

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

El Jurista en el Nuevo Mundo

Pensamiento. Doctrina. Mentalidad

V La doctrina de los autores como fuente del
Derecho castellano-indiano | 97–146



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

ISBN 978-3-944773-06-3
eISBN 978-3-944773-16-2
ISSN 2196-9752

First published in 2016

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin
<http://www.epubli.de>

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication
<http://global.rg.mpg.de>

Published under Creative Commons CC BY-NC-ND 3.0 DE
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de>

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie;
detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Cover illustration:

Christian Pogies, Frankfurt am Main

(Illustration taken from: Gregorio de Robles, *América a fines del siglo XVII. Noticias de los lugares de contrabando*; Introducción de Víctor Tau Anzoátegui, Valladolid: Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, 1980, p. 10)

Recommended citation:

Víctor Tau Anzoátegui (2016), *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh7>

V La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano*

SUMARIO: I. Aproximación al tema – II. Juristas, sociedad y poder político – 1. Opiniones y obras jurisprudenciales, ¿creadoras de Derecho? 2. Opiniones y opiniones comunes. La *auctoritas*, como sustento – 3. El saber de los juristas: peso social e influjo político – 4. En torno a las “leyes de citas” – III. Vigencia de los autores en los siglos XVI y XVII. Surgimiento de la crítica – 1. Los autores en las aulas y en los tribunales – 2. Opiniones y autores bajo la lupa crítica de profanos y letrados – IV. Siglo XVIII: virulencia de la crítica y subsistencia de opiniones y autores – 1. Una ideología anti-jurisprudencial – 2. Otras expresiones y matices de la crítica antijurisprudencial – 3. Los autores en la actividad de abogados y jueces – 4. Hacia una creación jurídica sin opiniones ni autores – V. Los libros con auctoritas, fijadores de la jurisprudencia castellano-indiana – VI. Consideraciones finales

I. Aproximación al tema

Ocupado desde hace algún tiempo en indagar los modos de creación del Derecho indiano, reiteradamente me he preguntado sobre la función desempeñada por la doctrina de los autores. ¿Tuvo rango de fuente directa? ¿Alcanzó fuerza obligatoria por sí, sin recibirla de otra fuente? ¿Qué grado de acatamiento gozó en la sociedad? Después de haber examinado concretamente el punto, basándome en un conjunto significativo de testimonios, considero que la doctrina de los autores tuvo una función – clave en la estructura jurídica de los siglos XVI a XVIII, período que es objeto de nuestro estudio. Dentro de la jurisprudencia casuista, dominante entonces, en la cual los casos o situaciones eran examinados a la luz de su propia peculiaridad, la doctrina era el depósito del saber jurídico, en donde se encontraban los elementos para apoyar la decisión.

Mi intención pues no se limita a determinar, bajo la óptica dogmática, si le cabía o no un papel supletorio en el orden legal, para cubrir eventuales vacíos del ordenamiento. Va mucho más allá y tiende a presentar una pieza

* Publicado en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 17, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1989, pp. 351–408.

fundamental de aquella estructura jurídica. En consecuencia, se podrá comprender su arraigo, aun bajo la persistente crítica. Pero, eso sí, aquella intención no quedará enteramente plasmada en el presente estudio. Es preciso suscitar otros exámenes y debates en torno a esta cuestión. Me limito pues a ofrecer mi aporte desde una postura estimulante para esas nuevas y necesarias contribuciones.

La función de la doctrina de los autores como creadora de derecho no ha sido abordada – según creo – por estudio específico alguno dentro de nuestra historiografía. De la doctrina en sí se han ocupado los trabajos relativos a la ciencia jurídica¹ y a las fuentes del derecho,² como también las obras de conjunto.³ Algunos estudiosos han destacado la importancia que ella tuvo

- 1 ROMÁN RIAZA, *Historia de la literatura jurídica española. Notas de un curso*, Madrid, 1930; ISMÁEL SÁNCHEZ BELLA, “Los comentarios a las Leyes de Indias”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante: *AHDE*), t. XXIV, Madrid, 1954, pp. 381–541; RAFAEL GIBERT, *Ciencia jurídica española. Sumario de un curso*, Granada, 1971; ALFONSO GARCÍA-GALLO, “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI a XVIII”, en *AHDE*, XLIV, 1974, pp. 157–200. Otros estudios abarcan períodos más reducidos: ROMÁN RIAZA, *El derecho romano y el derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, Madrid, 1929; JUAN BENEYTO PÉREZ, “La ciencia del derecho en la España de los Reyes Católicos”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 194, Madrid, 1953, pp. 563–581; JAVIER MALAGÓN BARCELÓ, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, México, 1959; BERNARDINO BRAVO LIRA, “La literatura jurídica indiana en el Barroco”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (en adelante, *REHJ*), núm. X, Valparaíso, 1985, pp. 227–268.
- 2 RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Las fuentes del derecho argentino (siglos XVI a XX)”, en *Revista de Historia del Derecho* (en adelante: *RHD*), núm. 1, Buenos Aires, 1973, pp. 319 y 331; y del mismo autor, “El sistema de fuentes en el Derecho Indiano”, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, t. VI, Quito, 1980, pp. 3–51. También JESÚS LALINDE ABADÍA, “La creación del derecho entre los españoles”, en *AHDE*, XXXVI, 1969, 301–348.
- 3 RICARDO LEVENE, *Introducción a la historia del derecho indiano*, Buenos Aires, 1924, pp. 29–52 y 335–342; JOSÉ M. OTS CAPDEQUÍ, *Manual de Historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires, 1945, pp. 329 y ss. y 345–350; RICARDO LEVENE, *Historia del derecho argentino*, t. I, Buenos Aires, 1945, pp. 262 y 353–354; ALFONSO GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del derecho español*, t. I, 2ª edición, Madrid, 1964, pp. 220–226 y 398–400; RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del derecho argentino*, t. I, Buenos Aires, 1966, pp. 243–244 y 250; JAIME EYZAGUIRRE, *Historia del Derecho* (1967), 5ª edición, Santiago de Chile, 1980, pp. 103–104, 118, 120, 152, 161–165; RAFAEL GIBERT, *Historia general del derecho español*, Granada, 1968, pp. 57, 62, 260–262; JOSÉ M. OTS CAPDEQUÍ, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, 1968, pp. 91 y ss. JESÚS LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1970, pp. 130, 195 y ss. y 207 y ss; del mismo autor, “Derecho histórico español”, Barcelona, 1974, pp. 75–85; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del*

