivo político, tal era la recuperación del poder peninsular en el gobierno y justicia indianos. En este sentido, es esclarecedor el estudio realizado por Burkholder y Chandler, desde el enfoque social, al comprobar la presencia del criollismo en la integración de las audiencias americanas durante esa primera mitad de la centuria. Pero queda aún sin conocerse qué tipo de justicia aplicaron esos oidores criollos, si es que cabe establecer realmente una distinción al respecto. ¿Acaso puede suponerse que continuaron practicando una justicia casuista, sobre la cual se generó una acusación de corrupción? ¿Ello estimuló una reforma basada en la observancia de la ley? Esto favorecía sin duda el objetivo de la Corona de recuperar el control político sobre el Nuevo Mundo.

Céspedes del Castillo ha enfatizado este asunto, al sostener que la reforma administrativa indiana en la época de Carlos III se sustentaba en varios principios fundamentales —estatización y profesionalización de los oficios públicos, modernización de las técnicas administrativas— de los cuales el más importante, y quizá también el más revolucionario, era “el de la observancia de la ley”. La meta reformadora —continúa— era la de dar cumplimiento a las leyes con rapidez y exactitud, en contraste con el orden legal anterior. Con las intendencias se creó el aparato indispensable para hacer efectivo ese principio. Este impulso renovador se atribuye al ministro José de Gálvez —que murió en 1787—, agotándose después de 1789¹²⁷. Es sugerente la visión ofrecida por el destacado americanista, desde una perspectiva que no es histórico-jurídica. Revela claramente que la observancia de la ley era un objetivo político de la Monarquía que tuvo sólo un fulgor temporal. En todo caso, el punto de vista que luce en esa interpretación es estricta-

¹²⁷ CÉSPEDES DEL CASTILLO, 342-343.

mente peninsular y consecuencia directa de un afán absolutista y centralizador del poder, que abarcaba a toda la Monarquía.

Cabe indagar si en la reforma judicial de 1776, obra de Gálvez, se escondía el propósito de lograr una aplicación más rigurosa del orden legal. Es sugestivo, por cierto, que dicha reforma consistiera en agregar nuevas plazas de oidores en las audiencias y sobre todo en imponer en la cúspide la figura del regente¹²⁸. Puede suponerse que con estos nombramientos se procuró equilibrar el control ejercido por los criollos en esos tribunales. En cambio, es más difícil saber hasta qué punto el imperativo legal era un criterio que se extendía también a los negocios de justicia. El asunto merecería una investigación particular.

1. La observancia literal y rigurosa de las leyes

Según hemos constatado en otros capítulos, el orden jurídico apetecido a partir de la segunda mitad del XVIII se debía elaborar con leyes generales y abstractas, capaces de comprender los más diferentes casos que se podían suscitar en la vida social. La ley se convertía en el eje sustentador de ese sistema. Para cumplir con ese programa era preciso renovar los cuerpos legislativos existentes. El seguimiento del asunto y sus efectos sobre la aplicación del Derecho excede el límite previsto para esta indagación, que se detiene en los umbrales de cambio tan profundo. Aun así, es posible detectar en este período una alteración pronunciada con relación al sentido y valor que hasta entonces se le había otorgado a la ley y al modo de entenderla y aplicarla.

La noción de ley se empleaba ahora con un sentido más estricto para designar exclusivamente a la orden emanada del monarca y de modo más amplio a las leyes del reino, con

¹²⁸ MARTIRÉ, *Los regentes*, 15.

exclusión de las extrañas. Además, el texto legal asumía por sí valor absoluto, desnudo de toda glosa, comentario, estilo o práctica. Respondía a la mera voluntad del legislador. Debía observarse estrecha o literalmente en su aplicación a los casos. Frecuentes disposiciones reales y juicios de escritores a lo largo del siglo XVIII enunciaban ese nuevo criterio que, si bien tenía ya sus precedentes, adquirió entonces la fuerza de un movimiento visible en la esfera jurídica.

El vigor terminológico intentaba convencer a los remisos. Un autor decía que “las leyes han de observarse escrupulosamente por los súbditos, y hasta un ápice, por más que parezcan duras, y no pueden suavizarlas, ni aun con título o pretexto de equidad...”. Sólo el Príncipe podía hacerlo¹²⁹. Otro escritor recordaba que por las leyes del reino “se han de juzgar los pleitos y desatar las dudas, y no por opiniones violentas, torcidas o voluntarias de glosadores, tratadistas y consulentes”; y en defecto de leyes modernas se había de recurrir a las antiguas¹³⁰. No faltaba quien, como el conde de la Cañada, luego de encarecer “la puntual observación” de las leyes procesales, decía que si la disposición “trajese en la práctica inconvenientes muy considerables, a los autores solo incumbe el advertirlos y manifestarlos, que son los límites a que deben ceñirse sus facultades, y la parte con que pueden contribuir a su reparación y remedio”¹³¹. Templanzas, equidades, recursos a los autores quedaban así expulsados del nuevo orden...

Esta exaltación de la ley, unida a la falta efectiva de los “códigos perfectos” aún no concretados, hizo que algunos volcaran sobre los cuerpos legislativos existentes unos atributos que no le pertenecían. Valga recordar aquel juicio del ministro Vicente Herrera en 1788 cuando consideraba a la Recopilación de 1680 como un cuerpo “ordenado, com-

¹²⁹ MUJAL, 121-122.

¹³⁰ Carta apologética sobre el Tratado de amortización del señor Campomanes (SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo*, IV, 92).

¹³¹ CONDE DE LA CAÑADA, prólogo.

pleto y cuasi divino”¹³², juicio ante el cual Solórzano se hubiese sonreído.

La posibilidad de una aplicación rigurosa y literal de las leyes a todos los casos se hacía más remota con cuerpos legales provenientes de una concepción jurídica distinta, en la cual el papel concedido al juez o al ministro ejecutor era muy amplio. Meléndez Valdés, en su tantas veces citado discurso de 1791, se hacía cargo de esta dificultad. Decía que el nuevo tribunal —la Audiencia de Extremadura— venía a “establecer la justicia y el orden legal sobre principios sólidos, inmutables, luminosos y empezar un sistema de obrar inalterable en que hable la ley sola, y nunca el ciego arbitrio ni la voz privada del juez”. Recordaba que “la justicia y las leyes es verdad que son unas, y que hablan donde quiera el mismo lenguaje incorruptible y puro; pero la versión de este idioma y su acertada aplicación, la ha de hacer siempre el hombre, que es en todas partes, sin advertirlo, esclavo desgraciado de sus opiniones, de la edad en que vive, de los libros y doctos que le cercan, del cuerpo a que está unido”¹³³. La visión de Meléndez Valdés era pesimista en cuanto a la intervención del hombre en la realización del Derecho, ya que lo consideraba como un “esclavo desgraciado” del mundo y del tiempo en el cual se desenvolvía. Se peraltaba, en esta expresión, una justicia y una ley Ideales que el hombre corrompía en su aplicación. Punto de vista que me parece representativo de la nueva época. El peso en la realización del Derecho se trasladaba al legislador, en cuyo producto —la ley— se depositaba toda la confianza. En ella se centraba la justicia. Por oposición, mostraba una postura recelosa hacia el juez en la aplicación del Derecho.

Que la justicia se impartiera ateniéndose ceñidamente a las leyes parecía una bandera que la propia Corona empuñaba. En una real cédula indiana de 1770 se decía que “el principal objeto de los desvelos de S. M.” era que todos “los

¹³² AGI, México, 1938.

¹³³ MELÉNDEZ VALDÉS, 244-246.

tribunales y jueces observen estrechamente las leyes, la más pronta expedición de las causas y la rectitud en la administración de justicia”¹³⁴. ¿Se podían fácilmente desplazar los criterios que durante varios siglos habían dominado en la esfera judicial?

Bajo la idea de que la bondad estaba en las leyes y la corrupción en toda forma de apartarse del texto literal, es explicable que se desplegara una tendencia que postulara la aplicación de las leyes sin interpretación alguna, o al menos, que dicha interpretación estuviese al servicio de aquel texto. La inteligencia de la ley debía buscarse en ella misma. Era así mal mirada toda interpretación que hicieran los autores, juristas o jueces. Ella corrompía las leyes, alteraba sus bondades. La única interpretación admitida era la dada, en extrema instancia, por el propio legislador. Se podía, en cambio, recurrir a leyes antiguas, o aun a las derogadas, para extraer la razón interpretativa de las nuevas. Eran las raíces de un culto a la ley...

Esta doble imagen, de un lado la bondad de las leyes, de otro la corrupción que traían los autores-intérpretes, explica el agrado con que ávidos lectores y devotos seguidores difundían esa frase, de elocuencia sin par, que brotaba por entonces de la pluma de Cayetano Filangieri: “Un gran número de intérpretes oscuros, confusos y opuestos casi siempre entre sí, que produjeron los siglos de la ignorancia, forman el caos infinito de opiniones que hacen tan dudosa e incierta la jurisprudencia de la mayor parte de Europa”¹³⁵. Las leyes no eran malas. Lo eran los autores que las glosaban, comentaban o interpretaban. Este era el meollo de un sentimiento colectivo que compartían muchos políticos, pensadores y juristas desde las primeras décadas del XVIII, y que se acentuó a medida que se avanzaba en la segunda mitad de la centuria.

Los efectos de este modo de pensar se hicieron sentir

¹³⁴ MATRAYA Y RICCI, núm. 925.

¹³⁵ FILANGIERI, 241.

sobre el comentario mismo de las leyes indianas. En efecto, durante las últimas décadas del XVIII, la misma fue pálida, carente de espíritu crítico, limitada a establecer concordancias y agregados dentro de la órbita legal. Y aun así encontró escollos de tal magnitud, como la que —entre otros— tuvo Josef Lebrón para publicar sus “Anotaciones a la Real Pragmática de matrimonios”, en 1789. Su solicitud al Consejo de Indias fue denegada, mandándose que se observasen literalmente las pragmáticas y demás cédulas, después de un riguroso dictamen en el cual se ponía de resalto la necesidad de conservar la unidad e integridad de la legislación indiana, incluso frente a leyes castellanas que no habían pasado por el Consejo¹³⁶.

2. Los nuevos criterios de interpretación: de Lope de Deza al Marqués de Bajamar

Sobre este cañamazo es posible bordar algunos distingos o resaltar matices. He elegido cuatro testimonios representativos que muestran los nuevos criterios de interpretación de las leyes que se acercaban a una mentalidad sistemática.

No es preciso esperar a la España del Setecientos para encontrar desenvuelta esta postura. Ya la observamos a fines del XVI y principios del XVII en autores como Simón Abril, Zevallos o Bermúdez de Pedraza, pero de modo principal en el, varias veces mencionado, escrito de Lope de Deza¹³⁷. No lo traigo a colación como un mero antecedente, lejano del punto temporal donde nos hallamos. Es necesario recordar que la única copia del Juicio de tas leyes civiles se hizo en la segunda mitad del XVIII, no siendo aventurado suponer que ello se debió a la actualidad que entonces se le pudo asignar, sobre todo si tenemos en cuenta el espíritu que animó a Manuel Josef de Ayala en la formación de esa colección de papeles, donde se encuentra dicha obrita.

¹³⁶ AGI, Indiferente, 1657.

¹³⁷ DEZA, 78-91.

De las extensas consideraciones formuladas por Deza, extraigo sus ideas sustanciales, fundadas con invocaciones a Platón, Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás, Justiniano y otros emperadores romanos, las Partidas, etc. Hacía Deza la absoluta defensa de la jurisdicción real en cuanto a la promulgación e interpretación de las leyes, al tiempo que formulaba una muy dura crítica a la jurisprudencia de los autores. Para él, la interpretación pertenecía solo al legislador, quien ciertamente podía comunicarle su verdadero sentido. El juez debía guardar lo mandado ejecutándolo “sin interpretación alguna, aunque conozca que es injusto”. Rechazaba la distinción que algunos hacían entre la interpretación con alcance general dada por el legislador y la particular para el caso hecha por los autores y jueces, y afirmaba que bajo distinciones y otros apoyos, los abogados, catedráticos, doctores y jueces habían usurpado la función de interpretar, con lo que incurrían en crimen de lesa Majestad.

Deza recurría a Aristóteles para afirmar que “la menos potestad que fuese posible se ha de dejar al Juez”. Admitía, eso sí, la epiqueya —a la cual consideraba como superior a la ley escrita— cuando faltasen dos requisitos fundamentales de la ley: autoridad y razón. Fuera de ello —insistía— “en ninguna manera tiene Jurisdicción algún particular de interpretar leyes, esté la duda en el sentido, o en las palabras, y aun en este caso de la epiqueya si el Legislador está donde puede ser consultado sin riesgo de la Justicia, se le ha de guardar su decoro y recibir esta corrección de su Ley de su misma boca...”.

Era muy punzante su crítica hacia una interpretación abierta a todos los licenciados, desplegada en libros, profesada en la cátedra, estudiada por los abogados y aplicada por los jueces. Apenas promulgada la ley —decía— “cae en manos de tantos enemigos, como la esperan para glosarla e interpretarla, ampliarla, restringirla, defraudarla, buscarle cautelas y fugas”, perdiendo en pocos días “la figura de Ley justa o uniforme”. Insinuaba al final que acaso pudiese

aceptarse un género de interpretación reservado sólo a “personas eruditas, doctas, religiosas, calificadas de ciencia, de experiencia, ejecutados en toda suerte de Libros, como eran los Jurisconsultos que antiguamente escribían sobre las Leyes y edictos”.

Según se aprecia, Deza desenvolvía a principios del Seiscientos ideas desplegadas a toda vela en la segunda mitad del XVIII: ácida crítica a los autores, interpretación reservada al legislador; epiqueya restrictiva. Y un rasgo dominante: la ley justa o uniforme era corrompida por la glosa o interpretación.

El segundo ejemplo es distinto. No era un crítico, como Deza, sino un autor que a mediados del XVIII, imbuido de un sólido sedimento tradicional y de ciertos rasgos sistemáticos¹³⁸, procuraba exponer el estado de la cuestión, con vistas a orientar la aplicación del Derecho. Tal es el histórica y legal de Tomás Manuel Fernández de Mesa, editado en 1747 y reeditado en 1802.

Para él, siguiendo a Heinecio, “las leyes se aplican, interpretándolas primero”. De quitar la interpretación se “desterraría el Arte de lo bueno y de lo justo; y sería la Jurisprudencia un empleo de la memoria y no del entendimiento”. Agregaba que “apenas hay causa en que no sea necesaria la interpretación...”¹³⁹. De ahí que los jueces fuesen “las principales personas a quienes toca el conocimiento, uso e interpretación de los derechos...”¹⁴⁰. Partía Fernández de Mesa de una situación dada, que aceptaba sin censurarla. Procuraba, eso sí, encauzarla, dando preferencia a una interpretación más ceñida al Derecho español y concretamente a las leyes, conforme era el juicio en boga entonces. De ahí que buscara una interpretación de las leyes de España por su origen, por su razón, por otras disposiciones dadas por el mismo legislador aunque estuviesen derogadas,

¹³⁸ Disiento con el calificativo de “revolucionario” que le da PUY MUÑOZ en *Las ideas jurídicas*, 49.

¹³⁹ FERNÁNDEZ DE MESA, 175.

¹⁴⁰ Ídem, 249.

y por su observancia o costumbre. Sólo después recurría al Derecho común y siempre que no fuese contrario al español.

Fernández de Mesa daba también entrada a los intérpretes, preferentemente los autores españoles antiguos, pero sin desdeñar los del Derecho común —entre quienes enaltecía a los del *mos italicus*—. Los intérpretes, decía, deben tenerse en cuenta para suplir la falta de ley o para aclarar cuando hubiese leyes en pugna.

En Fernández de Mesa la interpretación aparecía como paso indispensable en la aplicación del Derecho, inclinándose hacia una mayor incidencia de los elementos que componían la ley —origen, razón, observancia, etc.— en el entendimiento de la misma. El papel de los autores era menos relevante, pero sin excluirlos de participar en esta operación intelectual.

Otro documento comprobatorio es la conocida obra crítica de Juan Francisco de Castro, donde la interpretación es tema central¹⁴¹. Su enfoque era racionalista, su punto de partida el rigorismo legal y su meta el código metódico. Dentro de esas pautas desplegaba una enérgica crítica a la labor de interpretación de las leyes, dispersa en multitud de libros. Estos, en realidad, habían oscurecido el Derecho, haciendo desaparecer la certeza de la ley. Las reflexiones de Castro se dirigían principalmente a mostrar las confusiones e irracionalidades de esa jurisprudencia de los autores. Estos, a la manera de “formidables dragones”, se habían hecho dueños de la legislación.

Su propuesta legalista se hacía viable a través de un cuerpo metódico de leyes “con sólidos y luminosos principios” que hiciera innecesaria la interpretación. Entonces —decía— “será culpable el que algún particular se atreva a escribir sus pensamientos, y opiniones sobre las leyes”¹⁴².

Entretanto, reconocía que la interpretación era indis-

¹⁴¹ CASTRO, *Discursos*. Me he ocupado del tema con mayor amplitud en “El pensamiento español”, 385-388.

¹⁴² CASTRO, *Discursos*, II, 143.

pensable para penetrar en el espíritu de la ley. De ahí —afirmaba— que es a la ley “tan necesaria una prudente interpretación, como capaz de destruirla y pervertirla el abuso de interpretaciones arbitrarias”¹⁴³. Sostenía que al soberano correspondía interpretar la ley¹⁴⁴, y deslizaba, como recomendación al juez, que aplicase la razón natural y el buen sentido¹⁴⁵. Sin duda, el interés de Castro apuntaba a una reforma del orden jurídico y no a establecer pautas para la aplicación del Derecho en la situación existente.

Este último objetivo es, en cambio, visible en el cuarto ejemplo que ofrezco. Se trata de uno de los discursos pronunciados por el marqués de Bajamar al inaugurar las actividades del año como Gobernador del Consejo de Indias. El de 1801 estuvo dedicado al “arte de interpretar el verdadero y genuino espíritu de las leyes y Reales determinaciones del Soberano”¹⁴⁶. Sostiene que “estas leyes pues y demás preceptos soberanos, que manifiestan la voluntad del Monarca, han de ejecutarse necesariamente del mismo modo, con las mismas ideas, con los propios fines que se propuso, y tuvo presentes para promulgarlos y expedirlos”¹⁴⁷. Para ello se debía, en primer lugar, examinar el estado, tiempo y circunstancias en que se dio la resolución y el motivo de la misma. En segundo lugar, el ejecutor debía tener un perfecto conocimiento de nuestro idioma y poseer “una lógica natural, fundada en la recta razón”¹⁴⁸ y un conocimiento del Derecho privado o público, hacienda, guerra, etc., según fuese la materia. Finalmente —agregaba— “el intérprete de la ley está obligado a desterrar de su imaginación toda opinión o interpretación de los autores comentaristas, siempre que sus decisiones no sean conformes a las reglas que quedan apuntadas”, siendo que los más se desvían de los principios de la

¹⁴³ Ídem, I, 202.