dentro del orden jurídico de la época, pero raramente se ha expresado preocupación por el tema concreto que me propongo examinar en estas páginas.⁴ Las respuestas a nuestros interrogantes iniciales suelen darse desde el ángulo legal, de tal modo que cuando se advierte la vigencia de la doctrina a pesar de la ley, se llega a afirmar que esa vigencia era de “hecho”, o se la califica de “abuso” o “irregularidad”. Su papel es destacado principalmente con relación a la elaboración y el comentario pero no como directa formadora del derecho. Esto se explica a la luz de la clasificación dogmática de las fuentes impuesta en el siglo XIX, en donde la ciencia jurídica quedó subordinada a la ley, sin posibilidad de alcanzar un rango superior.

Es tiempo de que la historiografía jurídica salga, en este punto como en otros, de este encierro. Para ello se impone apuntar hacia el examen integral del tema, ubicándolo dentro de la compleja problemática que lo explica y condiciona. Ello nos lleva a cambiar el ángulo de observación, rompiendo la estrechez conceptual e histórica de la mencionada clasificación dogmática. Mirar el asunto sólo bajo la lectura de los textos legales es quedarse en una visión parcial, incapaz en sí misma de descifrar la realidad. Es preciso acudir entonces a un enfoque histórico que nos permita partir de la situación en que se encontraba la doctrina de los autores a comienzos de la Edad Moderna y recorrer el proceso de subsistencia y crítica que condujo, a través de una lenta declinación, hasta su final sometimiento a la ley en la época de la codificación.⁵

derecho español, 2ª edición, Madrid, 1980, pp. 246–247; ABELARDO LEVAGGI, *Manual de historia del derecho argentino*, t. I, Buenos Aires, 1986, pp. 258–259.

- 4 Entre los estudiosos que han advertido la importancia de esta fuente en el derecho canónico indiano, se encuentra ROBERTO I. PEÑA, “Fuentes del derecho indiano: los autores. Anacleto Reiffenstuel y el Jus Canonicum Universum”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, t. XXVI, Córdoba, 1988, pp. 111 ss. También FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, en *El derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1969, hace interesantes aportes de orden general en el extenso capítulo dedicado a la jurisprudencia penal e intenta responder a la pregunta “¿qué valor o fuerza para obligar tenía la doctrina de los autores?” (pp. 134–135). A su vez, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS destaca en sus estudios sobre el Derecho civil hispano, la fuerza que en esa época tuvo una concepción jurisprudencial del derecho (véase su volumen *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, especialmente, pp. 58 y 101). Por su parte, MARIANO PESET REIG encuentra en la doctrina “una auténtica fuente del derecho” (“Derecho romano y Derecho real en las Universidades del siglo XVIII”, en *AHDE*, XLV, 1975, p. 288).
- 5 Para una consideración de esta cuestión y de otras desenvueltas en este trabajo, son altamente sugerentes los estudios de LUIGI LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Mi-

Es también necesario valerse de un enfoque social, que permita observar la actuación de los juristas como grupo influyente en la sociedad, en el poder político y en la administración de justicia, suscitando adhesiones y resistencias. Asimismo la conexión con otros ámbitos de la cultura resulta de provecho para apreciar la fuerza ejercida por las opiniones o, en contraste, el avance del criterio de razón, y para determinar el alcance de la autoridad obtenida por el libro impreso en los comienzos del arte de Gutenberg. Es también propio del itinerario histórico que nos interesa, observar la formación de la Monarquía hispana, como aparato estatal, donde la ley – ¿enemiga aparente de nuestra fuente jurídica? – fue utilizada como medio de acción conducente a la centralización y a la uniformidad. No debe faltar, en fin, un enfoque más estrictamente jurídico para detectar las tensiones y entrecruzamientos entre los distintos modos de creación del derecho y para explicar el prestigio y la difusión alcanzados por autores y libros jurídicos.

En la conjunción de estos factores debemos encontrar principalmente la fuerza impulsora de la controvertida doctrina de los autores en el mundo hispánico. No pretendo haber reflejado satisfactoriamente en estas páginas todos estos enfoques ni mucho menos haber dado respuesta a los interrogantes que, en tan amplio marco, pueden suscitarse. En todo caso, apuntan a establecer lo que, a mi juicio, es indispensable para la acabada comprensión de nuestro tema. De tal modo se podrá mejorar esta visión incompleta, detectando más fácilmente sus omisiones e insuficiencias.

Cierro estos párrafos introductorios con unas indicaciones aclaratorias. La denominación de “doctrina de los autores” ha sido preferida en este trabajo por entenderla de un lado más abarcadora y de otro más familiar al lector de hoy. Sin embargo, con alcance equivalente son utilizadas en estas páginas las expresiones “opiniones de los autores” y “opiniones de los doctores”, muy usadas en la época. En todo caso aquella denominación debe entenderse como perteneciente a la práctica y no a la teoría, conforme a la naturaleza que le era reconocida al llamado “derecho de juristas”.

Sólo para dar orden y claridad a la exposición he considerado conveniente establecer en los principales capítulos una separación cronológica, colocando de un lado los siglos XVI y XVII, de otro el XVIII. No dudo de que hay buenas razones sustanciales para afirmar esa separación pero es también

lano, 1975, pp. 371 y ss. y ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *La fijación del derecho*, Valparaíso, 1977, pp. 35 y ss.

aconsejable en nuestra materia prevenirse contra los cortes temporales abruptos.

En el tema que abordamos – como en otros también – lo indiano no se explica enteramente sin su raíz castellana. A su vez, esa creación ha influido sobre el ordenamiento interno de Castilla.⁶ De ahí que frecuentemente el enfoque sea comprensivo de ambos y los ejemplos tengan esa doble procedencia, aunque el objeto específico sea propiamente indiano. Bien vale recordar al respecto que – como afirma García-Gallo – “el derecho indiano nace fiel a la práctica y doctrina jurídica de la Europa del Cuatrocientos” y que la literatura jurídica indiana de los siglos XVI a XVIII es “una proyección sobre el Nuevo Mundo de la entonces existente en Europa.”⁷ Un tratamiento enteramente separado hubiese sido una tarea peligrosamente artificial y sobre todo desprovista del encuadre espacial que le corresponde.

II. Juristas, sociedad y poder político

1. Opiniones y obras jurisprudenciales, ¿creadoras de Derecho?

Cuando se plantea el tema de la doctrina de los autores entre los modos de creación del derecho, una natural inclinación – incentivada por la Dogmática Jurídica – nos impulsa a averiguar cuál era su ubicación jerárquica, si se trataba de una fuente autónoma y si, en fin, su papel era principal o subordinado. Como ya lo señalé en otra oportunidad, para mí es inadecuado buscar una rigurosa separación y jerarquización entre las distintas fuentes en un Derecho de textura casuista, como lo era el castellano-indiano. Unas y otras concurrían, de modo inescindible, en la realización del derecho, a través de la solución de los casos concretos. La separación es difícil de establecer en la práctica. La ley solía pasar bajo la noticia o interpretación de los autores; la costumbre bajo la conducción del legislador o del autor, quienes a veces la creaban y transmitían; y la doctrina aparecía con frecuencia vinculada a las dos anteriores. La opinión del jurista era emitida, casi siempre, en base a un sólido entramado de elementos provenientes de diversas fuentes y no como un juicio abstracto y original. Su génesis pues resulta compleja.

6 LALINDE ABADÍA, “La creación...”, cit., p. 318.

7 GARCÍA-GALLO, “La ciencia jurídica...”, cit., pp. 55, 163 y 197–198. Conforme, SÁNCHEZ BELLA, “Los comentarios...”, cit., p. 401.

Una atenta observación de la realidad muestra entonces la presencia convergente de las distintas fuentes. El jurista casuista necesitaba tener a su alcance la mayor cantidad de elementos jurídicos para decidir los casos y era renuente a desprenderse de algunos de ellos o a establecer abstractas definiciones, clasificaciones y jerarquías que pudiesen de antemano, comprometer la libre utilización de dichos elementos en la ocasión oportuna. De ahí que evitara la expresa exclusión de algunos de ellos, con carácter general. Es más, las distintas fuentes no actuaban “en bloque”, pretendiendo cubrir por sí todo el horizonte jurídico, sino que la mayor fuerza de unas y otras se registra por áreas, por materias y aun se mostraba variable ante las diversas situaciones. En estas condiciones, el apoyo de la obra jurisprudencial debió ser fundamental. Esto sin olvidar el permanente juego de tensiones y hasta conflictos entre las distintas fuentes, debido tanto a pequeñas disputas de poder y jurisdicción como a factores de mayores proyecciones en el tiempo.

Se impone determinar en qué consistía ese acto creador de derecho atribuido a la doctrina con fuerza directa, ya sea en primer grado o en otro sucesivo. En el Derecho castellano-indiano se pueden apreciar dos modos principales a saber:

a) *las opiniones de los autores* que en sí mismas alcanzaban fuerza vinculante. Esas opiniones emergían de forma variada pero solían ser el resultado de un conjunto de razones y argumentos, leyes y costumbres, decisiones y otras opiniones, ejemplos y reglas. No eran el mero pensamiento, libre y original, del autor.

b) *la obra jurisprudencial* en su conjunto, cuando alcanzaba prestigio social y jurídico sobresalientes. Era propiamente un libro que gozaba de *auctoritas*. Se recurría a ella para resolver situaciones planteadas de la misma manera que se lo hacía con los cuerpos legales. Aparecía como depositaria del saber y fijadora de jurisprudencia.