¹⁴⁴ Ídem, I, 203.

¹⁴⁵ Ídem, I, 259.

¹⁴⁶ BAJAMAR, *Dos discursos*.

¹⁴⁷ Ídem, 24.

¹⁴⁸ Ídem, 28-31.

verdadera interpretación¹⁴⁹.

Si después de este examen —continuaba— todavía “el ejecutor de la voluntad soberana halla fundamentos que le inclinan a la duda o incertidumbre del verdadero espíritu e intención del Soberano, debe consultarlo con el Legislador, en quien sólo y únicamente reside la facultad de interpretar y manifestar su Real voluntad en las deliberaciones que emanan de su poder; y esta es la regla infalible e inalterable en todos los casos en que haya fundada duda de cual haya sido la intención del supremo Legislador”¹⁵⁰. Concluía el Marqués su discurso encareciendo la observancia de estos criterios para lograr el acierto en la interpretación e inteligencia de la voluntad real y para descartar de los tribunales “el tropel de opiniones que tanto embarazan para el acierto de la administración de justicia”¹⁵¹.

Esta pieza oratoria impresa aparece como el documento de carácter oficial más representativo de esa época en la materia tratada. Su valor consiste en que recoge y describe una doctrina que parecía gozar de buenos precedentes y de cierto consenso. Se imponía una idea legalista del Derecho, con marginación de las opiniones o interpretaciones de los autores que no se sometieran a los nuevos criterios, y con la sugerente omisión de todo lo relativo a “las circunstancias del caso” en el que se aplicaba dicha ley.

Cabe una breve consideración final sobre estos cuatro testimonios representativos. Todos corresponden a juristas hispanos, sin notorios influjos extranjeros. Sus reflexiones aparecían maduradas por el pensamiento y la experiencia propios. En Deza, Castro y Bajamar —con tiempos y posturas distintas— se manifiesta nítidamente un espíritu legalista y antijurisprudencial. Las leyes aparecían enaltecidas como buenas en sí mismas, mientras las glosas eran condenadas como confusas y corruptas.

¹⁴⁹ Ídem, 36.

¹⁵⁰ Ídem, 39.

¹⁵¹ Ídem, 46.

La separación de la ley con relación al caso era seguida de una preferencia por ocuparse de aquélla y prescindir de éste. La ley debía ser entendida según sus palabras, su origen, su razón, el tiempo en que se dio, etc. Si era preciso, cabía atender a otros componentes de la ley. En cuanto a los autores, solo se admitían aquellos que, acogidos al nuevo criterio, ayudasen a desenvolver este tipo de interpretación. Ante cualquier duda la última palabra pertenecía al legislador. Era un antiguo principio que volvía a resplandecer en la pluma de estos escritores. Todo conducía, pues, a una estimación absoluta de la ley, en la letra y en su espíritu, dominada por una interpretación estrechamente ceñida al mismo orden legal.

3. El arbitrio y la equidad bajo la lupa de los críticos

Dentro del ideal sistemático, el arbitrio judicial y la equidad debían quedar, en la imposibilidad de suprimirlos, reducidos al ámbito legal, perdiendo una parte considerable de su poder y de la posibilidad de adaptar el Derecho escrito a las circunstancias del caso.

La crítica contra los excesos que en nombre de ambas figuras se cometían era antigua, apareciendo en plumas casuistas, como las de Castillo de Bobadilla y Solórzano. Pero quedaba atemperada por los beneficios que se les reconocía dentro de ese orden. Con el avance de las tendencias legalistas y sistemáticas, esos defectos tendieron a cobrar mayor magnitud, ya porque fuesen objetivamente ciertos, ya porque así lo creían los nuevos políticos y juristas, ya porque aparecieran como blancos preferidos para los dardos renovadores. Los antiguos contrapesos se esfumaban. Desde el ángulo especulativo se predicaba el absolutismo legal y el sometimiento de los jueces, con lo cual equidad y arbitrio quedaban sin espacio para operar.

Fue Castro quien con empeño abordó la cuestión con el fin de mostrar las incertidumbres que se desprendían de

ambas nociones. Admitía que, no siendo posible prevenir en la ley todos los casos y sus circunstancias, era explicable confiar algunos al prudente arbitrio del juez. Pero sostenía que este modo de decidir había cundido, multiplicándose los casos que se resolvían de esta manera hasta constituir “una de las mayores plagas de incertidumbre que puede venir sobre las leyes”, sobre todo cuando ese poder se extendía a toda clase de jueces, con pronunciadas diferencias de aptitud.

Recordaba Castro —invocando, entre otros, a Castillo de Bobadilla— que “el arbitrio que se concede al juez en algunos casos no es un arbitrio libre y absoluto: es un arbitrio regulado por las leyes y ciencia del derecho”. Para frenar ese libre arbitrio tan extendido proponía “hacer leyes precisas y decisivas de los casos, sin dar más que hacer al juez que aplicarles a su ejecución”. Sin embargo, reconocía que esto era difícil dado que “no cabe en la posibilidad humana la comprensión de todas las circunstancias prácticas que en la variedad de los casos puedan concurrir, y que sirvan a formar un recto juicio”. En conclusión, proponía establecer “principios ciertos y metódicas reglas de las que se puedan inferir precisas consecuencias aplicables a los casos, cortando en cuanto sea dable toda ocasión al juez de arbitrar encomendándole sólo el obedecer: esto es, sujetando el juez a la ley, no la ley al juez”¹⁵².

“¿Quién no amará la equidad?” se preguntaba Castro al ocuparse de la cuestión. Virtud que suaviza y temple el rigor de la ley en los casos necesarios, que comunica a la justicia “su verdadera perfección”. Volvía a interrogar: “¿Pero quién creerá que esta misma equidad es ocasionalmente otra plaga en las leyes y la turbación de los juicios?”. Como desgracia que ocurre en todas las virtudes, para Castro muchas veces la injusticia pretendía “vestirse la capa de equidad”. De modo tajante —sin matices— distinguía entre una “equidad escrita” prevenida en la ley y aplicable por el

¹⁵² CASTRO, *Discursos*, I, 181-183.

Juez, y otra “equidad no escrita”, sobre la cual volcaba todos sus temores de “incertidumbres y perplejidades”. Para combatir los abusos que provocaban estas “mentidas equidades” llegaba a la conclusión de que “jamás se hallará para su destrucción otro remedio que las leyes claras, precisas y bien circunstanciadas; pues en el ínterin que subsista un derecho incierto, y de varia y confusa interpretación, siempre será dificultoso argüir la injusticia de algunas sentencias, sin que puedan paliarse con el decoroso nombre de equidad”¹⁵³.

Manuel de Lardizábal aplicaba estas ideas renovadoras en el ámbito criminal. En su Discurso sobre las penas sostenía que las penas debían ser dictadas por la misma ley para quitar, en lo posible, el arbitrio de los jueces: “Si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir o excluir el caso particular, entonces sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente”. Solo se podía recurrir al príncipe para que la corrija, explique o modere. En este supuesto, el arbitrio del juez sería pernicioso, pero “cuando las palabras de la ley manifiestan la intención general del legislador, aunque no la expresen literalmente (porque las leyes, como se ha dicho, no pueden comprender todos los casos que pueden suceder en el tiempo) entonces, no solo puede, sino debe el juez aplicar la ley general al caso particular, aunque no se exprese en las palabras”. Y enseguida agregaba: “Esto es lo que verdaderamente se llama consultar el espíritu de la ley, que es muy distinto del arbitrio judicial...”¹⁵⁴.

Es decir, más allá de una posible transformación conceptual, se procuraba recortar drásticamente las posibilidades de libre acción a los jueces, sin desatender el uso de un arbitrio regulado por la misma ley. Equidad y arbitrio, sin desaparecer, eran drásticamente reducidos al ámbito legal en estos dos importantes testimonios hispanos. Una vez

¹⁵³ Ídem, I, 183-187.

¹⁵⁴ LARDIZÁBAL Y URIBE, 77-78.

más, el jurista volvía su mirada a la ley, apartándose de las circunstancias del caso, aunque ni Castro ni Lardizábal se despreocuparan enteramente de éstas. La crítica contra la equidad y el arbitrio alcanzaría aún mayor intensidad en otros escritos políticos, de más repercusión social.

4. La misión del juez

La concepción en avance postulaba la formación de un sistema de leyes tan acabado que los jueces se limitasen a su aplicación a los casos particulares, dando cuenta en las decisiones de los pertinentes fundamentos legales. Con ello se buscaba modificar radicalmente la situación anterior que Filangieri —en perspectiva europea— trazaba con cargadas tintas: “La piedra angular que sostiene el arbitrio judicial es la autoridad de los doctores: la diversidad de sus doctrinas da un velo al magistrado con que cubrir sus opresiones”¹⁵⁵. De una jurisprudencia casuista se pasaba a un sistema legal. El papel del juez sufría un cambio sustancial. ¿Ello era posible?

Como dice Coing, se produjo ciertamente un conflicto entre la ley expresada en principios y la exigencia de vincular al juez estrictamente a la ley, ya que la apreciable separación entre las reglas dadas y los casos suscitados, otorgaba al juez “una esfera considerable de decisión”¹⁵⁶, quedando así en pie un poder que se había intentado quitarle. ¿Era acaso suficientemente limitativo el principio de fundamentación legal de las sentencias? El planteo de la cuestión emerge en los tramos finales de esta indagación, pero la respuesta excede en tema y tiempo nuestro objetivo. Sin que se suscitase en la práctica este conflicto, aparecía latente y fue avizorado por algunos.

Uno de quienes planteaba la alternativa, entre los hispanos, era Valentín de Foronda, al ocuparse de las leyes

¹⁵⁵ FILANGIERI, 242.

¹⁵⁶ COING, “Sobre la prehistoria”, 260.

criminales. Decía este escritor, recogiendo juicios ajenos, que en punto a si los jueces “se deben o no ceñir servilmente a la letra de la ley, hay también diferentes opiniones; pero yo me inclino a los que no quieren concederles la facultad de interpretarlas” y agregaba: “Es cierto que ambos sistemas encierran inconvenientes: pero creo que hay menos en el de los que quieren sujetar el entendimiento de los jueces”.

Foronda explicaba así las dos posiciones frente al conflicto: “No se puede negar que son muy fuertes las razones de los primeros, quienes dicen que si se empeñasen los legisladores en hablar sobre cada caso en particular, sería inmenso el número de leyes, y poco menos que imposible el indicar todas las combinaciones de las acciones de los hombres; que siendo capaz de cambiar las especies la menor circunstancia, no se pueden hacer sobre todos los casos posibles; por lo que debe ceñirse el legislador a dejar a los Jueces el cuidado de aplicarlas y de sacar consecuencias”. Foronda continuaba explicando que los partidarios del criterio contrario “pretenden que el hombre que juzga sobre un delito debe limitarse a hacer un solo silogismo, en el cual la primera proposición encierre la ley, la segunda, que haga una aplicación de la ley a la acción, para ver si es o no conforme con ella; y finalmente la conclusión, por la cual el acusado sea absuelto o condenado”, pues de abrirse otras posibilidades para el juez podría entrarse en un terreno incierto y peligroso para el ciudadano¹⁵⁷.

Sin dar a este testimonio un excesivo alcance representativo, resulta de interés en cuanto presenta de modo esquemático las dos posiciones teóricas en conflicto, siendo muy sugestiva la elección de Foronda, un caracterizado espíritu progresista de la época. Volvía a exteriorizarse aquí ese ya comentado recelo hacia el juez, a quien era preciso limitar en todos sus actos, pues un uso amplio de su poder podía ser peligroso para los ciudadanos.

¹⁵⁷ FORONDA, II, 185-187.

Una vez más acudimos a aquel discurso de 1791 preparado por Meléndez Valdés para ser leído ante magistrados y abogados asistentes a la solemne inauguración de la Audiencia de Extremadura. Rezuma esta pieza un aire de novedad en muchos aspectos y también en lo concerniente a la misión del juez. Si el destino específico del discurso obligaba a hacer reflexiones sobre el papel de los magistrados, éstas tenían un tono algo diferente a las que eran habituales en la época. No podía ser de otra manera si se partía del principio de que el nuevo tribunal venía a establecer “un sistema de obrar inalterable en que hable la ley sola, y nunca el ciego arbitrio ni la voz privada del juez”¹⁵⁸. Ya vimos que se admitía, con inocultable pesimismo, la necesaria intervención del hombre en la “acertada aplicación” de la ley. También, en párrafo más deudor de la elocuencia que de la convicción, se postulaba una transformación en la “ciencia del Magistrado” que hasta entonces había cumplido una acción pasiva administrando justicia ante los hechos sociales conflictivos, por otra activa que indagara en sus causas y buscara su prevención¹⁵⁹. ¿Hay aquí un recurso dialéctico para desviar por otros rumbos la importancia de la labor del juez, que no parecía conveniente menoscabarlo en tan lucida ocasión?

Poco después, ya en los primeros años del XIX, un difundido autor criminalista establecía que el juez “no es más que un mero órgano de la ley, a quien debe ciegamente obedecer; y si la ley es inexorable también ha de serlo el Juez”. Había de conformarse en la sentencia “con lo dispuesto en las leyes patrias acerca de la causa que ha de determinar” y si no encontraba ley aplicable o la misma era dudosa en su inteligencia, debía consultar al legislador, siendo “un grande error y un atentado contra la soberanía, por más autorizado que se halle, el recurrir entonces a las leyes de los romanos y sus intérpretes”¹⁶⁰. Nuevo testimonio

¹⁵⁸ MELÉNDEZ VALDÉS, 244.

¹⁵⁹ Ídem, 235.

¹⁶⁰ JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica*, I, 290-291.

que resaltaba la fisonomía de un juez ciego ejecutor de las leyes reales, que ante la duda o el vacío legal debía recurrir exclusivamente al legislador.

A través de estos testimonios se aprecia que la figura del juez —tan estimada en un orden casuista— pasaba a segundo plano, de la misma manera que perdían significación las “circunstancias” de los casos. La enunciación de las leyes monopolizaba la atención del jurista, al menos en quienes se empeñaban en presentar este ideal sistemático. ¿Ocurría lo mismo en la vida jurídica?

5. Contraste del ideal con la vida jurídica

Para redondear la cuestión abordada, estimo necesario hacer unas indagaciones —breves y en todo caso provisionales— sobre la repercusión que las nuevas ideas expuestas tuvieron en la vida jurídica de esos días. Es bien conocida la manera extremadamente lenta con que la realidad absorbe las novedades ideológicas, suscitando aceptaciones y rechazos de distinta magnitud. Acaso esa lentitud sea mayor en círculos, como el de los juristas, poseedores de una tradición de saberes y de una mentalidad reacia a los cambios abruptos. No puede extrañar entonces que los criterios dominantes en el orden casuista hayan subsistido hasta más allá del límite temporal de nuestra investigación, sin perjuicio de apreciar parciales infiltraciones, propias de los procesos de transición. Vale recordar que para el desarrollo de distintos aspectos relativos al orden casuista me he servido de ejemplos pertenecientes a fechas tardías, que mostraban la extensión de esa vigencia. Debe tenerse en cuenta, en fin, como inconveniente general para una concreción efectiva del nuevo orden sistemático, la falta de una legislación adecuada a esos principios directivos. Aplicar las nuevas ideas dentro del Derecho escrito existente —leyes y autores— era, sin duda, labor muy difícil.

Para reforzar lo expresado presentaré algunas muestras

de esa subsistencia, que considero conveniente agregar a aquellos ejemplos ya ofrecidos en este mismo capítulo. El tema central que los agrupa es cómo debían entenderse y aplicarse las leyes, cuáles eran los poderes de los jueces en las decisiones de los casos, y qué grado de estimación se concedía a las circunstancias que rodeaban a éstos. Veamos.

En *El delincuente honrado* de Jovellanos encontramos un buen testimonio de reacción contra la rígida aplicación de la ley. Esta obra denotaba un claro espíritu reformista en algunas materias controvertidas, como el tormento, la condición de los hijos naturales, la igualdad, pero lo que concretamente se criticaba era el rigor de una moderna ley sobre desafíos que castigaba por igual tanto al que agraviaba como al agraviado que se defendía, y su intento de aplicarla con tal rigurosidad que solo llegando a la propia persona del rey podía templarse. “¡Oh leyes! ¡Oh duras e inflexibles leyes! En vano gritan la razón y la humanidad en favor del inocente...”¹⁶¹, exclamaba uno de sus personajes. Finalmente, el rey, oyendo de la propia boca de un amigo íntimo del condenado la relación verdadera del hecho, lo perdonó, cuando ya estaba en el cadalso. El propósito de Jovellanos era mostrar la injusticia a la que podía conducir una interpretación rigurosa de la ley y, además, peraltar el espíritu de justicia sobre las formas legales¹⁶².

Producto de la ficción, la pieza de Jovellanos puede arrojar dudas sobre si era una reacción ante la teoría misma o ya ante el episodio concreto. Me inclino por la primera alternativa, apoyado en constataciones sobre documentos de aplicación del Derecho y otros testimonios.

Es aún muy escaso nuestro conocimiento sobre la forma en que las audiencias americanas aplicaban el Derecho. Por lo poco indagado en este terreno, no parece que en estos tribunales se hayan introducido, de modo generalizado, los nuevos criterios. Así la importante reforma judicial de 1776,

¹⁶¹ JOVELLANOS, *Obras*, V, 51.

¹⁶² En este sentido, ABELLÁN, III, 529.

que introdujo la figura del Regente y dictó disposiciones relativas al decoro, orden y funciones del tribunal¹⁶³, no se ocupó de insuflar nuevos criterios en la materia que nos ocupa, pese a que su inspirador, el ministro Gálvez, aparecía empeñado en imponer una tendencia legalista. Posiblemente esta tendencia estaba dirigida más al cumplimiento de los mandatos concretos que se daban en el orden gubernativo, sin afectar los “negocios de justicia”.

Disponemos del ejemplo que ofrece la Audiencia de Buenos Aires. Su testimonio es, para esta materia, más interesante que el que pueden dar otras audiencias de mayor tradición. La bonaerense fue creada en 1783 y estuvo integrada por oidores y ministros que respondían al molde peninsular que pretendía introducir Gálvez, sin tener que contemplar plazas ocupadas por criollos que habían comprado su oficio por medio del beneficio, como ocurría en otros tribunales. La falta de fundamentación de las sentencias impide conocer, por esta vía, las razones concretas que movieron a sus magistrados para emitir los fallos y, en consecuencia, percibir la penetración del criterio legalista. Este hermetismo ha sido vulnerado gracias a dos indagaciones que arrojan luz sobre la materia. Mariluz Urquijo ha detectado y valorizado unos papeles del regente Mata Linares, en donde se registran anotaciones vinculadas a la decisión de los pleitos del tribunal. De dichos apuntes se deduce la constante referencia a los autores, a las leyes reales castellanas e indianas y a otras disposiciones locales, sin que se aprecie una exaltación del criterio legalista. No descuidaba Mata Linares atender a las peculiaridades de cada caso¹⁶⁴.

En el mismo sentido, son expresivos los dictámenes de los fiscales de dicha Audiencia. De la documentación se desprende que dentro del tribunal prevalecían los principales criterios que sustentaba la concepción casuista en orden a la aplicación del Derecho. Si se reconocía con vigor la autori-

¹⁶³ MARTIRÉ, *Los regentes*, 15 ss.

¹⁶⁴ MARILUZ URQUIJO, “La acción de sentenciar”, 141 ss.

dad de la ley como manifestación de la voluntad del príncipe, también se expresaba el recurso a la razón a los fines del cumplimiento y aplicación. Del mismo modo lucía la autoridad de la costumbre y se concedía lugar a la práctica y estilo de los tribunales. Eran admitidas otras fuentes del Derecho, como los autores y los ejemplares. Se usaba del arbitrio y se estimaba la equidad como moderadora del rigor del Derecho. Seguía vigente una concepción que llevaba a apreciar las circunstancias locales en contraste con las pretensiones centralistas en boga y con las ideas uniformadoras del racionalismo¹⁶⁵. Acaso este ejemplo bonaerense, más que una excepción, sea muestra de lo que se daba en otras audiencias americanas.

He podido observar que el Consejo de Indias, en punto a la forma de aplicar el Derecho, observaba una postura abierta, frecuentemente más flexible que la de los fiscales. Muy lejos de hacer una aplicación rigurosa, el poder decisorio del Consejo mantenía en actividad las pautas tradicionales. Esto mismo parece manifestarse en lo relativo a la interpretación. Repárese en esta afirmación: “El Consejo nunca declara sus determinaciones porque quiere las entiendan los que deben observarlas”. La sugestiva frase está contenida en la carta que Pedro Sancho Gómez, apoderado de la ciudad de Buenos Aires en la Corte, escribía al cabildo bonaerense el 9 de diciembre de 1775, explicando por qué aquel tribunal no había aclarado la duda suscitada acerca de si el auditor de guerra era también teniente general¹⁶⁶. Dicha expresión pertenece a quien conocía de cerca la práctica del Consejo, y no es desmentida por la observación de quien trabaja con los papeles del Consejo de esa época.

En otra ocasión me ocupé precisamente de un pleito judicial, entablado en Buenos Aires, en el que cabía aplicar una ley indiana recopilada. La Audiencia, en última instan-

¹⁶⁵ LEVAGGI, “El concepto del derecho”, 245-259. De modo particular, las conclusiones de 258-259.

¹⁶⁶ AGN, IX. 19.7.5.

cia, dio cuenta al rey de la situación planteada, en la cual surgía una costumbre opuesta a aquella ley. Si bien el fiscal del Consejo dictaminó en favor de la observancia literal de la ley, sin admitir su posible no uso, el alto tribunal decidió, en 1793, “atendidas las circunstancias de este caso”, en favor de la solución preconizada por la Audiencia, limitándose a pedir información a las audiencias de Charcas y Buenos Aires acerca de las razones por las cuales no se observaba en sus distritos aquella ley recopilada¹⁶⁷. De tal modo, el Consejo —como en otras ocasiones— no se dejó llevar por el dictamen fiscal, más riguroso, y adoptó una solución templada, lejos del rigor legal y atendiendo a las circunstancias del caso. Ejemplos como éste podrían multiplicarse en la práctica del mencionado tribunal.

El contraste entre el ideal y la realidad puede, en fin, verificarse a través de dos autores francamente enrolados en la nueva postura. Joseph Berni, después de haber expuesto con firmeza su propuesta en favor de las leyes reales y su aplicación con exclusión de cualquier otra fuente jurídica, terminaba reconociendo que ese ideal no se ajustaba a la realidad¹⁶⁸. Juan Francisco de Castro confesaba que eran muy raros los casos en que se aplicaba una decisión expresa de la ley sin acudir a los intérpretes. Decía que “apenas se decide alguno en la práctica sin el recurso a los doctores”. Y agregaba: “Su autoridad es tan grande, que tiene veces de ley. Apartarnos de la doctrina común de los doctores es apartarnos de la ley misma; y decidir contra esta doctrina, es como decidir contra la ley...”¹⁶⁹. Acaso el particularismo propio de la actividad de juzgar y de aplicar el Derecho obró de modo decisivo para que el ideal sistemático quedase sin posibilidades inmediatas de concreción.

¹⁶⁷ He expuesto este caso con mayor extensión en “Consideraciones”, 381-383.

¹⁶⁸ BERNI, *Instituta*, prólogo y I, II, 7-9.

¹⁶⁹ CASTRO, *Discursos*, I, 216-217.

EPILOGO

1. El juego de creencias e ideas en el mundo hispano.
2. Casuismo y Sistema: separación o enlace.
3. Desde el mirador del historiador.

1. El juego de creencias e ideas en el mundo hispano

Sociedad y Derecho aparecen en permanente articulación. Nuestro tema —como tantos otros— no se agota si se le despliega sólo en el círculo de los juristas. No es posible determinar siempre de dónde proviene el primer impulso. Por una parte, el Derecho es uno de los elementos vertebrales de la sociedad, que responde a las exigencias que éste plantea. Por otra, es preciso tener en cuenta que el Derecho y la estructura que lo rodea —juristas, lenguaje técnico, etc.— tuvieron una vigorosa presencia en la sociedad hispano-indiana entre los siglos XVI a XVIII. En estas condiciones, los estímulos fueron recíprocos, las influencias también.

¿Es posible separar al Derecho de entonces de la Teología, la Moral o la Política? ¿O a los juristas del Estado y de la Iglesia? Pelorson, en una indagación limitada a la época de Felipe III, ha puesto de relieve el lugar que los juristas ocuparon en la sociedad castellana. Esta comprobación bien podría extenderse a otros períodos y lugares dentro de la Monarquía española.

Uno de los aspectos que articulan el Derecho con la So-

ciudad se puede ver a través del juego de creencias e ideas que aparece subyacente en el planteo historiográfico que he desenvuelto. Casuismo y Sistema no son concepciones excluyentes de los juristas, son concepciones con vigencia social. El espíritu del Derecho indiano no se alcanza, pues, con una operación de técnica jurídica —como probablemente lo intentara una mente dogmática— sino con una búsqueda de proyección social, sin perder naturalmente el hilo conductor de lo jurídico. Es lo que he intentado hacer, sin lograrlo plenamente. A modo de consuelo, tal vez sea la ocasión para poner de pie una vez más aquella aguda reflexión de Marc Bloch cuando decía que “la Historia tiene ante todo el encanto de una excavación inacabada”¹.

Este juego de creencias e ideas ha sido abordado por Julián Marías en uno de sus lúcidos ensayos orientados a establecer la existencia de un mundo hispánico, esta vez haciendo aplicación de esas teorías a los tiempos de transformación que interesa puntualizar. Su tesis central —en la parte que cabe extraer— consiste en que “las sociedades occidentales, salvo muy reducidas minorías, habían vivido, en su torso general, de manera credencial hasta el siglo XVIII”. Continúa diciendo: “En ese momento se inicia un cambio histórico que va a tener largas consecuencias. Las ideas modernas, nacidas en su mayor parte en el siglo XVII, adquieren fuerza en el siglo XVIII, es decir, vigor o vigencia. Se difunden, afectan a minorías muy extensas, empiezan a tener consecuencias para la vida social. Progresivamente, se va intentando vivir de ideas. Algunas “ideas”, como la del progreso, se convierten en creencias: se inicia el uso credencial de las ideas por parte de los que ni las han descubierto, ni perciben su problematicidad, ni son capaces de alcanzar su evidencia o darse cuenta de que carecen de ella”. Marías agrega: “Las ideas, a última hora, descansan en una filosofía, y a ella hay que recurrir”, sobre todo la del siglo XVII². A mi

¹ BLOCH, *La sociedad feudal*, 64.

² MARÍAS, “Ideas y creencias”, 238.

juicio, la idea sistemática, como expresión moderna, puede ser ubicada dentro de este esquema general.

Ahora bien, para Marías se da una “anomalía hispánica”, lo que impide que en esta sociedad se pudiera realizar adecuadamente la operación concretada en Europa, es decir “el paso de una vida definida por las creencias a otra condicionada por las ideas”. Continúa dicho autor: “Hay un momento en que se extiende a las sociedades en su conjunto —o a grandes porciones de ellas— lo que había sido propio de sus minorías intelectuales: la necesidad de saber a qué atenerse, de llegar mediante la razón a un sistema de ideas que puedan llegar a ser certidumbre y, en su momento, convertirse en creencias auténticas, en las cuales se pueda uno instalar”. Es entonces, siglo XVIII, cuando “el mundo hispánico se encuentra en una situación deficiente: no solo carece de una filosofía actual y propia, sino que tampoco tiene el instrumento lingüístico para hacérsela”. Admite, sin embargo, que durante esa centuria se mantuvo una “enorme solidez” debido a que “el sistema de creencias en que estaba instalado apenas se había conmovido”, y estima que esa falta de poder creativo fue “la causa más profunda de la decadencia española”, aunque sostiene que “no fue ni tan completa ni tan irreversible como se ha dicho, por el profundo desconocimiento del siglo XVIII que se ha tenido hasta hace un par de decenios”. Para Marías el punto decisivo del cambio —descalificación del conjunto de creencias y admisión de “un repertorio de ideas recibidas”— se registra con la independencia en América y por las mismas fechas en España con el paso del “antiguo régimen a la primera forma de democracia”³.

El esquema de Marías coincide en sus grandes trazos con el resultado de mis indagaciones. Si bien dicho autor no es historiador ni sus ensayos tienen sólido sustento empírico, su capacidad reflexiva, sus esfuerzos por enraizar en el pasado al mundo hispánico de hoy, y sobre todo su impe-

³ Ídem, 239-241.

cable despliegue de la teoría orteguiana de las ideas y creencias, dan respaldo a dicha elaboración. Dentro de ese esquema, no obstante, cabe formular observaciones e introducir matices. Me limito a aquellos que tienen relación directa con nuestro tema central, y especialmente en torno al siglo XVIII, esa centuria en donde se ubica el proceso de transformación.

Las líneas fuertes del esquema trazado por Marías necesitan ser atemperadas en su adecuación al desenvolvimiento de la indagación que he realizado. Según hemos visto, las “ideas modernas” no fueron ajenas al mundo hispano de los siglos XVI y XVII. A medida que se profundiza en el conocimiento de esas centurias, se verifican despliegues avanzados o coetáneos con el resto de la cultura europea, sobre todo en el campo del Derecho. Ahora bien, no puede ponerse en duda que hubo unas “ideas modernas” que se desarrollaron —por una serie de circunstancias— fuera de España y que no tuvieron en esta admisión inmediata ni fácil asimilación. Se echa de menos para entonces la falta de escritores hispanos influyentes que ofrecieran una versión actualizada del caudal de pensamiento común y propio. Pese a estas lagunas se percibe un racionalismo y un historicismo vernáculos. Así dentro de la Ilustración hispánica se exteriorizó una corriente estimativa del propio patrimonio cultural, como lo reconoce el mismo Marías.

El conjunto de creencias fue alterado en el mundo hispano con más fuerza de lo que Marías cree. Las ideas empezaron a desmoronarlo, al menos en nuestro tema particular. El juicio de Marías, en lo sustancial, apunta a marcar la vigencia de unas creencias que aparecían fundadas en bases más sólidas y propias que las existentes en otras sociedades. Asimismo, establece el retardo del mundo hispánico en adoptar de modo decidido el conjunto de esas “ideas modernas”. En este aspecto, hemos apreciado que la introducción de la concepción sistemática se hizo sin un desplazamiento pleno de la creencia casuista, ya que estaba

muy arraigada la convicción de que el Derecho no podía ser realizado sin una estrecha relación con los casos o situaciones concretas. Este “retardo” debe ser considerado como una actitud cautelosa ante elaboraciones abstractas, carentes de sedimentación y de confrontación con la realidad. En este punto, tal vez haya que recurrir a una faceta no suficientemente trabajada en el pensamiento jurídico dieciochesco: la historicista.

En cuanto al tiempo histórico propuesto por Marías como decisivo del cambio —las primeras décadas del siglo XIX— puede ser admitido de modo general, para nuestro tema, siempre y cuando se entienda como “punto de inflexión” principal en la línea transformadora, que por cierto admite antiguas raíces y aun largas prolongaciones.

Reconstruir plenamente esa línea transformadora excede las posibilidades de mi labor. Hay hilos que se cortan, hay largos silencios que no encuentran satisfactoria explicación. Un lapso temporal que se extiende por algunas décadas del siglo XVII y las primeras del XVIII constituye, en nuestro tema al menos, la principal “laguna histórica”, que hemos apreciado mejor en los distintos campos operativos estudiados, principalmente en lo relativo a la enseñanza, la creación legal y la elaboración de las obras jurisprudenciales. ¿Es un vacío historiográfico, de fuentes y estudios, o lo es en el propio despliegue cultural de la sociedad? Sólo el ahondamiento de los estudios en esta dirección podrá responder a este interrogante.

2. Casuismo y Sistema: separación o enlace

Cuando utilizamos los vocablos *casuismo* y *sistema* como conceptos históricos debemos ir más allá de una distinción teórica, que tienda a aislar dichas nociones, con la pretensión de contraponerlas. Al alejarnos de un corte abrupto iremos resaltando históricamente una visión de continuidad entre una y otra concepción, faceta que estimo

importante en todo proceso de transformación jurídica y que particularmente se dio en el tema examinado.

Sería inadmisibles negar al casuismo todo propósito ordenador, como negar al sistema toda aceptación de las situaciones particulares. Ambas concepciones coinciden en la búsqueda de una realización más acabada del Derecho: unos creyendo que se logra con la atención concreta de los casos, otros imbuidos de la convicción de que ello se alcanza con la construcción de un ordenamiento comprensivo de todas las situaciones posibles. En este objetivo común pueden encontrarse puntos básicos de enlace. Las conexiones, sin embargo, no son fáciles de mostrar.

El Derecho indiano aparece como un ordenamiento abierto a distintos modos de creación —normas legales, costumbres, jurisprudencia de los autores, práctica judicial, ejemplares, equidad, etc.—, con ciertos principios rectores y leyes generales, pero con vastos espacios para disposiciones particulares, privilegios, excepciones y dispensas. La materia, las personas, el tiempo y las circunstancias eran atendidas preferentemente en la solución de los casos dentro de una sociedad que lucía sus estamentos o “estados”. Al quedar el Derecho ceñido a esa realidad, quebraban frecuentemente normas generales y particulares. La contradicción entre unas y otras, el no uso de algunas, la preeminencia de la costumbre o de la opinión jurisprudencial eran argumentos que solían presentarse en apoyo de puntos de vista opuestos en el curso de la controversia. Era el natural campo de explanación de un saber problemático, que apuntaba a la más adecuada atención de la situación concreta.

El casuismo del Derecho medieval puede llevar a pensar que el Derecho indiano fue una simple continuidad, un prolongado resabio de la mentalidad jurídica de la época de Bártolo y Baldo. Numerosos rasgos jurídicos, unidos a otros políticos, económicos, sociales y culturales, ligan lo americano con el mundo medieval. Luis Weckman ha estudiado,

con relación a Nueva España, la importancia que tuvo ese legado en la conformación de la sociedad indiana, pero junto a esa trasmisión cultural se pueden apreciar nuevos desarrollos que impregnaron de espontaneidad y vitalidad a las instituciones trasplantadas, diferenciándolas de las originarias⁴. Esto mismo se puede advertir en la vigencia de la concepción casuista.

Si el casuismo de aquel Derecho común bajomedieval se mantuvo como alma y motor de la instrucción jurídica y como instrumento en la solución de los asuntos de “justicia” —y en esto puede cautelosamente hablarse de continuidad—, en otros aspectos el casuismo tuvo un despliegue estimulado por la pluralidad de las nuevas situaciones y por las exigencias de los tiempos modernos. Hemos observado, principalmente en el capítulo segundo, la acentuación que el mismo presenta en la colonización americana. De modo particular ese despliegue se hizo notorio en la conformación del aparato estatal y en la resolución de los negocios de gobierno, que condujeron a la constitución de un nuevo Derecho, que para los siglos XVI y XVII es aún prematuro designar como “público”.

La noción de un orden jurídico cerrado y suficiente, conceptualizado y metódicamente expuesto en leyes es inaplicable al Derecho indiano. Este modelo teórico, preconizado desde el racionalismo hasta la pandectística alemana era en su plenitud ajeno a los tiempos históricos y a los requerimientos de la sociedad hispana. Pero es innegable que durante las tres centurias examinadas esas ideas estuvieron presentes en algunas mentes hispanas, a veces en postura de avance europeo, otras veces asimilando escritos llegados de otros rumbos. La necesidad de buscar ciertos esquemas de orden para su aprendizaje, conocimiento y exposición fueron estímulos que empujaron en esa dirección.

La idea plena de sistema fue más fruto del pensamiento que resultado inexorable de la realidad, como lo era el ca-

⁴ WECKMANN, 29-30.

suismo. Su avance en las provincias indianas fue lento, más vigorosamente presente en la especulación y en la labor proyectista que en la práctica. Si, como dice Maravall, toda nueva mentalidad está hilada con fibras nuevas y con otras —quizás las más— de procedencia anterior⁵, hay muchos motivos para que en suelo americano las fibras antiguas fuesen las más abundantes y arraigadas. El ideal sistemático tuvo que buscar prestigio en los cenáculos intelectuales antes que plasmarse en modelos jurídicos.