Ambos modos no eran – en rigor dogmático – fuentes formales, autónomas, cuya invocación se hiciese en abstracto, desligada de la realidad fáctica y jurídica. El influjo de la opinión era mayor en aquellas materias donde la ausencia de normas legales y consuetudinarias precisas, daba lugar a la controversia. El campo de acción de la obra jurisprudencial fue más dilatado. ¿Podría acaso afirmarse que desempeñó una función directiva de las distintas fuentes?

Ahora bien, en cada uno de los modos enunciados encontramos tres niveles a atender, conjunta o separadamente, según la época, el ámbito

geográfico y la temática, a saber: a) los autores del Derecho común, civil y canónico; b) los autores del Derecho castellano; y c) los autores del Derecho indiano. Estos niveles actuaban en la práctica conjuntamente. El primero aparecía en materias fundamentales como hegemónico, a tal punto que incorrectamente se ha identificado la doctrina de los autores con ese solo nivel. A medida que avanzaron los tiempos modernos, se produjo un lento desplazamiento del centro de gravedad de dichos autores a los hispanos. En efecto, durante el período que estudiamos, es dable advertir un nítido crecimiento de la producción y prestigio de los autores castellanos e indianos quienes, al tiempo que asimilaban las doctrinas romanistas, introducían vistas más modernas en el tratamiento de los asuntos jurídicos. El momento culminante de esa fase ascendente se produjo en el siglo XVIII cuando se intentó desplazar, con escaso éxito por cierto, a los autores del Derecho común.

Las opiniones de los autores se podían hallar dentro de distintas clases de obras. De igual modo los libros jurisprudenciales podían pertenecer a esos mismos géneros: glosas y comentarios a textos legales, tratados generales o de cuestiones particulares, compendios, repertorios, diccionarios, etc. Lo cierto es que en la literatura jurídica castellana e indiana de los tiempos modernos hubo una extraordinaria abundancia de obras de estos géneros que Sánchez Bella atribuye al auge alcanzado por la profesión jurídica, a la difusión de la imprenta, a la diversidad de cuerpos legales vigente y a la búsqueda de concordancias con el Derecho común.⁸ Considero pertinente agregar entre las causas de ese auge al papel directivo que entonces ostentaban los autores.

La conjunción castellano-indiana fue armónica y duradera. Sin embargo, la distinción que tempranamente se hizo en el Derecho indiano entre asuntos de gobierno y de justicia es probable que haya actuado como factor de separación parcial entre ambos niveles.

En el movimiento de la vida jurídica, los modos y niveles enunciados tendían a esfumarse, haciendo muy difícil, cuando no imposible, el intento de distinguirlos en su funcionamiento. La manera de operar de esta fuente del Derecho pertenece a una técnica difícil de comprender para nosotros, pues se ha perdido la tradición, transmitida generacionalmente de jurista a

8 Véase SÁNCHEZ BELLA, “Los comentarios...”, cit., pp. 387–388. El contenido de este estudio es mucho más amplio que el título, algo restrictivo. Rico en noticias y sugerencias, mantiene su interés actual, pese al tiempo transcurrido desde su aparición.

jurista, de la misma manera que se pierden los secretos artesanales. Su reconstrucción puede hacerse pacientemente, sobre las huellas dejadas, con una laboriosa interpretación. Las opiniones se asemejaban a un denso y extendido tejido, sobre el cual se continuaba hilando, siguiendo la trama. Sus soluciones nuevas no eran revolucionarias ni provenían del libre vuelo del pensamiento. Lo nuevo se apoyaba en el Derecho existente. En ello precisamente radicaba su fuerza jurídica. Si fuese necesario, para apurar la comprensión, encontrar un símil en nuestros días, tal vez la jurisprudencia de los tribunales nos pudiese servir a esos fines.

2. Opiniones y opiniones comunes. La *auctoritas*, como sustento

La opinión era el embrión de esta fuente jurídica. No se daba sólo en la esfera del Derecho. Como decía un escritor a fines del siglo XVI “la opinión se ha hecho señora del mundo”.⁹ Bajo el influjo aristotélico, en los dominios del saber donde no era posible alcanzar una certidumbre absoluta, las opiniones constituían un elemento apreciado y cultivado. Filósofos, teólogos, moralistas, políticos y juristas se servían frecuentemente de las mismas para apoyar sus argumentos.

Para comprender la vigencia de las *opiniones* dentro de una sociedad, debemos separarnos de la estrecha visión legalista del Derecho – hoy predominante – bajo la cual no se concibe la existencia de normas vinculantes ajenas a la sanción del poder público. Dicha vigencia reposaba en la *autoridad* que se atribuía a determinados autores y obras, y actuaba separada o junto al poder pero sin confundirse con éste. Ese sentido de la voz *autoridad* aún es usado en nuestra lengua, tal como lo recoge el Diccionario académico en una de sus acepciones, que dice: “Crédito y fe que, por su mérito y fama, se da a una persona o cosa en determinada materia”. Ha sido, sin embargo, mejor desenvuelta por García Pelayo, al acudir al vocablo latino originario *auctoritas* para hacer de este modo más pronunciada su separación de otras acepciones – y de vocablos derivados – con significados distintos y hasta opuestos. Las finas observaciones de García Pelayo – que aquí recojo libremente – llevan a establecer que la *auctoritas* se basaba de una parte en la posesión de cualidades estimables concentradas en personas o corporaciones,

9 ANTONIO PÉREZ, *Norte de príncipes, virreyes, presidentes...* (1597), Madrid, 1788, p. 14.

y de otra en el reconocimiento y confianza que les otorgaba la sociedad.¹⁰ En el área del Derecho, dicha autoridad consistía en el reconocimiento social de ese saber en el círculo de juristas, con la consiguiente aceptación de sus dictámenes, expresados en opiniones y libros, sin que propiamente tuviesen necesidad de una sanción del poder público ni fuesen respaldados por otro medio coactivo.