La penetración del ideal sistemático en el Derecho fue acompañada de un largo proceso de transformación cultural, con avances y repliegues, en donde los nuevos elementos entroncan con los anteriores y hacen difícil establecer cortes históricos artificiales. Sólo para ayudar a la comprensión, el historiador puede buscar determinados “puntos de inflexión”, en donde se perciban con más nitidez esos momentos sustanciales de cambio. La piedra de toque no debe ser solo hallar determinados esquemas de orden, sino se debe buscar un giro conceptual más profundo. Para mí está dado cuando a los ojos del jurista el meollo del Derecho deja de residir en los casos y se traslada a la elaboración de un ordenamiento global, comprensivo de todas las situaciones. Este cambio sustancial estuvo acompañado por una mentalidad colectiva, que estimuló e hizo posible esa transformación, y por precedentes que empujaron en esa dirección.

Si bien, como dice García-Gallo, las construcciones de los juristas hispanos arrancaron de problemas concretos y tendieron a resolverlos⁶, ya desde fines del siglo XVI hallamos ejemplos sobresalientes de intentos sistemáticos en distintos niveles del Derecho. Lo fueron los de Simón Abril y Bermúdez de Pedraza en la instrucción jurídica; Juan de Ovando y Lope de Deza en la creación legal; y Bartolomé de Albornoz en las obras jurisprudenciales. Si bien casi todos estos ejemplos resultaron vías trucas en lo inmediato,

⁵ MARAVALL, “La diversificación de modelos”, 129.

⁶ GARCÍA-GALLO, “El Derecho común”, 150.

representaron precedentes cuyo influjo indirecto no puede desdeñarse. En algunos ya se vislumbra aquel giro conceptual.

La incorporación de rasgos sistemáticos en la mentalidad casuista es también de tener en cuenta. Las máximas obras del Derecho indiano del Seiscientos —la Recopilación de leyes de 1680, con el precedente *Discurso* de Antonio de León, la *Política indiana* de Solórzano— son, a mi modo de ver, expresiones culminantes de la concepción casuista, pero ¿se podría desconocer en las mismas algunos tonos sistemáticos? Las aulas universitarias prepararon hasta avanzado el siglo XVIII letrados casuistas, pero ¿se puede olvidar la fuerza de un movimiento crítico-renovador que postulaba nuevas pautas? El modelo de las Institúas se plasmó en cátedras y libros. La metódica obra de Domat atrajo a los juristas hispanos.

Sin que desaparecieran las obras clásicas, la nueva literatura jurídica fue abriendo un foso cada vez mayor que la separaba de la anterior. Sobre todo, ello se percibe en las obras didácticas que reemplazaron a la tradicional enseñanza sobre leyes y autores. Este abismo daba lugar a que un escritor marcara la diferencia que experimentaban los jóvenes graduados al pasar de la Universidad al foro: “¡Qué mortificación les cuesta pasar del estilo grave de Vinnio, o del suave lenguaje de Heinecio al pesado y oscuro del autor de la *Curia Philipica*, o al fastidioso de otros autores prácticos!”⁷. Esta orientación didáctica actuó como ariete en la transformación. Los libros elementales trataban de explicar en forma clara y ordenada los conocimientos básicos de los derechos civil —romano, castellano e indiano—, público y natural. Cuando Reguera Valdelomar publicaba en 1807 su *Guía para el estudio del Derecho Patrio* recogía ese sentir ya generalizado de formar “un nuevo metódico cuerpo que reúna nuestro Derecho en verdadero sistema”, viendo en ello una facilidad para su aprendizaje, para el conocimiento

⁷ PÉREZ VILLAMIL, 123.

del mismo y para evitar los pleitos⁸. El giro conceptual lentamente se expandía desde el campo de la enseñanza hacia los demás niveles.

La sociedad solo tardíamente pareció aceptar la idea sistemática. Fue en la época de la Ilustración, aunque ya décadas antes hubiese comenzado una lenta infiltración. Es punto decisivo para ello la notoriedad alcanzada por el vocablo sistema, con adhesiones y rechazos en el sentir colectivo. Representación simbólica de esa doble actitud la encontramos en la amargura y desdén con que don Simón, corregidor de Segovia —en la pieza teatral de Jovellanos— se refería a los planes, métodos e ideas nuevas que englobaba esa transformación.

La dificultad para aplicar los nuevos criterios sistemáticos al ordenamiento existente es otra de las facetas de este complejo enlace. Aun en la pluma de críticos dieciochescos, como Mora y Jaraba⁹ o Castro¹⁰, se detectan las dificultades vislumbradas para establecer un verdadero sistema comprensivo de todos los casos. Quienes proclamaban los nuevos métodos —geométrico, matemático, axiomático— e intentaban aplicarlos en sus obras, encontraban tropiezos para su plena concreción. Al menos el Derecho existente se resistía a su inserción dentro de rígidos esquemas. Los materiales jurídicos no estaban preparados para ser agrupados en un ordenamiento sistemático. Para ello era necesaria, previamente, una reforma sustancial del Derecho.

Esta intrincada labor de yuxtaposición de métodos y materiales tiene buena muestra en el frustrado proyecto de Juan Antonio Llorente de componer en 1785 un “Curso hispánico regio legal”¹¹. Para entonces, el joven autor —según propia confesión— había abandonado “para siempre los principios ultramontanos sobre la jurisprudencia, los escolásticos para los puntos teológicos y los peri-

⁸ REGUERA VALDELOMAR, I, 80.

⁹ MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, 199.

¹⁰ CASTRO, *Discursos*, II, 142 y I, 123.

¹¹ TAU ANZOÁTEGUI, “El ‘Curso hispánico’”, 443-465.

patéticos en orden a la filosofía y ciencias naturales”, obrándose en él una estimulante mutación ideológica.

El “Curso” proyectado por Llorente está enrolado en la corriente que por entonces exaltaba el Derecho real y desplazaba el romano, marcaba la preeminencia de la ley en detrimento de otras fuentes, y enfatizaba las regalías del rey. Aunque de modo superficial, se mostraba crítico de las otras obras existentes en su género y remarcaba la necesidad de “otro método”. ¿Cuál era? Vayamos a las propias palabras de Llorente: “Distribuyéndola en Libros, y Títulos para evitar confusión, presentaré en el principio de cada uno de éstos un Texto magistral de alguna de nuestras Leyes: Seguirá un Comentario: y en él fijaré, con método, las reglas que en el asunto sean basa fundamental: De ellos descenderé a la explicación de las dudas subalternas decididas ya por nuestra Legislación: y en el fin propondré una especie no decidida, de las más útiles al Foro, controvertidas entre nuestros Regnícolas, expresando los fundamentos de ambas contrapuestas opiniones, para que con este medio y la insinuación de mi dictamen, no falte a los Académicos arbitrio de disputas: en la inteligencia de que los puntos decididos por nuestras Leyes no deben ventilarse sino saberse para sola la obediencia”¹².

En la larga transcripción se pueden apreciar los efectos de una yuxtaposición metodológica. De una parte, la fuerte presencia de un criterio racionalista le conducía a establecer reglas generales extraídas de las propias leyes reales. De otra parte, asomaba el recurso a la jurisprudencia casuista, cuando los asuntos no hubiesen sido decididos por el legislador llevándole a introducir algunas cuestiones controvertidas para estimular la disputa en los ejercicios académicos. Claro está que no se trataba de una jurisprudencia basada en el argumento de autoridad, sino en la fuerza de la razón.

La pérdida del trunco manuscrito de la obra —que su-

¹² Ídem, 463.

puestamente existió— impide conocer cómo aplicó Llorente esta yuxtaposición metódica. No obstante esta limitación, el escrito tiene una proyección mayor y permite observar un tejido jurídico donde las hebras antiguas coexistían con las nuevas. Las reglas generales se extraían de las leyes reales, pero la jurisprudencia casuista, regida por la razón y no por la autoridad, mantenía su lugar en lo no decidido por el legislador. De tal modo, mientras en la formación de los letrados tendía a imponerse un tipo de ordenación legal sistemática, no se olvidaba el antiguo método de disputa entre las opiniones, clave de la concepción casuista. Es, sin duda, un interesante modelo de transición. ¿Puede considerárselo representativo del sentir de la época?

3. Desde el mirador del historiador

La voz mágica que, como canto de sirena, atrajo infinitas adhesiones fue la de *código*, entendida entonces como un cuerpo metódico de leyes generales que abarcase todas las situaciones previsibles. Era la concreción material más palpable del ideal sistemático. Aunque a lo largo de la segunda mitad del XVIII hubo propuestas y proyectos, nada se concretó. Cuando fue utilizada para dar denominación moderna a la reforma legislativa indiana terminó siendo una cuidada revisión de la antigua Recopilación. Lo mismo ocurrió con la actualizada compilación castellana, aunque la voz no apareció en la ocasión. ¡Una cosa era hablar de códigos y otra hacerlos!

El camino estaba preparado, el casuismo condenado y el sistema triunfante en el plano teórico. La realidad no se rendía, empero, fácilmente a la teoría. La transformación estaba en marcha y sus efectos solo se hicieron ostensibles a lo largo del siglo XIX. Ello no ocurrió de modo súbito. Hace unos años puse en evidencia cómo en la Argentina hasta el último tercio del Ochocientos subsistió uno de los rasgos peculiares del antiguo casuismo. Pese a adoptar una postura

crítica ante el orden jurídico heredado, la mentalidad de los juristas no se encerró en las imposiciones de un estricto orden legal, procurando mantener la universalidad de elementos jurídicos a su alcance¹³. A su vez, María del Refugio González ha señalado la subsistencia en México, durante la misma época, de la doctrina de los autores en la mayor parte de los textos y alegatos jurídicos e incluso en las sentencias¹⁴. Es otro de los perfiles que permiten observar ese proceso de transformación. De tal modo, podría estimarse a primera vista que solo en las últimas décadas del Ocho-cientos se alcanzó a verificar en nuestra América enteramente el paso de una concepción a otra. Esto escapa por cierto a nuestro campo específico de indagación. También se aleja del mismo lo que recuerda Coing, en sus tantas veces citada disertación de 1956, en el sentido de que el mismo siglo XIX que había otorgado la victoria al sistema, se encargaría de desarrollar en otras disciplinas, en la filosofía y en las ciencias sociales, ideas que a su tiempo pondrían en tela de juicio dicho pensamiento sistemático¹⁵. Afirmaciones éstas que solo persiguen alcanzar una mejor comprensión temporal del proceso examinado.

Volviendo a nuestro cauce, cabe señalar que, ya fuese unas décadas antes o después, la fuerza con que se impuso la concepción sistemática fue de tanta magnitud que ella monopolizó desde entonces la idea del progreso jurídico y condenó al desdén y olvido los antiguos modos de pensar el Derecho. Habían quedado sepultados para siempre. Tal vez nunca imaginó el jurista dogmático que algún día se pudiera volver sobre ellos, que los historiadores trataran de recrearlos mediante un esfuerzo de comprensión y que los juristas se interesaran por esos mecanismos que yacían derrotados ante la superioridad del sistema. Tampoco pudo imaginar que algún día se planteara este lacerante interro-

¹³ TAU ANZOÁTEGUI, "En torno", 421-433.

¹⁴ GONZÁLEZ, *El Derecho civil*, 127.

¹⁵ COING, *Historia*, 33-34.

gante: ¿la superación temporal del sistema por el casuismo fue un paso histórico necesario en el progreso jurídico?

Así lo cree, por ejemplo, Bartolomé Clavero, quien al “método axiomático” de la filosofía racionalista como impulsor de la renovación sustancial del Derecho y como creador del Derecho civil liberal opone el “método escolástico” asociado al *ius commune* en rápido declive y pronta desaparición¹⁶. Esta interesante alternativa de Clavero tiene alcance tipológico, siendo, a mi juicio, necesario completarla con la observación de que el tejido jurídico, rico en tonalidades y matices, no desdeña nutrirse de “impurezas” metodológicas, de criterios mixtos, de dudosas yuxtaposiciones, de camuflajes, todos los cuales también convergen en las vías de avance. Se trata, en fin, de una tensión entre los fenómenos de persistencia e innovación, asunto destacado por el profesor belga van Caenegem en su lúcido ensayo sobre la tradición jurídica como límite a las reformas del Derecho.

El historiador, cuya tarea indeclinable es mirar el pasado, lo hace desde su mirador, ubicado en el presente, desde donde se vislumbra una vuelta más de la historia, en la cual bajo nueva luz se revaloran ciertos principios, enfoques, razonamientos, que en determinada instancia habían entrado en un eclipse que parecía definitivo.

¿Hay un retorno del casuismo? Solo puede decirse que el hombre de hoy ha empezado a observar con interés esa concepción del pasado. Pero también cabe recordar que ninguna construcción del pasado vuelve a reproducirse tal cual fue. No parece respuesta desatinada la que nos sugiere Coing cuando puntualiza que, sin renunciar a la idea de sistema, es preciso orientarla hacia un sentido más amplio¹⁷. Tampoco lo es la búsqueda del equilibrio entre las dos tendencias contrastantes que propone von Schwind¹⁸.

¹⁶ CLAVERO, “La disputa”, 323 y 331-333.

¹⁷ COING, *Historia*, 34-35.

¹⁸ VON SCHWIND, 15-16.

Bien se podría, en fin, trasladar a nuestro terreno aquella sugerente oposición entre romanticismo y clasicismo que un día trazó Benedetto Croce¹⁹. Y decir entonces que, mientras el casuismo aparece ceñido al zigzagueante camino de los casos, incierto en sus soluciones, con esbozos inacabados, confiando siempre en el obrar del hombre para la realización del Derecho, en cambio el sistema, elevándose por sobre esa realidad compleja y variable, busca las líneas arquitectónicas, racionales y casi perfectas de un orden que por su claridad y sencillez se aplique casi sin intervención del hombre. Cualquiera de ambas posturas tiene razones para esgrimir a su favor y argumentos para combatir al contrario. ¿Se puede ignorar una a la otra? Si observamos con detenimiento las grandes obras de la legislación y de la jurisprudencia de la época, apuntando en uno u otro sentir, descubriremos sugestivos enlaces entre lo racional y lo empírico, entre la regla y el caso, entre la estructura armónica y el denso contenido de los casos. ¿No será en este fructífero entronque donde reposa el “mejor Derecho posible”? De ser así, el ordenamiento indiano no solo se preserva como ejemplar histórico original, sino que también ofrece valioso material de reflexión crítica para el jurista actual, interesado en el progreso jurídico.

¹⁹ Croce, 34-35.

FUENTES Y BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURAS UTILIZADAS

<i>AEM</i>	<i>III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios.</i> Madrid, 1973.
<i>AEBS</i>	<i>VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios, I,</i> Buenos Aires, 1984.
<i>AGI</i>	Archivo General de Indias. Sevilla.
<i>AGN</i>	Archivo General de la Nación. Buenos Aires.
<i>AHDE</i>	<i>Anuario de Historia del Derecho Español.</i> Madrid.
<i>AHJE</i>	<i>Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano.</i> Quito.
<i>AHN</i>	Archivo Histórico Nacional. Madrid.
<i>BAE</i>	<i>Biblioteca de Autores Españoles.</i> Madrid.
<i>BNM</i>	Biblioteca Nacional. Madrid.
<i>BP</i>	Biblioteca de Palacio. Madrid.
<i>BUS</i>	Biblioteca Universitaria de Sevilla.
<i>CI</i>	<i>Cedulario indiano, recopilado</i> por Diego de Encinas (1596). Reedición facsimilar, Madrid, 1945.
<i>EGA</i>	<i>Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América Española. Siglos XVI, XVII y XVIII</i> (VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano). Valladolid, 1984.
<i>H</i>	<i>Historia.</i> Santiago de Chile.
<i>HID</i>	<i>Historia. Instituciones. Documentos.</i> Sevilla.
<i>IC</i>	<i>Ius Commune.</i> Frankfurt am Main.
<i>IN</i>	<i>Index.</i> Napoli.

- JGS* *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*. Köln-Wien.
- JSE* *Justicia, Sociedad y Economía en la América Española. Siglos XVI, XVII y XVIII* (VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano). Valladolid, 1983.
- MA* Miscelánea de Ayala en Biblioteca de Palacio. Madrid.
- MCI* *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*. México, 1976.
- QF* *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Firenze.
- RAH* Biblioteca de la Real Academia de la Historia. Madrid.
- RChHD* *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Santiago de Chile.
- RGLJ* *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid.
- RHA* *Revista de Historia de América*. México.
- RHD* *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires.
- REHJ* *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Valparaíso.
- RI* *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias (1680)*, Madrid, 1681.
- RIHD* *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*. Buenos Aires.
- SE* *Semanario Erudito, que comprende varias obras inéditas, críticas, morales, instructivas, políticas, históricas, satíricas y jocosas de nuestros mejores autores, antiguos y modernos. Dalas a luz Antonio Valladares de Sotomayor*, Madrid, 1787 ss.
- UEA* *Universidades españolas y americanas*. Valencia, 1987.

OBRAS CITADAS

Advertencia

Se incluyen en esta nómina los datos bibliográficos completos de las obras que, en las notas al pie de página, solo se mencionan por el apellido del autor, con alguna otra referencia cuando ello es necesario para su identificación.

Los manuscritos e impresos de época solo se han incluido cuando se trata de escritos orgánicos. La restante documentación es citada en el lugar pertinente de la obra.

En algunas obras antiguas y modernas, a continuación del título se menciona entre paréntesis el año de la primera edición, y luego la utilizada para la cita pertinente.

Abellán, José Luis, *Historia crítica del pensamiento español*, tomos II y III. Madrid, 1979-1981.

Acevedo, Edberto Oscar, “Notas sobre la justicia en la Intendencia de Salta” en *RIHD*, 9, (1958), 57-83.

— “La reforma de intendentes. Entre la teoría y la realidad” en *Historiografía y Bibliografía Americanista*. vol.17, 3, Sevilla, 1973, pp. 183-195.

Acosta, José de, *De procuranda indorum salute. Pacificación y colonización*, edición Corpus Hispanorum de Pace, Madrid, 1984.

Archivo General de la Nación, *Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires*. Buenos Aires, 1907-1934.