Esta noción de *auctoritas* puede explicarnos la subsistencia en esa época de nuestra fuente del derecho. Durante mucho tiempo mantuvo su rasgo esencial, aunque en la realidad no se daba de forma pura ni tampoco permaneció inmutable. Así apareció frecuentemente combinada con la noción de poder público, siendo finalmente absorbida en gran parte por ésta. Se trata de uno de esos procesos de transformación léxica, que encubre una evolución conceptual más profunda.

Para ostentar autoridad e invocarse, la opinión debía alcanzar el grado de probable. Podía ser sólo probable, más probable y probabilísima. Necesitaba, para acentuar su fuerza, un número variable de autores que la siguieran. Por esta vía se podía llegar a la denominada “*communis opinio doctorum*”, cúspide del sistema. Sin embargo, las opiniones navegaban precisamente en los mares más problemáticos del derecho, donde frecuentemente surgía la controversia. De tal modo, esa “opinión común” raramente carecía de contradictores. Asechadas por otros dictámenes, a veces unas opiniones comunes aparecían contrapuestas con otras también comunes.

La mención de opiniones y autores aparecía pues no sólo como ostentación de conocimiento y erudición – como a veces se ha limitado a señalar – sino que era un elemento necesario en el tratamiento de toda cuestión controvertida o en el desarrollo de una argumentación. Según veremos, el abogado, el moralista o el juez – cada uno en su actividad específica – debían apoyarse en dichas opiniones. Las distintas clases ofrecían la posibilidad de elegir aquellas que mejor se acomodaran al caso planteado, sobre todo en aquellos aspectos donde la controversia asomaba con frecuencia, dada la incerteza o discordancia normativas, la ausencia de toda regulación, o la misma peculiaridad de la situación a resolver.

10 Sobre esto MANUEL GARCÍA-PELAYO, “Auctoritas”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 42, Caracas, 1969, pp. 9 y ss. Sobre este tema, dicho profesor dirigió un seminario en esa Facultad, publicándose varios de los trabajos resultantes en el mismo número de la *Revista*.

Coing ha señalado la importante función que tuvo la “*communis opinio doctorum*” en el desenvolvimiento del derecho letrado de la Edad Media, dentro de un saber donde no era posible arribar a una certidumbre absoluta y por lo tanto las soluciones estaban dentro del círculo de lo probable.¹¹ Esta misma creencia impregnaba la jurisprudencia de los comienzos de los tiempos modernos, la que mantuvo una preferente atención por la solución adecuada de los casos, participando de esta característica nuestro ordenamiento castellano-indiano.

La opinión pues se sustentaba en el argumento de autoridad.¹² El uso de este argumento en el Derecho tiene sentido si se considera que el conocimiento jurídico es problemático, prudencial, pues si, en cambio, se sostiene que es una ciencia del tipo de la geometría o de las ciencias naturales, su utilización carece de valor. En la medida en que durante la Edad Moderna se produjo un lento cambio de criterio en el sentido indicado, el argumento de autoridad fue paulatinamente relegado hacia su destierro en el siglo XIX.

Ya desde el siglo XV se percibían síntomas de una crisis de subsistencia, que condujo a la lenta declinación del sistema de las opiniones, hasta su desaparición como fuente directa. Transcurrieron así más de tres centurias, precisamente el período que abordamos en estas páginas, durante las cuales la vigencia de las opiniones y libros con *auctoritas* – elementos claves de la jurisprudencia casuista – coexistió con una fuerte – y al fin demoledora – corriente crítica.

En ese proceso de declinación actuaron factores internos, de la misma fuente, y otros externos. Tomás y Valiente ha enfatizado los primeros al señalar que contribuyeron a su decadencia y esterilidad los intentos de fijar exageradamente la teoría de la “*communis opinio*”, de reunir colecciones de ellas y de exagerar su autoridad, con lo que se produjo “una mitificación

11 HELMUT COING, “Trois formes historiques d’interprétation du droit. Glossateurs, pandectiste, école de l’exégèse”, en *Revue historique de droit français et étranger*, t. XLVIII, París, 1970, p. 536. Véase al respecto V. PIANO MORTARI, “L’argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali”, incluido en su obra *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, pp. 75–91.

12 Me apoyo en ROGELIO PÉREZ PERDOMO, “El argumento de autoridad en el razonamiento jurídico”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 42, Caracas, 1969, pp. 118 y ss. Si bien el autor aborda el estudio desde la interesante perspectiva que ofrece para la renovación de la actual ciencia del derecho, considera que “el tema es seguramente fundamental para el estudio del pensamiento jurídico y clave para la comprensión de su historia” (p. 140).

conservadora de la tradición”, denotándose una incapacidad para alcanzar resultados nuevos.¹³

Estos factores a su vez se originaron en el crecimiento desmesurado de autores y opiniones en el ámbito del Derecho común, en la pluralidad de ordenamientos de los reinos europeos, acompañados de sus comentadores, y en el consiguiente aumento de la incertidumbre a que daban lugar las controversias. Esto llevaba – según se decía por entonces – al incremento y prolongación de los procesos judiciales. Para cortar esa proliferación de pareceres se empezó a reclamar, entre otros recursos, la intervención del rey – legislador para que encauzase la alegación de los doctores y para que también, en ocasiones, adoptase soluciones legislativas a ciertas controversias de opiniones.¹⁴

La opinión y el argumento de autoridad encontraron sus primeros críticos en la época del Humanismo. El ataque se acentuó con el Racionalismo y ya bajo la Ilustración ambos habían perdido el prestigio antes ostentado, pero sin desaparecer. Esta postura crítica envolvió naturalmente a la esfera jurídica, cuando no se originó en ella misma. La antigua estimación hacia las opiniones se tornó entonces a favor de la crítica racional. El argumento de razón empezó a enseñorearse sobre el de autoridad. La sátira se encargó también de desnudar una erudición falsa, abarrotada de citas postizas y menciones de autores no leídos. Se condenaba así el abusivo uso del recordado argumento de autoridad.

La crítica pretendía dejar al descubierto los endebles fundamentos en que se apoyaban las opiniones, ya sea en su autoridad, ya sea en su estructura racional. Todo el mundo de las opiniones aparecía oscurecido por la incertidumbre, la duda. Para los escritores racionalistas, las opiniones constituían un “laberinto” del cual sólo podía salirse ayudado por “la razón natural y buen sentido”, según decía uno de ellos.¹⁵ Eran ya los tiempos en que se aceleraba la declinación de esta fuente de derecho, según lo veremos páginas más adelante.

13 TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...*, cit., pp. 301–302.

14 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna”, en *AHDE*, t. L, 1980, pp. 854 y ss.

15 JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes...*, Madrid, 1765 (edición, 1829, I, p. 259).

3. El saber de los juristas: peso social e influjo político

Para que la doctrina de los autores gozara de prestigio social y tuviese fuerza jurídica era preciso que la respaldase una organización, con poder sobre la comunidad. En la Baja Edad Media española – y en forma paralela en otros reinos europeos – se fue constituyendo paulatinamente un grupo de “hombres de saber” que, en la primera mitad del siglo XVI apareció consolidado como un estamento. Según Maravall, desde el siglo XII los expertos juristas empezaron a ser estimados en razón de su ciencia, aprendida formalmente en los claustros universitarios, constituyendo un nuevo grupo social, con características peculiares, que adquirió peso en el despacho de los negocios públicos y en la justicia hasta llegar a monopolizar determinadas funciones. Apoyaron a la realeza, contribuyendo a su fortalecimiento y participaron activamente en la construcción del aparato de poder. El grupo se convirtió, según dicho autor, en un estamento con honor, prestigio y posibilidades económicas. Se le daba un trato social peculiar y hasta se le asignaba un tipo somático. Distinguíase por su afán de disputar y razonar.¹⁶

Este estamento tuvo un papel relevante, junto a otros, en el Nuevo Mundo. Bajo el atractivo título de “una colonización de gente de leyes”, Malagón ha puesto de relieve la temprana presencia directiva de los letrados en los negocios públicos y en la justicia.¹⁷ Estas posibilidades abiertas al jurista en la época explican la inclinación predominante que se aprecia por entonces en las Universidades hispanas hacia los estudios jurídicos.¹⁸

El cultivo del derecho se convirtió en un monopolio de este estamento. Era un saber propio, legado por los doctores medievales y consolidado en torno a los Derechos civil y canónico. Empero desplegaba miras más flexibles en las nuevas materias de gobierno que la organización de la Monarquía hispana exigía.

16 JOSÉ A. MARAVALL, “Los ‘hombres de saber’ o letrados y la formación de su conciencia estamental” (1953), en *Estudios de historia del pensamiento español*, serie 1ª, Madrid, 1973, especialmente pp. 369–384.

17 JAVIER MALAGÓN BARCELÓ, *Estudios de Historia y Derecho*, Xalapa, México, 1966, pp. 81–100.

18 SÁNCHEZ BELLA, “Los comentarios...”, cit., p. 389; RICHARD L. KAGAN, *Universidad y sociedad en la España moderna*, Madrid, 1981, pp. 119 y ss.

La absorción de las atribuciones para crear las normas legales por parte del príncipe y del aparato estatal en formación significó una expropiación de la *auctoritas*,¹⁹ pero ello no impidió que el ejercicio de esa actividad creadora continuase en el círculo de juristas. Estos, al colaborar con el rey en la construcción de la Monarquía, utilizaron como medio de acción ordinaria a las leyes, ya sueltas, ya orgánicamente dispuestas. Esto último tuvo, como es sabido, gran despliegue en el Derecho indiano. Koschaker no encuentra, aun dentro de un “derecho de juristas”, hostilidad entre uno y otro medio de expresión, pues finamente apunta que el jurista necesitaba de las leyes para hacer ciertas reformas radicales que no podían hacerse con el lento hilado del tejido de las opiniones.²⁰ Si por una parte las leyes actuaban sobre las opiniones, encauzándolas y hasta resolviendo sus controversias, por otra parte pasaban bajo el severo tamiz de las opiniones, adecuando su sentido a los principios de la ciencia jurídica.