Aguir y Acuña, Rodrigo de, Sumarios de la Recopilación General de las leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas... por el licenciado... Madrid, 1628.

Aguirre, Manuel, “Discurso sobre la legislación” en el Correo de Madrid, t. II, núms. 102-110, Madrid, 1787.

- Albornoz, Bartolomé de, *Arte de Valencia*, 1573.
- Aleman y Selfa, Bernardo, *Vocabulario de las obras de don Luis de Góngora y Argote*. Madrid, 1930.
- Alfaro, Gregorio de, *Silva de la Providencia de dios, sacada de los Santos*. Valladolid, 1609.
- Alonso, María Luz, “Un jurista indiano: Juan Antonio Torquemada” en *JSE*, 205-232.
- Alonso, Martín, *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española (siglos XII al XX). Etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano*. 3 vols. Madrid, 1982.
- Altamira y Crevea, Rafael, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680*. Buenos Aires, 1941.
- “Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII” en *Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, 1-71 y 345-389; y vol. XXI, 1-54 y 409-468. Coimbra, 1944-1945.
- *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*. México, 1951.
- “La legislación indiana como elemento de la historia de las ideas coloniales españolas”, en *RHA*, 1 (1938), 1-24.
- Alvarez de Abreu, Antonio Joseph, *Víctima Real Legal. Discurso único jurídico-histórico-político sobre que las vacantes mayores y menores de las Iglesias de las Indias Occidentales pertenecen a la Corona de Castilla y León con pleno y absoluto dominio*. Madrid, 1726.
- Alvarez de Morales, Antonio, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*. 3ª edición, Madrid, 1985.
- Andrés, Melquíades, *La Teología española en el siglo XVI*. Madrid, 1976.
- Angeles, fray Juan de los, *Diálogos de la conquista del espiritual y secreto Reyno de Dios, que según el Santo Evangelio está dentro de nosotros mismos. En ellos se trata de la vida interior y divina, que vive el alma unida a su Criador por gracia y amor transformante*. Alcalá, 1602.
- Antúnez y Acevedo, Rafael, *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias en las Indias Occidentales, recopiladas por...* Madrid, 1797.
- Apolinar, Francisco, *Suma moral y resumen brevísimo de todas las obras del Doctor Machado. Que redujo con mucha claridad y singular estilo el Padre...* Madrid, 1661.
- Ardao, Arturo, *La filosofía polémica de Feijóo*. Buenos Aires, 1962.
- Arias Montano, Benedicto, *Aforismos sacados de la Historia de Publio Cornelio Tácito por el D... para la conservación y aumento de las*

- Monarquías, hasta ahora no impresos. Y las Centellas de varios conceptos, con los avisos de Amigo de don Joachin Setanti, Cavallero catalán del hábito de Montesa.* Barcelona, 1614.
- Arnaud, A. J., *Les origines doctrinales du Code Civil français.* París, 1969.
- Asso y del Río, Ignacio Jordán de y Manuel y Rodríguez, Miguel de, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla.* Madrid, 1771.
- Avila Martel, Alamiro, *Aspectos del Derecho penal indiano,* Buenos Aires, 1946.
- Ayala, F. Javier de, *Ideas políticas de Juan de Solórzano.* Sevilla, 1946.
- Ayala, Manuel Joseph de, Discurso ingenuo, en que se manifiesta y prueba la precisa necesidad, y utilidad de establecer para el acierto seguro del gobierno universal y manejo de nuestras Indias. Mss. en MA, V, 320-328 (BP. 2820). Publicado por José Muñoz Pérez, “Los ‘Prontuarios americanos’ de Manuel José de Ayala (Un memorial desconocido e inédito de 12 de enero de 1763) en *AHDE*, 26 (1956), 669-692.
- *Notas a la Recopilación de Indias.* Estudio preliminar de Juan Manzano y Manzano. Madrid, 1945.
- Azebedo, Alonso, Idea de un nuevo cuerpo legal. Mss en RAH, colección Sempere Guarinos, I, 1-47 (B-119).
- Aznar, Luis, “Legislación sobre indios en la América hispano-colonial. Cuestiones de criterio. Períodos legislativos” en *Humanidades*, t. 25, 1ª parte, pp. 233-274.
- Azorín, *Una hora de España (entre 1560 y 1570).* Buenos Aires, 1948.
- Bacallar y Sanna, Vicente, *Monarquía hebrea,* Génova, 1719.
- Bajamar, Marqués de, *Discurso exhortatorio dispuesto por el Excmo. Señor... Gobernador del Supremo Consejo y Cámara de Indias, para pronunciarlo en la apertura del Tribunal del día 2 de enero de 1799.* Madrid, 1799.
- *Dos discursos exhortatorios, pronunciados en el Consejo Supremo de Indias en los días 2 de enero de 1801 y 2 de enero de 1802 por el Exmo. Señor... su gobernador.* Madrid, 1802.
- Baldó Lacomba, Marc, “La Universidad de Córdoba ante la Ilustración (1767-1810)” en *UEA*, 67-99.
- Barbadiño, R. P., *Verdadero método de estudiar para ser útil a la República y a la Iglesia proporcionado al estilo y necesidad de Portugal* (1746), Madrid, 1760.
- Barrero García, Ana María, “La aplicación del Derecho en Indias según las memorias de los virreyes (siglos XVI y XVII)” en *AEBS*, 153-170.

- “Los repertorios y diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días” en *AHDE*, 43 (1973), 311-351.
- Batllori, Miguel, *Humanismo y Renacimiento. Estudios hispano-europeos*. Barcelona, 1987.
- Bergier, abate, *Diccionario de Teología*. Madrid, 1845.
- Bermúdez de Pedraza, Francisco, *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*. Salamanca, 1612.
- Bernal, Beatriz, “El Derecho romano en el Discurso de Antonio de León Pinelo sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de las leyes de las Indias Occidentales” en *AHJE*, 6 (1980), 147-171.
- “Las leyes de Indias a la luz de dos comentaristas novohispanos” en *RChHD*, 9 (1983), 325-354.
- Bernard, Gildas, *Le Secrétariat d’Etat et le Conseil Espagnol des Indes (1700-1808)*. Genève-Paris, 1972.
- Berni y Catala, Joseph, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*. 3 vols. Valencia, 1759.
- *El abogado instruido en la práctica civil de España*. Edición utilizada, Valencia, 1763.
- *Instituta civil y real... 3ª impresión*. Valencia, 1775.
- Bertelsen Repetto, Raúl, “El concepto de ordenanza en el Derecho emanado de los cabildos chilenos en el siglo XVII” en *JSE*, 197-203.
- Biondi, Biondo, “La ciencia jurídica como arte de lo justo” (1950) en Ídem, *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona, 1953, pp. 119-160.
- “Objeto y método de la jurisprudencia romana” (1943) en Ídem, *Arte... cit.*, 82-83.
- Bloch, Marc, *Introducción a la Historia* (1949). México, 1984.
- *La sociedad feudal. La formación de los vínculos de dependencia*, ed. México, 1979.
- Braudel, Fernand, “Historia y Sociología” en ídem, *La Historia y las Ciencias Sociales*, ed. Madrid, 1984, pp. 107-129.
- “La larga duración” (1958) en ídem, *La Historia*, cit. 60-106.
- Bravo Lira, Bernardino, “Judicatura e institucionalidad en Chile (1726-1876): del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario” en *REHJ*, 1 (1976), 61-87.
- “La literatura jurídica indiana en el Barroco” en *REHJ*, 10 (1985), 227-268.
- “Oficio y oficinas. Dos etapas en la historia del Estado indiano” en *RChHD*, 8 (1981), 79-92.
- “Vigencia de las Partidas en Chile” en *REHJ*, 10 (1985), 43-105.
- Burkholder, Mark A. y Chandler, D. S., *De la impotencia a la autori-*

- dad. La Corona española y las audiencias en América. 1687-1808.* México, 1984.
- Cabrera, Juan de, *Crisis política. Determina el más florido imperio y la mejor institución de príncipes y ministros.* Madrid, 1719.
- Cabrera Núñez de Guzmán, Melchor, *Idea de un abogado perfecto, reducida a práctica; deducida de reglas y disposiciones del Derecho, comprobada con la autoridad de sus intérpretes.* Madrid, 1683.
- Caenegem, R. C. van, “La tradition juridique en tant que limite aux reformes du Droit” en *Rapports belges au X^o Congrès International de Droit comparé.* Bruxelles, 1978, pp. 11-35.
- Cañada, Conde de la, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales.* (1793-1794), 3^a ed., 2 volúmenes. Madrid, 1845.
- Cappellini, Paolo, *Systema Iuris.* Dos tomos. Milano, 1984-1985.
- Carbonier, J., *Sociología jurídica.* Madrid, 1982.
- Cárdenas, Francisco de, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación..., escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente D...* Madrid, 1871.
- Caro Baroja, Julio, *Las formas complejas de la vida religiosa (Religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII).* Madrid, 1985.
- Caron, Pier Giovanni, “*Aequitas*” romana, “*miserecordia*” patristica ed “*epicheia*” aristotélica nella doctrina dell “*aequitas*” canónica (Dalle origini al Rinascimento). Milano, 1971.
- Carpintero Benítez, Francisco, “El Derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos” en *REHJ*, 6 (1981), 203-271.
- *Una introducción a la ciencia jurídica.* Madrid, 1988.
- “‘Mos italicus’, ‘mos gallicus’ y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica” en *IC*, 6 (1977), 108-171.
- Cartas de Indias.* Ministerio de Fomento, Madrid, 1877.
- Carvajal y Lancaster, Josef de, *Pensamientos del Excmo. Señor Don... sobre el estado o equilibrio de la Europa; sobre el de la América y sobre el de España; y sistema que debe seguir esta Monarquía para su mayor prosperidad y grandeza* (1745). Copia mss. en RAH, Colección Mata Linares, IX, 169-260.
- Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración.* México, 1972.
- Castan Tobeñas, José, *La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea.* Madrid, 1950.

- *La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines*. Madrid, 1950.
- Castañeda Delgado, Paulino, *Don Vasco de Quiroga y su "Información en Derecho"*. Madrid, 1974.
- Castillo de Bobadilla, Jerónimo, *Política para corregidores de vasallos en tiempos de paz y de guerra* (1597). Edición utilizada, Madrid, 1775.
- Castro, Francisco Antonio de, *Dios y mundo, teatro cristiano y político para la idea de un perfecto cortesano*. Madrid, 1723.
- Castro, Juan Francisco de, *Dios y la Naturaleza. Compendio histórico natural y político del Universo, en que se demuestra la existencia de Dios, y se refiere la Historia natural, y civil, la religión, leyes y costumbres de las naciones antiguas y modernas más conocidas del Orbe, 10 tomos, Madrid, 1780-1791*.
- *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico Cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*. (1765) 2ª edición utilizada, Madrid, 1829.
- Cavanna, Adriano, *Storia del Diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1979.
- Cerdán de Tallada, Thomas, *Veriloquium en reglas de Estado, según derecho divino, natural, canónico y civil, y leyes de Castilla...* Valencia, 1604.
- Céspedes del Castillo, Guillermo, *América hispánica* (t. VI de la *Historia de España*, dirigida por Manuel Tuñón de Lara). Barcelona, 1983.
- Clavero, Bartolomé, "Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio" en *QF*, 18 (1989), 79-145.
- "La disputa del método en las postrimerías de una sociedad. 1789-1808" en *AHDE*, 48, (1978), 309-334.
- "La idea de Código en la Ilustración jurídica" en *HID*, 6 (1979) 49-88. (Las citas se hacen utilizando la separata.)
- *Mayorazgo, propiedad feudal en Castilla* (1369-1836). Madrid, 1974.
- "Revolución científica y servidumbre histórica: en los orígenes de la cuestión foral" en Ídem, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*. Madrid, 1982, pp. 41-81.
- *Temas de Historia del Derecho: Derecho común*. Sevilla, 1977.
- Cocca, Aldo Armando, *La primera escuela de leyes*. Buenos Aires. 1951.
- Codorniu, Antonio, *Dolencias de la crítica, que para precaución de la estudiosa juventud expone a la docta madura edad y dirige al muy ilustre señor Fray Benito Gerónimo Feijóo*. Gerona, 1760.
- *Índice de la filosofía moral, cristiano-política dirigido a los nobles de nacimiento y espíritu*. (1746), 2ª edición, Gerona, 1753

- Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht. I. Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985.
- *Historia y significado de la idea del distema de la jurisprudencia*, México, 1959.
- “L’insegnamento del Diritto nell’ Europa dell’ Ancien Regimen” en *Studi senesi*, 82, Siena, 1970, pp. 179-193.
- “Sobre la prehistoria de la codificación: la discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII” en *RChHD*, 9 (1983), 249-261.
- “Trois formes historiques d’interprétation du Droit. Glossateurs, pandectites, école de l’exégèse” en *Revue historique de Droit français et étranger*, 48, Paris, 1970, pp. 531-543.
- Colección Somoza. Documentos para la Historia de Nicaragua*. 17 volúmenes. Madrid, 1954-1957.
- Cornejo, Andrés, *Diccionario histórico y forense del Derecho real de España*. Madrid, 1779.
- Corominas, Joan, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. Madrid, 1980.
- Correas, Maestro Gonzalo, *Vocabulario de refranes y frases proverbiales y otras fórmulas comunes de la lengua castellana...* Madrid, 1924.
- Cortines y Andrade, Ramón, *Década legal, en que contrahidas a Diez las leyes de estos reinos, se van poniendo por resumen y bajo un contexto las de cada parte de la Década*. (1782), edición utilizada, Madrid, 1786.
- Covarrubias Orozco, Sebastián de, *Tesoro de la lengua castellana o española*. (1611), edición utilizada, Barcelona, 1943.
- Crocce, Benedetto, *Breviario de Estética*, 6ª edición, Buenos Aires, 1947.
- Cuevas, Mariano, *Documentos inéditos del siglo XVI para la Historia de México. Colegidos y anotados por...* México, 1914.
- Chacón y Calvo, José María, *Cedulario cubano (1493-1512)* en Montoto, *Colección de documentos...*, cit., t. VI, Madrid, s.a.
- Chevalier, François, “La tierra: gran propiedad, señores y trabajo indígena” en *Balance de la historiografía sobre Iberoamérica (1945-1988)*. IV Conversaciones Internacionales de Historia. Pamplona, 1989, pp. 221-272.
- Chueca Goitia, Fernando, *Breve historia del urbanismo*. Madrid, 1978.
- D.A.S^Z. y St^O., Discursos crítico políticos sobre varias materias de Estado y Gobierno (1775). Mss en MA, 33, (BP 2846 bis).
- D’Agostino, Francesco, *La tradizione dell’ epieikeia nel medioevo latino. Un contributo alla storia dell’ idea di equita*. Milano, 1976.

- Delgado Pinto, José, “Un traité de didactique au XVII^e siècle: ‘El Arte legal para estudiar jurisprudencia’, Salamanca, 1612 de F. Bermúdez de Pedraza” en *Le raisonnement juridique*. Actes du Congrès Mondial de Philosophie au Droit et de Philosophie Sociale. Bruxelles, 1971, pp. 195-201.
- Demerson, Georges, *Don Juan Meléndez Valdés y su tiempo (1754-1817)*. 2 volúmenes. Madrid, 1971.
- Descartes, René, *Reglas para la dirección del espíritu*. Edición española con introducción de Juan Manuel Navarro Cordón. Madrid, 1984.
- Deza, Lope de, Juicio de las leyes civiles. Copia mss. en MA, 73, 50-125.
- Díaz, Casimiro, Espejo de Parrocho de Indios. Mss. en RAH, R. 70.
- Díaz Toledano, Casimiro, Canónicas cuestiones y consultas prácticas morales. Para la resolución de los casos más comunes, que se ofrecen en las Indias. Mss. en Monasterio de la Vid (Burgos), Archivo: AA 55.
- Díaz Trechuelo, Lourdes, *La vida universitaria en Indias. Siglos XVI y XVII*. Córdoba, 1982.
- Dicey, A. V., *Lectures on the relation in England during the nineteenth* London, 1940.
- Dictionnaire de L'Académie Française*. Institut de France. París, 1835.
- Diez Picaso, Luis, “El sentido histórico del Derecho civil”, separata de RGLJ (1959).
- Discurso sobre la observancia de las leyes del Reino, en que se trata del origen de todas las legislaciones. Motivos de la diversidad de Leyes Patrias: obligación de saberlas, obedecerlas y observarlas. Se repueba el uso y estudio de las Romanas y sus comentarios: se persuade el de las Reales; y se propone el método que debe observarse en las Universidades y Academias: los malos y perniciosos efectos que resultan en los Tribunales de no arreglarse los letrados a lo decisivo de ellas, permitiéndoles tergiversaciones y cavilaciones. Madrid, 1788. Anónimo. Mss. en MA, 39, 185-226 (BP, 2852).
- Discurso sobre la Política y la Policía. Anónimo (Disertación de la segunda mitad del XVIII). Mss en MA, 78 (BP. 2886).
- Disposiciones gubernativas para el virreinato del Perú. 1569-1580*. Francisco de Toledo. Introducción por Guillermo Lohmann Villena. 2 volúmenes. Sevilla, 1986-1989.
- Domat, Jean, *Les loix civiles dans leu ordre naturel*. París, 1689-1694.
- *Derecho Público*. Escrito en francés y traducido al castellano Por Juan Antonio Trespalacios. 4 tomos, Madrid, 1788.
- Domínguez Ortiz, Antonio, *Las clases privilegiadas en el Antiguo Régimen*, 2^a edición, Madrid, 1979.

- Domínguez Vicente, J. M., *Ilustración y continuación de la Curia Filípica*, Madrid, 1736.
- D'Ors, Alvaro, "El servicio del Derecho romano a la libertad" en *RChHD*, 5, (1969), 9-21.
- Dou y de Bassóls, Ramón Lázaro de, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*. 9 volúmenes, Madrid, 1800-1803.
- Dunbar Temple, Elle, "El jurista indiano don Gaspar de Escalona y Agüero, graduado en la Universidad de San Marcos. Apuntaciones para la historia de las ideas en el virreinato peruano durante el siglo XVII" en *Documenta*, t. II, núm. 1, Lima, 1949-1950, pp. 545-586.
- Elías de Tejada, Francisco, *Tratado de Filosofía del Derecho*, t. I, Sevilla, 1974.
- Elorza, Antonio, *La ideología liberal en la Ilustración española*. Madrid, 1970.
- Espinosa Quiroga, Hernán, *La Academia de Leyes y Práctica Forense*, Santiago de Chile, s.a.
- Eyzaguirre, Jaime, *Historia del Derecho*, 5ª edición, Santiago de Chile, 1980.
- Fassò, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. II: La Edad Moderna. Madrid, 1979.
- Feijóo, Benito Gerónimo, *Teatro crítico universal*, (t. III, disc. 11) edición Madrid, 1765.
- Fernández Barreiro, Alejandrino, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho romano*. Santiago de Compostela, 1976.
- Fernández de Mesa, Thomas Manuel, *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España y de interpretar aquél por éste y por el propio origen* (1747). Edición utilizada, Madrid, 1802.
- Fernández de Navarrete, Pedro, *Conservación de monarquías...* Edición BAE, t. 25, Madrid, 1853.
- Ferrer de Valdecebro, Andrés, *Gobierno general, moral y político hallado en las fieras y animales silvestres, sacado de sus naturales virtudes y propiedades*, (1658) edición utilizada, Barcelona, 1696.
- *El Templo de la Fama. Con instrucciones políticas y morales*, Madrid, 1680.
- *La vara vigilante, obligación y oficio del Príncipe eclesiástico*, Madrid, 1659.
- Filangieri, Cayetano, "Reflexiones políticas sobre la ley de Fernando IV, rey de las Dos Sicilias, que tiene por objeto la reforma de la administración de justicia" en ídem, *Ciencia de la legislación*, edi-

- ción Madrid, 1813, t. V, pp. 209-226.
- Forner, Juan Pablo, *Exequias de la lengua castellana*, edición Austral, Buenos Aires, 1952.
- *Oración apologética por la España y su mérito literario* (1786) edición utilizada, Madrid, 1956.
- *Plan para formar unas buenas instituciones de Derecho español...* en ídem, *Obras...* ed. Luis Villanueva. Madrid, 1844, pp. 295-424.
- Foronda, Valentín de, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía Política y sobre las leyes criminales*, 2 tomos, Madrid, 1789.
- Friede, Juan, *Fuentes documentales para la historia del Nuevo Reino de Granada. Desde la instalación de la Real Audiencia de Santafe*, 8 tomos. Bogotá, 1975-1976.
- Gaitán de Torres, Manuel, *Reglas para el gobierno de estos Reynos y de los de las Indias, con aumento de su población y en la Real Hacienda y armas de la mar*, s.d., 1625.
- Gálvez, Joseph, *Discurso y reflexiones de un vasallo sobre la decadencia de nuestras Indias españolas*. Mss en MA, I, (BP. 2816).
- García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tónica jurídica*. Madrid, 1988.
- García-Gallo, Alfonso, “El Derecho común ante el Nuevo Mundo” (1955) en Ídem, *Estudios de Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1972, pp. 147-166.
- “La evolución de la organización territorial de las Indias de 1492 a 1824” (1980) en Ídem, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, 1987, pp. 811-888.
- “Génesis y desarrollo del Derecho indiano” (1964) en Ídem, *Estudios*, cit., 123-145.
- “El gobierno territorial de las Indias” en *RChHD*, 6 (1970), 87-90.
- “La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI” (1951) en Ídem, *Estudios*, cit., 169-285.
- *Manual de Historia del Derecho Español*, 2 volúmenes. Madrid, 1964.
- *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*. Santiago de Chile, 1970.
- “Panorama actual de los estudios de Historia del Derecho indiano” (1952) en Ídem, *Estudios*, cit., 37-62.
- “Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI” (1970) en Ídem, *Estudios*, cit., 661-693.
- “Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano” (1967) en Ídem, *Estudios*, cit., 63-119.
- “La Universidad de Salamanca en la formación del Derecho indiano” en *AEM*, 77-99.

- García-Gallo, Concepción, “La información administrativa en el Consejo de Indias. Las ‘Noticias’ de Diez de la Calle” en *AEM*, 361-376.
- García Garrido, Manuel Jesús, *Casuismo y jurisprudencia romana*, (1965) edición utilizada, Madrid, 1976.
- García Icazbalceta, Joaquín, *Colección de documentos para la Historia de México*. 2 tomos. México, 1858-1866.
- *Nueva colección de documentos para la Historia de México*. 5 volúmenes. México, 1886-1892.
- García Marín, José M., “El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público en la España de los Austrias” en *Revista de la Administración Pública*, núm. 103 (1984), pp. 185-207.
- Gaudemet, Jean, “Tentatives de systematización du Droit á Rome” en *IN*, 15 (1987), 79-96.
- Gibert, Rafael, *Ciencia jurídica española. Sumario de un curso*. Granada, 1971.
- Gilson, Etienne, *El espíritu de la filosofía medieval*. Madrid, 1981.
- Gómez Arbolea, Enrique, *Historia de la estructura y del pensamiento social*, I. *Hasta finales del siglo XVIII*, Madrid, 1957.
- “Perfil y cifra del pensamiento jurídico y político español” en *Escorial*, núm. 6, Madrid, 1941, pp. 107-130.
- Góngora, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano. Epoca de fundación 1492-1570*. Santiago de Chile, 1951.
- González, María del Refugio, *El Derecho Civil en México. 1821-1871. Apuntes para su estudio*. México, 1988.
- “Las Instituciones de José María Alvarez, parteaguas entre el Derecho indiano y los derechos nacionales. Peculiaridades indianas de su obra” en *AHJE*, 6 (1980), 383-404.
- González Alonso, Benjamín, “Jerónimo Castillo de Bobadilla” en Ídem, *Sobre el Estado y la administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981, pp. 85-139.
- González Casanova, Pablo, *El misonéismo y la modernidad cristiana en el siglo XVIII*. México, 1948.
- González Echenique, Javier, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*. Santiago de Chile, 1954.
- Gracián, Baltasar, *Oráculo manual* (1653). Edición utilizada: Ídem, *Tratados políticos*, Barcelona, 1941.
- Granada, fray Luis de, *Introducción del símbolo de la fe*, Barcelona, 1603.
- Guardiola y Sáez, Lorenzo, *El corregidor perfecto, y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen gobierno económico y político de los Pueblos y la más recta administración de justicia en ellos...*, Madrid, 1785.
- Guevara, Gerónimo de, *Discurso legal de un perfecto y cristiano Abo-*

- gado... sobre las cualidades de que ha de estar adornado, y obligaciones que debe cumplir en su ejercicio.* S.d, s.a.
- Gutiérrez, José Marcos, *Práctica criminal de España*, edición utilizada, Madrid, 1804.
- Gutiérrez, Juan M., *Origen y desarrollo de la enseñanza pública en Buenos Aires*, edición Buenos Aires, 1915.
- Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello, codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*, 2 tomos, Santiago de Chile, 1982.
- “Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del Derecho en la época moderna” en *AHDE*, 50 (1980), 851-890.
 - “El desarrollo de la idea de fijación del Derecho en Roma” en *Semana de Estudios Romanos*, vol. I, Valparaíso, 1973-1976, pp. 99-126.
 - “Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana” en *REHJ*, 5 (1980), 18-31.
 - “Estudios en torno a las ideas del humanismo jurídico sobre reforma del Derecho (I). Un humanista español frente al Derecho de su época: Pedro Simón Abril” en *REHJ*, 9 (1984), 167-185.
 - *La fijación del Derecho*, Valparaíso, 1977.
 - “Historia del ‘referimento al legislador’ II: el derecho nacional chileno” en *REHJ*, 7 (1982), 107-130.
 - “Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del Derecho en Iberoamérica” en *RGLJ*, 2ª 86 (1983), 3-22.
 - “Razón escrita” en *REHJ*, 4 (1979), 135-155.
 - “Romanismo en la teoría recopiladora de Antonio de León Pinelo” en *AEBS*, 373-384.
 - “La seguridad y la certeza jurídicas en perspectiva histórica” en *REHJ*, 8 (1983), 55-69.
- Hanisch Espíndola, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho romano*, Santiago de Chile, 1983.
- Hanke, Lewis, *Guía de las fuentes en el Archivo General de Indias para el estudio de la administración virreinal española en México y en el Perú, 1535-1700*, tomo I, Köln-Wien, 1977.
- *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria. México*, 5 vol. *BAE*, Madrid, 1976-1978.
 - *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria. Perú*, 7 vols. *BAE*, Madrid, 1978-1980.
- Hazard, Paul, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, 1958.
- Heredia Herrera, Antonia, *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias*, 2 tomos, Madrid, 1972; 4 tomos, Sevilla, 1983-1985.
- Herr, Richard, *España y la Revolución del siglo XVIII*, Madrid, 1975.

- Herrero, Javier, *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*, Madrid, 1971.
- Hervás y Panduro, Lorenzo, *Historia de la vida del hombre*, t. IV, Madrid, 1789.
- Hevia Bolaños, Juan de, *Curia Philipica* (1603) edición utilizada Madrid, 1753.
- Horozco, Sebastián de, Refranero. Mss. en Real Academia Española, Madrid.
- Libro de proverbios. Mss. en *Ibídem*.
- Huarte de San Juan, Juan, *Examen de ingenios para las ciencias* (1575) *BAE*, t. 65, Madrid, 1953.
- Huizinga, Johan, *El otoño de la Edad Media*, 2ª edición, Madrid, 1971.
- Jara Andreu, Antonio, *Derecho natural y conflictos ideológicos en la Universidad española. 1750-1850*, Madrid, 1977.
- Jovellanos, Gaspar M. de, “Al doctor Prado, gremio y claustro de la Universidad de Oviedo, sobre el método de estudiar el Derecho” (1795) en *BAE*, t. 50, Madrid, 1859, pp. 145-148.
- “El delincuente honrado” (1773) en *Ídem, Obras*, Madrid, 1846, t. V.
- Kagan, Richard L., *Universidad y sociedad en la España moderna*, Madrid, 1981.
- Kaser, Max, *En torno al método de juristas romanos*. Valladolid, 1964.
- Konetzke, Richard, *Colección de documentos para la Historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, 5 tomos. Madrid, 1953-1962.
- “Estado y Sociedad en las Indias” en *Estudios americanos*, núm. 8, Sevilla, 1951, pp. 33-58.
- Ladrón de Guevara, Baltasar, Representación que hizo en 27 de junio de 1778 al Excmo. Señor D. Joseph Calvez Secretario de Estado y del Despacho Universal de Indias, D..., Fiscal de la Real Audiencia de México sobre los defectos que padece la actual legislación de Indias, y necesidad de adiconarla y corregirla, el modo con que debía hacerse, y proporción que tenía para trabajarla, si S. M. se dignase elegirle para ello, en *MA*, 29, 149-159 (BP, 2843). Publicada por Juan Manzano, *Las notas a las Leyes de Indias*, Madrid, 1935, pp. 143-156.
- Ladrón de Guevara, Diego, *Disertación jurídica, canónica y moral de voto (Quito, 1706)*, Madrid, 1712.
- Lalinde Abadía, Jesús, “La acumulación de normas en el Derecho histórico español”, separata de *Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho*, t. 4 (1966-1967), La Laguna, 1967.
- “La creación del Derecho entre los españoles” en *AHDE*, 36 (1966), 301-377.

- “España y la Monarquía Universal (En torno al concepto de ‘Estado moderno’)” en *QF*, 15 (1986), 109-166.
- “El régimen virreino-senatorial en Indias” en *AHDE*, 37 (1967), 5-244.
- Lardizábal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Madrid, 1782.
- Larousse, Pierre, *Grand Dictionnaire universel du XIX^e siècle*. París, s.a.
- Leibniz, G. W., *Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid, 1984.
- Leiva, Alberto David, “La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1810” en *RIHD*, 24 (1978), 93-106.
- León (Pinelo), Antonio de, *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias Occidentales* (1624). Reedición facsimilar en *RIHD*, 8 (1957), 209-266.
- *Epítome de la Biblioteca Oriental y Occidental, Náutica y Geográfica*, Madrid, 1629. Edición facsimilar con estudio de Agustín Millares Carlo (*El Epítome de Pinelo, primera bibliografía del Nuevo Mundo*, Washington, 1958).
- *Política de las Grandezas y Gobierno del Supremo y Real Consejo de las Indias* (1624 ó 1625). Reedición facsimilar en *RHD*, 11 (1983), 519-560.
- *Tratado de confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos, en que se requieren para las Indias Occidentales*. Madrid, 1630. Edición facsimilar, Buenos Aires, 1922.
- León, fray Luis de, *De los nombres de Cristo*, versión ajustada a la 3^a reimpression, Buenos Aires, 1946.
- Levaggi, Abelardo, “El concepto del Derecho según los fiscales de la Segunda Audiencia de Buenos Aires (1784-1810) en *RChHD*, 11 (1985), 245-259.
- “Derecho indiano y Derecho romano en el siglo XVIII” en *AHJE*, 5 (1980), 269-309.
- “Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata” en *RIHD*, 22 (1971), 44-91.
- “Las penas de muerte y aflicción en el Derecho indiano rioplatense” en *RHD*, 3 (1975), 81-164.
- Levene, Ricardo, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, Buenos Aires, 1941.
- *Historia del Derecho Argentino*, t. I, II y III, Buenos Aires, 1945-1946.
- *Introducción a la Historia del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1924.
- “Nuevas investigaciones históricas sobre el régimen político y jurí-

- dico de España en Indias hasta la Recopilación de leyes de 1680” en *Cahiers d'histoire mondiale*, I, 2, París, 1953, 463-489.
- Levillier, Roberto, *La Audiencia de Charcas. Correspondencia de Presidentes y Oidores*, 3 tomos, Madrid, 1918-1922.
- *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles. Siglo XVI*. 14 tomos. Madrid, 1921-1924.
- Liehr, Reinhard, “Die Grundherrschaft der Herzöge von Atlixco im Kolonialen Mexiko” en *JGS*, 9 (1972), 137-172.
- Litré, E., *Dictionnaire de la langue française*. París, 1863.
- Lohmann Villena, Guillermo, *Los ministros de la Audiencia de Lima (1700-1821)*, Sevilla, 1974.
- “Las ordenanzas municipales de Lima, 1533-1635” en *AEM*, 655-673.
- Lombardi, Luigi, *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.
- Lope del Rodó, Juan, *Idea sucinta del Probabilismo, que contiene la doctrina abreviada de su origen, progresos y decadencia*, etc. Lima, 1772.
- López, François, “La historia de las ideas en el siglo XVIII: concepciones antiguas y revisiones necesarias” en *Boletín del Centro de Estudios del siglo XVIII*, núm. 3, Oviedo, 1975, pp. 3-18.
- López Ruiz, Santiago Josef, Propuesta político-moral sobre varias reflexiones dirigidas a que se establezca una sabia y prudente reforma para contener los desórdenes públicos (1789). Mss. en MA, 60, 3ss. (BP, 2873).
- Luig, Klaus, “Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17 und 18 Jahrhundert” en *IC*, 3 (1970), 64-97.
- Luque Colombes, Carlos A., *El doctor Victorino Rodríguez, primer catedrático de Instituta de la Universidad de Córdoba*. Córdoba, 1947.
- Luzán, Ignacio de, *Poética o Reglas de la Poesía en general, y de sus principales especies* (1737). Edición utilizada, Madrid, 1974.
- Llorente, Juan Antonio, *Noticia biográfica de D... o Memorias para la historia de mi vida escritas por él mismo*. Nota crítica de Antonio Márquez. Madrid, 1982.
- *Discurso preliminar a Leyes del Fuero Juzgo*, Madrid, 1792.
- Macanaz, Melchor de, “Auxilios para bien gobernar una Monarquía católica...” en *SE*, 5, 215-303.
- Machado de Chaves, Juan, *Perfecto confesor y cura de almas, asunto singular, en el cual, con suma claridad, breve y científico modo, se reducen a principios universales y Reglas generales de ambos Derechos, Civil y Canónico, todas las materias pertenecientes al Teólogo Moral...* (1641). Edición utilizada, Madrid, 1655.
- Malagón Barceló, Javier, “Breve reseña histórica de la Escuela Nacional

- de Jurisprudencia” en Ídem, *Estudios de Historia y Derecho*, México, 1966, pp. 219-252.
- “Una colonización de gentes de leyes” en Ídem, *Estudios*, cit., 81-100.
- *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*. México, 1959.
- “Pleitos y causas de la Capitanía General de Venezuela en el Archivo de la Real Audiencia de Santo Domingo (siglo XVIII)” en Ídem, *Estudios*, cit., 183-216.
- Manual de confesores y penitentes, que clara y brevemente contiene la universal y particular decisión de casi todas las dudas, que en las confesiones suelen ocurrir de los pecados, absoluciones, restituciones, censuras y irregularidades*. Coimbra, 1553.
- Manzano Manzano, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, 2 volúmenes, Madrid, 1950-1956.
- Maravall, José Antonio, *Carlos V y el pensamiento político del Renacimiento*. Madrid, 1960.
- “El concepto del Renacimiento como época histórica” (1973) en Ídem, *Estudios de Historia del Pensamiento español*, 2ª serie, Madrid, 1984, pp. 35-74.
- *La cultura del Barroco. Análisis de una estructura histórica*. Barcelona, 1975.
- “Culturas periféricas: Renacimiento español y Renacimiento veneciano” en Ídem, *Estudios*, 2ª, 107-122.
- “La diversificación de modelos del Renacimiento: el Renacimiento español y el Renacimiento francés” en Ídem, *Estudios*, 2ª 123-192.
- “Empirismo y pensamiento político (Una cuestión de orígenes) en Ídem, *Estudios*, 3ª (2ª edición Madrid, 1984), 15-38.
- *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*. Madrid, 1972.
- *Utopía y reformismo en la España de los Austrias*, Madrid, 1982.
- “La fórmula del Renacimiento español” (1979) en Ídem, *Estudios*, 2ª, 75-105.
- “Los hombres de saber o letrados y la formación de su conciencia estamental” en Ídem, *Estudios*, 1ª (2ª ed. Madrid, 1973), 355-389.
- “La literatura de emblemas como técnica de acción sociocultural en el Barroco” en Ídem, *Estudios*, 3ª, 197-222.
- *Poder, honor y élites en el siglo XVII*. Madrid, 1979.
- “El prerrenacimiento del siglo XV” (1983) en Ídem, *Estudios*, 2ª, 11-33.
- “Problemas de Historia del Pensamiento” (1955) en Ídem, *Menéndez Pidal y la Historia del Pensamiento*, Madrid, 1960, pp. 11-81.
- *La teoría española del Estado en el siglo XVII*, Madrid, 1944.
- Marías, Julián, *La estructura social*, Madrid, 1972.