No voy a reiterar lo que ya se ha dicho sobre la importancia que tuvo la ley en la configuración del ordenamiento castellano-indiano de los tiempos modernos. Me refiero tanto a las disposiciones emanadas desde el Consejo de Indias como a las dictadas por los distintos niveles de autoridades y órganos asentados en América y Asia. Esto ha llevado a caracterizar al indiano como “derecho legal”.²¹ El avance de éste principalmente se aprecia en las materias nuevas surgidas con la colonización del Nuevo Mundo: la ordenación política y eclesiástica, la conquista y población, el asentamiento urbano, la relación con los indígenas, la organización hacendística, el comercio y transporte marítimo, etc. Desde leyes principistas a disposiciones casuistas hubo muchos millares que – ante tal proliferación – obligaron a diferentes esfuerzos de fijación legislativa. Pero ese “derecho legal” era tolerante y receptivo de la norma consuetudinaria, según he tenido ocasión de demostrarlo en otras ocasiones.²² Ahora cabe también señalar una postura de respeto hacia

19 GARCÍA PELAYO, cit., pp. 46 y ss.

20 P. KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, Madrid, 1955, pp. 266–267.

21 LALINDE ABADÍA, “La creación...”, cit.; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 6, Buenos Aires, 1986, pp. 193–232. Reproducido en ídem, *La Ley en América Hispánica. Del descubrimiento a la emancipación*. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pp. 25–65.

22 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI–XVIII)”, en *RHD*, núm. 14, Buenos Aires, 1986, pp. 355–425. Reproducido en ídem, *El*

la consolidada “*communis opinio doctorum*” e incluso de aceptación hacia la nueva doctrina desarrollada en Castilla e Indias.

El despliegue de un “derecho legal” era la única respuesta posible dentro del círculo de juristas, frente al poderoso estímulo exterior recibido. Sólo las leyes podían intentar resolver con rapidez las numerosas situaciones nuevas planteadas. El lento mecanismo formativo de la *opinión* no estaba en condiciones de operar en esas circunstancias. Sin embargo, ello no significaba de modo alguno abandonar el cultivo de una tradición científica, que reposaba en la fuerza creadora de la jurisprudencia de los autores. Es de suponer que esa tradición tenía más peso en aquellas ramas o materias jurídicas menos afectadas por los cambios, pero también las viejas opiniones servían de apoyo a las nuevas argumentaciones de los juristas indianos.

Ya señalamos que la doctrina de los autores encontraba dificultades internas para asimilar la multitud de opiniones y resolver satisfactoriamente sus controversias dentro del Derecho común. Era imposible que, en esas condiciones asumiera un papel directivo en el trasplante del Derecho castellano al Nuevo Mundo. La ley, operada por los mismos juristas, vino en su ayuda, resolviendo situaciones y también algunas de sus controversias. Se fueron, cada vez con más frecuencia en los siglos XVII y XVIII, reclamando declaraciones del rey en cuestiones dudosas que sirviesen además de regla para futuros casos. Mientras fueron los propios juristas quienes eligieron entre las opiniones en disputa podemos decir que esta fuente del derecho mantuvo su vigorosa presencia. Al fin y cabo, eran esos juristas quienes elaboraban la ley decisoria y sólo la potestad real acudía en su apoyo.

La situación sutilmente se fue alterando. Al acentuarse el absolutismo político en el siglo XVIII la expropiación de la *auctoritas* – mencionada en páginas precedentes – se hizo extensiva al propio ejercicio de la actividad jurídica creadora. El sostenido crecimiento de la ley como fuente del derecho llevó a estrechar el campo de la acción de la doctrina de los autores. De una parte la fuerte presencia de las teorías absolutistas, de otra las tendencias racionalistas y sistemáticas, se unieron en la pretensión de establecer un sistema legal uniforme con aptitud de abarcar todos los casos posibles. La regulación de los casos dudosos empezó a hacerse con prescindencia de

poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en America Hispana hasta la emancipación. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, pp. 83–156.

aquella doctrina de los autores. Hasta el comentario ceñido al texto legal fue mal visto por algunos. Y así ni la Recopilación de 1680 gozó de una glosa o comentario completo, publicado. Es más, según observa Sánchez Bella, se registró un pronunciado declive en la literatura jurídica del siglo.²³ Sólo se mantuvo la autoridad de algunas obras jurisprudenciales que habían logrado en el pasado sus laureles. La declinación de nuestra fuente del derecho entraba en su fase final.

La transferencia de la facultad de crear el derecho de un círculo de juristas al aparato estatal se operó lentamente a través de estos siglos de tal modo que fue casi imperceptible para las distintas generaciones que vivieron durante ese proceso. Desde el ángulo social fueron los mismos letrados – poseedores exclusivos de una ciencia sin la cual no se concebía el orden social – quienes continuaron ejerciendo la creación jurídica, ya en el cultivo de las opiniones, ya en la elaboración de las leyes. Pero el cambio producido fue significativo. La doctrina de los autores era un saber más cerrado privativo del círculo de los juristas, al cual no tenía acceso el profano. Su persistencia se debe, entre otros factores, a la preferencia que los juristas posiblemente sentían por ese saber que les era enteramente propio. En cambio, el sistema legal que se preconizaba fervientemente en el siglo XVIII era presentado como accesible a todos, desnudo de cualquier posibilidad de interpretación o glosa.

El prestigio social y las posibilidades económicas de los juristas se mantuvieron, acrecentados tal vez por el creciente poder político que les daba su activa participación en el aparato burocrático de la Monarquía. Esta misma situación influyó decisivamente para que hubiese una prolongada convivencia entre estas dos fuentes del derecho durante toda la Edad Moderna, más allá de la espuma levantada por las corrientes críticas. También influyó para que la etapa final – con el triunfo hegemónico de la legislación y la marginación de la doctrina, a la que se le asignó un nuevo papel – estuviese desprovista de huellas conflictivas.