- “Ideas y creencias en el mundo hispánico” en Ídem, *Hispanoamérica*, Buenos Aires, 1984, pp. 233-245.
- Mariluz Urquijo, José M., “Una academia de Derecho indiano bajo Carlos III” en *RIHD*, 7 (1955-1956), 83-92.
- “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares” en *RHD*, 4 (1976), 141-159.
- “El asesor letrado del Virreinato del Río de la Plata” en 3 (1975), 165-228.
- “La comunidad de montes y pastos en el Derecho indiano” en *RIHD*, 23 (1972), 93-121.
- “El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana” en *MCI*, 389-402.
- “El conocimiento del Derecho a fines del siglo XVIII y principios del XIX”. Advertencia a Matraya y Ricci, Catálogo..., cit.
- *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*. Sevilla, 1952.
- “La instrucción circular para el mejor y más breve despacho de la formación de las causas criminales (1788). Proyectada por el Regente Benito de la Mata Linares” en *RIHD*, 12 (1961), 173-198.
- *Orígenes de la burocracia rioplatense*, Buenos Aires, 1974.
- “El saber profesional de los agentes de la administración pública en Indias” en *EGA*, 251-276.
- “La situación del mitayo en las glosas de Benito de la Mata Linares al Código Carolino” en *JGS*, 14 (1977), 161-198.
- “El ‘Teatro de la legislación universal de España e Indias’ y otras recopilaciones indianas de carácter privado” en *RIHD*, 8 (1957), 267-280.
- “Una utopía jurídica española del siglo XVIII” en *RHD*, 9 (1981), 303-333.
- Marín y Mendoza, Joaquín, *Historia del Derecho Natural y de Gentes*. Madrid, 1776.
- Martin Gaité, Carmen, *Macanaz, otro paciente de la Inquisición*. 2ª edición, Madrid, 1975.
- Martínez Doral, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, 1963.
- Martínez de Grimaldo, Francisco, Recopilación de todas las consultas y decretos reales que se hallan en la Secretaría de Nueva España Mss. en BP, núm. 1309.
- Martínez Marina, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*. 3ª edición, Madrid, 1845.
- *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*. Villapando, 1820.
- Martiré, Eduardo, *El Código Carolino de Pedro Vicente Cañete*, 2 vols., Buenos Aires, 1973.

- *Los regentes de Buenos Aires. La reforma judicial indiana de 1776.* Buenos Aires, 1981.
- Matraya y Ricci, Juan Joseph, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales (1819).* Reedición facsimilar, Buenos Aires, 1978.
- Matienzo, Juan de, *Gobierno del Perú (1567).* Edición de G. Lohmann Villena, París-Lima, 1967.
- Maziel, Juan Baltasar, Reflexiones sobre la famosa arenga, que se hizo en Lima por un individuo de la Universidad de San Marcos con ocasión del recibimiento que hizo dicha Universidad a su Virrey el Exmo. Señor Don Agustín de Jáuregui y Aldecoa el día 27 de agosto de 1781. Copia mss. en RAH, Col. Mata Linares, 58, 416-476. Publicada en Juan Probst, *Juan Baltasar Maziel. El maestro de la generación de Mayo.* Buenos Aires, 1946, pp. 389-461.
- Medina y Flores, Miguel de, Representación que para promover el estudio del Derecho español y facilitar su observancia, hace al Rey nuestro Señor... (1744). Copia mss. en MA, 14, 51-70 (BP, 2828).
- Meléndez Valdés, Juan, *Discursos forenses,* Madrid, 1821.
- Mendieta y Núñez, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho,* México, 1956.
- Mercado, Tomás de, *Suma de tratos y contratos,* Sevilla, 1571.
- Mindan Manero, Manuel, “La filosofía española en la primera mitad del siglo XVIII” en *Revista de Filosofía,* t. XII, núm. 46, Madrid, 1953, pp. 427-443.
- Miranda, José, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820 (1952),* 2ª ed. México, 1978.
- Molina, Raúl A., “Fray Martín Ignacio de Loyola, cuarto obispo del Paraguay y Río de la Plata (1603-1606)” en *Missionalia Hispánica,* año X, núm. 28, Madrid, 1953, pp. 21-71.
- Molinari, Diego Luis, Introducción a León, Antonio, *Tratado,* cit.
- Montoto, Santiago y Altamira, Rafael, *Colección de documentos inéditos para la Historia de Iberoamérica (o Hispanoamérica,* en algunos tomos). 14 vols. Madrid, 1927-1932.
- Mora y Jaraba, Pablo, La ciencia vindicada contra los plumistas y definición de las Secretarías del Despacho Universal (1747) Mss. en MA, 14, 295-315 (BP, 2828). Publicada por José A. Escudero, *Los Secretarios de Estado y del Despacho (1474-1724),* Madrid, 1969, t. IV, pp. 1167-1186.
- *Tratado crítico. Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos. Para utilidad pública.* Madrid, 1748.
- Morazzani de Pérez Enciso, Gisela, “Observaciones sobre las Ordenanzas de Intendentes de 1782 y 1786” en *AEM,* 633-653.

- Mörner, Magnus, *La Corona española y los foráneos en los pueblos de indios de América*. Estocolmo, 1970.
- Moxó, Salvador de, “La promoción política y social de los ‘letrados’ en la Corte de Alfonso XI” en *Hispania*, t. 35, núm. 129, Madrid, 1975, pp. 5-29.
- Mozos, José Luis de los, “El Derecho natural en la formación del Derecho civil moderno” en Ídem *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pp. 251-280.
- “Humanismo y ‘mos gallicus’ en la Escuela de Salamanca” en Ídem *Metodología*, cit., 281-316.
- Mujal y de Gibert, Juan Antonio, *Tratado de la observancia y obediencia que se debe a las leyes, pragmáticas sanciones y reales decretos; y ninguna fuerza en nuestro Estado monárquico, de las costumbres que, sin consentimiento del príncipe, se introducen en contrario, e interpretaciones que se dan por los súbditos; y finalmente, que no depende el valor o fuerza de la ley del Soberano, de la aceptación de los súbditos, ni éstos tienen libertad para dejar de aceptarla y observarla*. Madrid, 1774.
- Muratori, Luis Antonio, *Defectos de la jurisprudencia*. Traducción por Vicente María de Tercilla, Madrid, 1794.
- Muro Orejón, Antonio, *Cedulario americano del siglo XVIII*, 3 tomos, Sevilla, 1956-1977.
- *Estudio general del Nuevo Código de las leyes de Indias* en Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Sevilla, *Homenaje al Dr. Muro Orejón*, vol. II, Sevilla, 1979.
- Muro Romero, Fernando, “El ‘beneficio’ de oficios públicos con jurisdicción en Indias. Notas sobre sus orígenes” en *AHJE*, 5 (1980), 311-359.
- “Instituciones de gobierno y sociedad en Indias (1700-1760)” en *EGA*, 163-231.
- *Las Presidencias-Gobernaciones en Indias (siglo XVI)*, Sevilla, 1975.
- Navarro García, Luis, “Honra, pobreza y aislamiento de los oidores indianos” en *Temas americanistas*, núm. 1, Sevilla, 1982, pp. 11-15.
- Naz, R. (director), *Dictionnaire de Droit Canonique*, 7 vols. París, 1965.
- North, Douglas C., *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid, 1984.
- Olmeda y León, Joseph de, *Elementos del Derecho público de la paz y de la guerra, ilustrados con noticias históricas, leyes y doctrinas del Derecho español*, 2 tomos, Madrid, 1771.
- Oración apologética que en defensa del estado floreciente de España dijo en la Plaza de Toros de Madrid Don N... Obra satírica contra el*

- estado de ignorancia y superstición en que estaba la Nación Española a fines del siglo pasado y el despotismo de su gobierno. Atribuida a don Gaspar Jovellanos*, Buenos Aires, 1814 (Reproducida en *La Revolución de Mayo a través de los impresos, de la época*. Primera serie. 1809-1815. Compilados y concordados por Augusto E. Mallié, t. V, Buenos Aires, 1966).
- Ortega y Gasset, José, *Ideas y creencias* (1940), 9ª edición, Madrid, 1986.
- Ots Capdequí, José María, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*. Madrid, 1968.
- *Manual de Historia del Derecho propiamente indiano* (1943), Buenos Aires, 1945.
- Ovando, Juan de, *Libro de la gobernación espiritual de las Indias*. Edición de Angel Martínez González SDB., *Gobernación espiritual de Indias. Código Ovandino*, Guatemala, 1978.
- Pacheco, J. F., Cárdenas, F. de y otros, *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía...* 42 vols. Madrid, 1864-1884.
- Palacios y Hurtado, Joaquín María de, *Introducción al estudio del Derecho patrio*, Madrid, 1803.
- Palafox y Mendoza, Juan de, *Bocados espirituales, políticos, místicos y morales. Catecismo y Axiomas doctrinales para labradores y gente sencilla...* Madrid, 1662.
- *Historia real sagrada, luz de príncipes y súbditos* (1643) en Ídem, *Obras*, t. I, Madrid, 1762.
- *Juicio político de los daños y reparos de cualquier Monarquía*, en Ídem, *Obras*, cit. t. X, 36-52.
- Palomares, Tomás de, *Estilo nuevo de escrituras públicas, donde el curioso hallará diferentes géneros de contratos y advertencias de las leyes y premáticas de estos Reynos, y las escrituras tocantes a la navegación de las Indias, a cuya noticia no se deben negar los Escribanos*, Sevilla, 1645.
- Parecer y dictamen de un J.C. sobre el método de estudiar la Jurisprudencia y primeras letras SE*, 34 (1791), 160-199.
- Parente, Pietro y otros, *Diccionario de Teología Dogmática*, 2ª edición española, Barcelona, 1963.
- Paso y Troncoso, Francisco del (editor), *Epistolario de Nueva España 1505-1818*, 16 vols. México, 1939-1942.
- Pelorson, Jean-Marc, *Les letrados juristes castillans sous Philippe III. Recherches sur leur place dans la Société, la Culture et l'Etat*. Le Puy-en-Velay, 1980.
- Peña, Roberto I., *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba (1614-1807)*. Córdoba, 1986.

- Peña Montenegro, Alonso de la, *Itinerario para párrocos de indios* (1668). Edición utilizada, Madrid, 1771. (Hay reedición facsimilar de esta última edición, Guayaquil, 1985).
- Peñalosa y Zúñiga, Clemente, *La Monarquía*, t. I, Madrid, 1793.
- Perelman, Ch., *La Lógica jurídica y la nueva Retórica*. Madrid, 1979.
- Pérez y López, Antonio Xavier, *Principios del orden esencial de la Naturaleza establecidos por fundamentos de la moral y política, y por prueba de la religión. Nuevo sistema filosófico*. Madrid, 1785.
- *Teatro de la legislación universal de España e Indias...* 28 vols., Madrid, 1791-1798.
- [Pérez y López, Antonio Xavier], *Conversaciones críticas e instructivas sobre el estudio de los derechos civil y canónico de las Universidades, compuestas por el Autor del Teatro de la Legislación*. Madrid, 1795.
- Pérez Villamil, Juan, *Disertación sobre la libre multitud de abogados; si es útil al Estado o si fuere conveniente reducir el número de estos profesores, con qué medios y oportunas providencias capaces de conseguir su efectivo cumplimiento*. Madrid, s.a. [1782].
- Peset, José Luis y Mariano, *Carlos IV y la Universidad de Salamanca*. Madrid, 1983.
- *Gregorio de Mayans y la reforma universitaria. Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las Universidades de España. 1 de abril de 1767*, Valencia, 1975.
- Peset Reig, Mariano, “Correspondencia de Gregorio Mayáns y Siscar con Ignacio Jordán Asso del Río y Miguel de Manuel Rodríguez (1771-1780)” en *AHDE*, 36 (1966), 547-574.
- “Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII” en *AHDE*, 45 (1975), 273-339.
- “La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX en *RGLJ*, 2ª época, 62, 5 (1971), 605-672.
- “Una propuesta de código romano-hispano, inspirado en Ludovico Antonio Muratori, en *Homenaje al profesor Santa Cruz Teijeira*, t. II, Valencia, 1974, 217-260.
- “Universidades españolas y universidades europeas” en *IC*, 12, (1984), 71-89.
- Petit, Carlos, “Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)” en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 50, Leiden, 1982, pp. 157-195.
- Phelan, John L., *El reino milenario de los franciscanos en el Nuevo Mundo*, México, 1972.
- Piano Mortari, Vincenzo, “Considerazioni sugli scritti programmatici dei giurista del secolo XVI” en *Ídem, Diritto. Lógica. Método nel secolo XVI*, Napoli, 1978, pp. 265-300.

- “Dialectica e Giurisprudenza. Studio sui trattato di dialettica legale del sec. XVI” en Ídem, *Diritto*, cit., 117-264.
- *Dogmática e interpretazione. I giuristi medievali*. Napoli, 1976.
- “Pensieri di Alciato sulla Giurisprudenza” en Ídem, *Diritto*, cit., 349-364.
- Pietschmann, Horst, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América*. México, 1989.
- Piquer Arrufat, Andrés, *Lógica moderna o arte de hallar la Verdad y perfeccionar la razón*. (1747), 2ª edición, Madrid, 1770.
- Pólay, Elemér, “The Justinian codification and abstraction” en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano, 1982, pp. 105-116.
- Portocarrero y Guzmán, Pedro, *Teatro monárquico de España, que contiene las más puras católicas máximas de Estado, por las cuales, así los príncipes como las repúblicas aumentan y mantienen sus dominios, y las causas que motivan su ruina*. Madrid, 1700.
- Puy Muñoz, Francisco, *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Granada, 1962.
- *El pensamiento tradicional en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Madrid, 1966.
- Quevedo Villegas, Francisco, *Política de Dios y Gobierno de Cristo Nuestro Señor*, (1626 y 1635) edición BAE, 23, Madrid, 1946.
- Ramos Pérez, Demetrio, “Determinantes formativos de la ‘hueste indiana’ y su origen modélico” en *RChHD*, 4 (1965), 9-128.
- *Historia de la colonización española en América*, Madrid, 1947.
- “Ordenación de la minería en Hispanoamérica colonial durante la época provincial (siglos XVI, XVII y XVIII)” en *La minería hispana e iberoamericana. Contribución a su investigación histórica. Estudios*, vol. I, León, 1970, pp. 373-397.
- Real Academia Española, *Diccionario de autoridades* (1726). Edición facsimilar, Madrid, 1976.
- *Diccionario de la lengua española*, 16ª edición, Madrid, 1956.
- Rees Jones, Ricardo, “Aspectos de la vigencia de la Ordenanza de Intendentes de 1786 para Nueva España” en *RHD*, 10 (1982), 239-265.
- Reguera Valdelomar, Juan de la, *Guía para el estudio del Derecho patrio*, 2ª edición, Madrid, 1805.
- Reig Satorres, José, “Reales audiencias” en *AHJE*, 2 (1972), 525-577.
- Reina Maldonado, Pedro de, *Norte claro del perfecto prelado en su pastoral gobierno*, 2 vols., Madrid, 1653.
- René-Moreno, Gabriel, *Ultimos días coloniales en el Alto Perú*. La Paz, 1940.
- Representación hecha al Exmo. Señor Marqués de la Ensenada sobre la política exterior e interior de España: graves advertencias finas*

- disposiciones y utilísimas providencias, para que mediante la feliz aptitud que hay en ella, sea la Emperatriz del Universo en SE* (1788), XIV, 218-284, y XV, 3-49.
- Riaza, Ramón, “El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII” en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 12, Madrid, 1929.
- Rípodas Ardanaz, Daisy, “Las ciudades indianas” en *Atlas de Buenos Aires* (director, Horacio A. Difrieri), t. I, Buenos Aires, 1981, pp. 105-122.
- “Constituciones de la Real Academia Carolina de Practicantes Juristas de Charcas” en *RChHD*, 6 (1970), 268-318.
- *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*. Buenos Aires, 1977.
- *El obispo Azamor y Ramírez. Tradición cristiana y modernidad*. Buenos Aires, 1982.
- “Popularidad de lo jurídico en los siglos coloniales. Un examen de la literatura de la Arquidiócesis de Charcas” en *RHA*, 101 (1986), 37-64.
- “Los sermones cuaresmales a la Audiencia de Buenos Aires y su propuesta de oidor ideal” en *RChHD*, 12 (1986), 263-273.
- Rivadeneira, Pedro, *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el Príncipe cristiano para gobernar y conservar sus Estados, contrata lo que Nicolás Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan* (1595), *BAE*, t. 60, Madrid, 1868, pp. 449-587.
- Robert, Paul, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Les mots et les associations d'idées*. París, 1970.
- Rodríguez, Antonio José, *Nuevo aspecto de teología médico moral y ambos Derechos o paradojas físico teológico legales. Obra crítica...*, Zaragoza, 2 vols, 1742-1745.
- Rodríguez Aranda, Luis, *El desarrollo de la razón en la cultura española*, Madrid, 1962.
- Rodríguez Cruz, Agueda María, *Historia de las Universidades hispanoamericanas. Periodo hispánico*, 2 vols., Bogotá, 1973.
- Rodríguez-San Pedro Bezares, Luis Enrique, “Universidad moderna y promoción jurídica. El diario salmantino de Gaspar Ramón Ortiz (1568-1569)” en *UEA*, 457-477.
- *La Universidad salmantina del Barroco, periodo 1598-1625*, 3 tomos, Salamanca, 1986.
- Royo Marín, Antonio, *Teología moral para seglares*, t.I, Madrid, 1973.
- Sánchez Agesta, Luis, *El pensamiento político del despotismo ilustrado*, Sevilla, 1953.
- “La teoría del sistema: Historia del sistema de la ciencia del Derecho privado” en *Boletín de la Universidad de Granada*, 1941, núms. 65-66, pp. 507-524 y 633-666.

- Sánchez Bella, Ismael, “Los comentarios a las leyes de Indias” en *AHDE*, 24 (1954), 381-541.
- “Ordenanzas para los tribunales de México del visitador Palafox (1646) en *AEM*, 193-230.
- “Quito, audiencia subordinada” en *AHJE*, 5 (1980), 347.
- Saavedra Fajardo, Diego, *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien emblemas*. *BAE*, 25, Madrid, 1853.
- *Introducción a la política y razón de Estado del rey calólico Don Fernando*. *BAE*, 25, Madrid, 1853.
- Sanz, Luis Santiago, “El proyecto de extinción del régimen de las intendencias de América y la Ordenanza general de 1803” en *RIHD*, 5 (1953), 123-185.
- Schäfer, Ernesto, *El Consejo real y supremo de las Indias. Su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, t. I, Sevilla, 1935.
- Schipani, Sandro, “Andrés Bello, romanista-institucionalista” en *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*. Caracas, 1987, pp. 205-226.
- Scholz, Johannes-Michael, “Penser les Institutes hispano-romaines” en *QF*, 8 (1979), 157-178.
- Schulz, Fritz, *I principi del diritto* Firenze s.a.
- Schwind, Fritz von, “Osservazioni storiche e comparative sulla formazione del sistema giuridico moderno” en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, t. I, Firenze, 1977, pp. 13-27.
- Segovia, Lisandro, *Diccionario de argentinismos, neologismos y barbarismos...* Buenos Aires, 1911.
- Seixas y Vasconcelos, Gaspar de, *Tropheos de la paciencia christiana, y reglas que deben observar los Ministros Supremos en las Audiencias*. Madrid, 1645.
- Sempere y Guarinos, Juan, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*. 6 tomos, Madrid, 1785-1789.
- *Historia del lujo y de las leyes suntuarias de España*. Madrid, 1788.
- Setanti, Joaquín, *Centellas de varios conceptos* (ver Arias Montano, B.).
- Simón Abril, Pedro, *Apuntamientos de cómo se deben reformar las doctrinas y la manera de enseñallas para reducillas a su antigua entereza y perfición...* (Madrid, 1589). *BAE*, t. 65, Madrid, 1958, pp. 293-300.
- *Primera parte de la filosofía llamada lógica o parte racional, la cual enseña cómo ha de usar el hombre del divino y celestial don de la razón: así en lo que pertenece a las ciencias como en lo que toca a*

- los negocios. Colegida de la doctrina de los filósofos antiguos y particularmente de Aristóteles.* Alcalá de Henares, 1587.
- Simón Díaz, José, *El libro español antiguo; análisis de su estructura.* Kassel, 1983.
- Solana, Marcial, *Historia de la filosofía española.* Madrid, 1941.
- Solórzano Pereira, Juan de, *Política indiana* (1647). Edición utilizada, Madrid, 1776.
- Soto Kloss, Eduardo, “El ‘Arte de los contratos’ de Bartolomé de Albornoz, un jurista indiano del siglo XVI” en *RChHD*, 11 (1985), 163-185.
- Strömholm, Stig, “Lo sviluppo storico dell’idea di sistema” en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Milano), 4ª serie, 52 (1975), pp. 468-486.
- Tarello, Giovanni, *La ideologie della codificazione nel secolo XVIII...* Génova, 3ª edición, s.a.
- *Storia della cultura giuridica moderna, vol. I. Assolutismo e codificazione del Diritto.* Bologna, 1976.
- Tau Anzoátegui, Víctor, “El auto de buen gobierno de 1806 del Gobernador Intendente Rafael de la Luz” en *I Jornadas de Historia de Salta*, Salta, 1984, pp. 139-153 (*).
- “Los bandos de buen gobierno de Buenos Aires en la época hispánica” en *JSE*, 91-146 (*).
- *La codificación en la Argentina. 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977.
- “Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680” en *RHD*, 8 (1980), 331-395 (*).
- “Las ‘convicciones jurídicas’: un aporte metodológico de Mario Góngora” en *H*, 22 (1987), 325-333.
- “La costumbre jurídica en la América Española (siglos XVI- XVIII)” en *RHD*, 14 (1986), 355-425.
- “El ‘Curso hispánico regio legal’ de Juan Antonio Llorente” en *RHD*, 12 (1984), 443-465.
- “La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano” en *RHD*, 17 (1989), 351-408.
- “Elogio del casuismo en fray Luis de León. Un texto literario con proyecciones jurídicas” en *Estudios en homenaje a don Claudio Sánchez-Albornoz en sus 90 años*, Instituto de Historia de España. Fundación “Claudio Sánchez-Albornoz”, t. V. Avila-Buenos Aires, 1990, pp. 389-401.
- *Esquema histórico del Derecho sucesorio. Del medioevo castellano al siglo XIX.* 2ª edición, Buenos Aires, 1982.
- “El ‘Juicio de las leyes civiles’ de Lope de Deza. Una obra crítica y reformadora en tiempos de Felipe III” en *RHD*, 13 (1985), 479-530.

- “La ley ‘se obedece pero no se cumple’. En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho indiano”. 2ª edición revisada en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 9, México, 1985, pp. 379-440 (*).
 - “Las observaciones de Benito de la Mata Linares a la Constitución de Bayona” en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. 178, cuaderno II, Madrid, 1981, pp. 243-266 (*).
 - “El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los ‘Discursos críticos’ de Juan Francisco de Castro” en *REHJ*, 5 (1980), 375-395.
 - “En torno a la mentalidad de nuestros juristas del Ochocientos” en *RHD*, 5 (1977), 421-433.
- Ten, Antonio E., “El Convictorio Carolino de Lima y la introducción de la ciencia moderna en el Perú virreinal” en *UEA*, 519-533.
- Terreros y Pando, P. Esteban, *Diccionario castellano con las voces de ciencias y artes y sus correspondientes en las tres lenguas francesa, latina e italiana*, Madrid, 1788.
- Tobar y Valderrama, Diego de, *Instituciones políticas*, Madrid, 1645.
- Tomás y Valiente, Francisco, “Castillo de Bobadilla (c. 1547-c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen” en *AHDE*, 45 (1975), 159-238.
- *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969.
 - “El pensamiento jurídico” en Miguel Artola (Dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, t. III, Madrid, 1988, pp. 327-408.
 - *Manual de Historia del Derecho español*, 2ª ed., Madrid, 1980.
- Torrecilla, Martín de, *Consultas, alegatos, apologías, cuestiones y otros tratados...* 6 vols., Madrid, 1694-1699.
- *Enciclopedia canónica, civil, moral, regular y ortodoxa...* 2 vols., Madrid, 1721.
- Ugarte de Hermosa y Salcedo, Francisco, *Origen de los dos gobiernos divino y humano y forma de su ejercicio en lo temporal*. Madrid, 1655.
- Ustáriz, Gerónimo de, *Theorica y practica de comercio y de marina...* Madrid, 1742.
- Vacca, Letizia, *Contributo allo studio del método casistico nel Diritto romano*. Milano, 1976.
- Vallet de Goytisolo, Juan B., “Los juristas ante las fuentes y los fines del Derecho” en Ídem, *Estudios sobre las fuentes del Derecho y método jurídico*. Madrid, 1982, pp. 561-602.
- “Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral” en Ídem, *Estudios*, cit., 467-557.

- Varela de Ureta, Alonso, *Discurso político práctico, que propone cuál debe ser la formación del Consejo Real y Supremo de las Indias*, s.d. s.a., dedicatoria: Cádiz, 1733.
- Vargas Machuca, Bernardo de, *Milicia y descripción de las Indias*, (1599). (*Colección de los libros raros o curiosos que tratan de América*, t. VIII y IX. Madrid, 1892).
- Vargas Ugarte, Rubén, *Manuscritos peruanos del Archivo General de Indias*, Lima, 1938.
- *El Real Convictorio Carolino y sus dos luminarias*. Lima, 1970.
- Varinas, marqués de, *Vaticinios de la pérdida de las Indias* (1685), Caracas, 1949.
- Vial Correa, Gonzalo, “Aplicación en Chile de la pragmática sobre matrimonio de los hijos de familia” en *RChHD*, 6 (1970), 335-362.
- “Teoría y práctica de la igualdad en Indias” en *H*, 3 (1964), 87-130.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, ed. Madrid, 1964.
- Villaba, Victorián de, *Apuntes para una reforma de España sin trastorno del gobierno monárquico ni la religión* (1797) en Ricardo Levene, *Vida y escritos de Victorián de Villaba*, Buenos Aires, 1946, pp. LXXIV-CXX.
- Villarroel, fray Gaspar de, *Gobierno eclesiástico pacífico; concordia y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Madrid, 1656-1657.
- Villey, Michel, “El método del Derecho natural” en Ídem, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, 1978, pp. 63-90.
- Vinnio, Antonio, *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*, ed. Barcelona, 1846.
- Vives, Juan Luis, *Causas de la decadencia de las artes* (1531). Ed. Buenos Aires, 1948.
- Vizcaíno Pérez, Vicente, *Compendio de Derecho público y común de España, o de las Leyes de las Siete Partidas colocadas en orden natural*. 4 tomos, Madrid, 1784.
- Weber, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (1922), México, 1977.
- Weckmann, Luis, *La herencia medieval de México*, México, 1984.
- Zavala, Silvio, *Ideario de Vasco de Quiroga*, México, 1941.
- *Recuerdo de Vasco de Quiroga*, México, 1965.
- Zavala, Silvio y Castelo, María, *Fuentes para la historia del trabajo en Nueva España (1575-1805)*. 8 vols., México, 1939-1946.
- Zevallos, Gerónimo de, *Arte real para el buen gobierno de los reyes y príncipes, y de sus vasallos. En el cual se refieren las obligaciones de cada uno, con los principales documentos para el buen gobierno*. Toledo, 1623.

Zorita, Alonso de, *Breve y sumaria relación de los señores y maneras y diferencias que había de ellos en la Nueva España y en otras Provincias sus comarcas, y de sus leyes, usos y costumbres...* en García-Icazbalceta, *Nueva colección*, cit., III, 71-227.

Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1966.

— “Ideología de Juan de Ovando” en Ídem, *Estudios de Historia del Derecho*, t. II, Buenos Aires, 1990, pp. 53-97.

— “El oficio de gobernador en el Derecho indiano” en Ídem, *Estudios*, cit., I (1988), 267-390.

— *La organización política argentina en el período hispánico*. Buenos Aires, 1959.

— “El sistema de fuentes en el Derecho indiano” en *AHJE*, 6 (1980), 3-51.

Zuazo, Ramón María, *Tratado del comercio y de la jurisdicción consular (1796)*. Mss. en BUS, 331/218.

Zuleta Puceiro, Enrique, *Paradigma dogmático y ciencia del Derecho*. Madrid, 1981.

— “Razón y codificación” en *Anuario de Derecho Civil*, t. 30, Madrid, 1977, pp. 557-590. **Error! Marcador no definido.**

(*) Estudio incorporado al libro del autor, *La ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires, 1992.

INDICE

INTRODUCCION	9
1. Objeto de la obra	9
2. Puntos de apoyo de la investigación: a) La historiografía jurídica indiana; b) Los estudios históricos sobre el Derecho europeo; c) El enfoque de los romanistas; d) Las nuevas contribuciones de la metodología jurídica, la filosofía y la sociología del Derecho; e) El aporte de otras áreas historiográficas	14
3. Planteo del tema	29

PRIMERA PARTE

EL CASUISMO, CREENCIA SOCIAL

CAPÍTULO PRIMERO: EL CASO: UNA PALABRA, UN CONCEPTO CON ARRAIGO SOCIAL	39
1. El casuismo, una larga tradición	40
2. Entre vocablos y refranes.....	44
3. El casuismo de Dios	50
4. En el mundo de los casos morales	57
5. “Todo ha de ser al caso” o una valoración de lo empírico	62
6. Unas nociones del Barroco, en apoyo del casuismo	67
7. El caso, eje de la reflexión jurídica	77

CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROGRESIÓN DEL CASUISMO A TRAVÉS DE LA PECULIARIDAD INDIANA.....	83
1. El precedente castellano	83
2. Hecho y Derecho, ¿un divorcio?: a) La estimación de lo fáctico como elemento de juridicidad; b) Hecho indiano y ley peninsular.....	85
3. Diversidad, mutabilidad y distancia, nociones diferenciadoras: a) “El de acá es otro lenguaje...”; b) “Las cosas de las Indias no duran mucho tiempo en un mismo ser”; c) “Una tierra tan grande y remota y apartada, no se puede desde lejos gobernar”	97
4. El conocimiento de la tierra.....	115
5. El casuismo en el desenvolvimiento de la Monarquía Universal	119
6. El casuismo en los negocios de gobierno	125
7. ¿Un casuismo más intenso y diversificado?	135

SEGUNDA PARTE

EL SISTEMA, IDEA RACIONAL EN AVANCE

CAPÍTULO TERCERO: LAS HUELLAS DE UN CAMBIO HISTÓRICO.....	141
1. Marco histórico y conceptual.....	141
2. El casuismo denunciado por “voces críticas”	146
3. Entre propuestas y utopías sistemáticas.....	152
4. Vocablos-claves en la transformación: sistema, método, arte y regla	159
5. El sistema, una antigua idea romana	167
CAPÍTULO CUARTO: EL DESPLIEGUE DE LA IDEA DE SISTEMA EN LA SOCIEDAD	173
1. El desarrollo teórico del Derecho: del Humanismo a la Ilustración: a) Peculiaridades hispanas; b) El criterio de razón y las preocupaciones metódicas; c) Precisiones conceptuales y léxico propio; d) “Un metódico cuerpo de Derecho”	176
2. El racionalismo	194

3. Hacia un Dios-razón	199
4. Racionalización y cálculo de la riqueza	201
5. Lo racional en los dominios del arte y de la ciencia	203
6. Nuevas estimaciones sociales: a) La crítica racional; b) El saber teórico; c) El ideal de unificación; d) Seguridad y certeza	207
7. El perfil sistemático del aparato estatal	217

TERCERA PARTE

CUATRO CAMPOS OPERATIVOS DEL CASUISMO Y DEL SISTEMA

CAPÍTULO QUINTO: EL APRENDIZAJE DE LOS JURISTAS	231
Consideraciones generales	231
I. <i>La enseñanza del Derecho</i>	233
1. Entre casos y principios en las aulas: a) El modelo jurídico salmantino; b) La aplicación del modelo en América; c) La reforma del siglo XVIII	235
2. Pasantías y academias, como instrucción forense	251
II. <i>La idea de sistema en la crítica y renovación de la enseñanza</i>	257
1. Los percusores: a) Pedro Simón Abril; b) Francis-Bermúdez de Pedraza; c) Juan Machado de Chaves	259
2. Críticas y aspiraciones dieciochescas	270
3. Las propuestas de Jovellanos y de Rodríguez de Mendoza	278
4. Las “Conversaciones críticas e instructivas” de Pérez y López	283
5. Modelos para renovar la didáctica jurídica: a) Las Institutas, todo un género literario...; b) Las Partidas, modelo hispano; c) Domat autoridad influyente; d) El Derecho natural, disciplina pujante	292
III. <i>El jurisconsulto ideal</i>	305
1. Imágenes del Barroco	305
2. Imágenes de la Ilustración	308

CAPÍTULO SEXTO: LA CREACIÓN LEGAL	315
Consideraciones generales	315
I. <i>La ley dentro de un orden casuista</i>	319
1. Casos y leyes	319
2. El legislador y la elaboración de la ley	328
3. La formulación casuista de la ley; a) Extensión a otros casos y lugares; b) La ley abierta para la solución casuista; c) La alteración casuista de la ley; d) Las leyes casuistas en serie, forjadoras de instituciones; e) La ley, descriptiva de situaciones	338
4. La acumulación de leyes	354
II. <i>La ley orientada hacia el sistema</i>	358
1. La primacía de la ley y el desplazamiento de otros modos de creación jurídica	362
2. La ley como solución a la controversia de opiniones y a otras dudas planteadas	367
3. Reclamo de pocas leyes, breves y claras, de fácil conocimiento	373
4. La posibilidad de formular leyes generales y abstractas	378
5. La ley, agente transformador de la sociedad	385
III. <i>Los cuerpos legislativos: de necesidad casuista a preocupación sistemática</i>	390
1. El agrupamiento de normas legales en un ordenamiento casuista: su alcance. a) Leyes “todas sueltas y sin orden”; b) El orden de materias; c) El “hilar” casuista	390
2. La idea de “código” como preocupación sistemática: a) Las tempranas propuestas de Simón Abril y de Deza; b) Bajo las luces de la Ilustración; c) El código, panacea universal; d) ¿Una alquimia jurídica?.....	402
CAPÍTULO SÉPTIMO: LAS OBRAS JURISPRUDENCIALES	427
Consideraciones generales	427
I. <i>La elaboración de los autores dentro de la concepción casuista</i>	430
1. Planteo de la cuestión	430
2. La estructura de las obras jurisprudenciales	435
3. El caso, como eje de elaboración. a) El testamento en Peña Montenegro; b) Unos ejemplos solorcianos; c) El “obedecer y cumplir” en Castillo de Bobadilla	441
4. Sobre el modo de razonar del jurista casuista.....	452

II. <i>Los perfiles sistemáticos en la elaboración de los autores.</i>	458
1. El “Arte de los contratos” de Albornoz: un avance sistemático en el siglo XVI	460
2. La visión sistemática en la época de la Ilustración: a) El “Plan” de Forner; b) Las “Instituciones” de Asso y de Manuel; c) La obra de Dou y de Bassóls; d) Otros intentos de elaboración sistemática.....	465
CAPÍTULO OCTAVO: LA APLICACIÓN DEL DERECHO	481
Consideraciones generales.....	481
I. <i>La aplicación en un orden casuista</i>	486
1. La imagen del “buen juez”	487
2. Los jueces y ministros ante los casos.....	493
3. Las “circunstancias” del caso	501
4. Los apoyos jurídicos de la decisión	507
5. Las leyes: su entendimiento y aplicación: a) La ley, acomodada a las circunstancias; b) La ley, sometida a la interpretación de los autores; c) Preeminencia de la finalidad sobre el rigor literal; d) Recursos para atemperar el rigor de la ley; e) La dirección particular de la ley, dada por su origen; f) El “no uso” de la ley	512
6. La equidad	529
7. El arbitrio	534
II. <i>La aplicación dentro del ideal sistemático</i>	541
1. La observancia literal y rigurosa de las leyes	543
2. Los nuevos criterios de interpretación: de Lope de Deza al Marqués de Bajamar	547
3. El arbitrio y la equidad bajo la lupa de los críticos.....	553
4. La misión del juez.....	556
5. Contraste del ideal con la vida jurídica.....	559
EPÍLOGO	565
1. El juego de creencias e ideas en el mundo hispano	565
2. Casuismo y Sistema: separación o enlace.....	569
3. Desde el mirador del historiador.....	576
FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA	581