Queda flotando una pregunta final: ¿hasta cuándo conservaron los juristas una genuina conciencia estamental o corporativa que respaldara la fuerza vinculante de sus opiniones y obras jurisprudenciales? María del Refugio González, al plantear la cuestión para México, responde que presuntivamente ello ocurrió en las últimas décadas del siglo XIX, pues hasta 1871 encuen-

23 SÁNCHEZ BELLA, “Los comentarios...”, cit., pp. 436–437.

tra rasgos que permiten aún detectar la presencia de un sentimiento corporativo entre los letrados.²⁴ Sin la pretensión de dar una respuesta concreta, en términos generales puede sostenerse que esa conciencia estamental se fue diluyendo a lo largo del siglo XIX.

4. En torno a las “leyes de citas”

Para completar la cuestión tratada me parece necesario que nos ocupemos de los esfuerzos para encauzar, a través de normas legales, la invocación de los autores del Derecho común en la Castilla del siglo XV. Son las conocidas “leyes de citas”, a las cuales ya se había recurrido en el propio Derecho romano. Algunos estudiosos han puesto atención decisiva en estas leyes para determinar la vigencia o no de la doctrina de los autores como fuente directa del derecho. Para mí, el interés se halla en que muestran los problemas que ocasionaban la multitud de opiniones y la creencia en un remedio legal, pero también evidencian la fuerza que ostentaba la doctrina al punto que llegó a fracasar la tentativa de encaminarla. Se trata además de uno de los más interesantes ejemplos de la vigencia de la *auctoritas*, que trataba de ser encauzada – y también reforzada? – por el poder público. Veamos.

Aduciendo los motivos ya indicados, para evitar que los pleitos se prolongasen indefinidamente “por causa de las muchas y diversas y aun contrarias opiniones de Doctores que los letrados y abogados alegan y muestran” en pleitos civiles y causas criminales, se dispuso por pragmática dada por Juan II el 8 de febrero de 1427 que no se pudiese invocar y juzgar siguiendo la doctrina de legistas y canonistas posteriores a Juan Andrés y Bartolo, ni tampoco hacerlo por los que formasen opiniones en adelante.²⁵ A fines de la misma centuria una nueva disposición, contenida en la Ordenanza de Madrid de 1499, volvía a ocuparse de la cuestión. Decía textualmente que dado que “muchas veces acaece que en la decisión de las causas ha habido y hay mucha confusión por la diversidad de las opiniones que escribieron mandamos que en materia canónica se prefiera la opinión de Juan Andrés y en defecto de la opinión de Juan Andrés se siga la opinión del Abad de

24 MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El derecho civil en México. 1821–1871. Apuntes para su estudio*, México, 1988, pp. 150–153.

25 MIGUEL ÁNGEL PÉREZ DE LA CANAL, “La pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427”, en *AHDE*, XXVI, 1956, pp. 659–668.

Sicilia; y en materia legal se prefiera la opinión del Bartolo y en defecto de ella se siga la opinión del Baldo.”²⁶ Este mandato real tuvo poca duración. En las Leyes de Toro de 1505, alegándose que dicho precepto había provocado “mayor daño e inconveniente” del que se buscaba remediar, se le revocó, prescribiéndose que en el orden y determinación de los pleitos y causas se guardase solamente la prelación legal de Alcalá de 1348.

Las disposiciones citadas constituyen testimonios de interés para corroborar la importancia que tenían las opiniones de los autores. Revelan también un estado de crisis de esa doctrina, pues aparentaba carecer de los mecanismos propios para dirigir y depurar ese crecimiento desmedido de opiniones. La ley aparecía entonces como instrumento necesario para dar ese orden reclamado. Su intervención se limitaba en una ocasión – en 1427 – a colocar una barrera en el tiempo para detener la avalancha de opiniones; y en otra – en 1499 – a dar preferencia al dictamen de unos doctores sobresalientes. En cambio, la ley de Toro podía llevar a una interpretación más favorable a la preeminencia de la ley, con marginación de la doctrina. Pero esta eventual intención del legislador no fue seguida por los juristas. Como lo ha señalado Carlos Petit, los juristas castellanos, a partir de entonces, consideraron derogadas las “leyes de citas” y dieron entrada por vía supletoria a la doctrina del Derecho común, unos enfatizando el canónico, otros el civil.²⁷ De tal modo, fueron los mismos juristas quienes abrieron nuevas posibilidades de acción a la doctrina, sin que en adelante se dictaran leyes que entorpecieran su despliegue.

El examen de los textos legislativos de Alcalá y Toro – aplicables en Indias – nos lleva a verificar una decidida preferencia por la norma legal, pero nada autoriza a suponer que hubiese una manifiesta intención de prescindir de otros modos de creación jurídica tan arraigados como la costumbre o la opinión de los doctores: ¿Acaso era posible expulsar a éstos de un orden

26 Transcribo textualmente – con modernización de la ortografía – esta disposición en razón de que la mayoría de los historiadores del derecho sólo la han podido conocer a través de la mención que de la misma se hace en las leyes de Toro. AQUILINO IGLESIA FERREIROS se ha ocupado de la cuestión en una breve nota titulada “Saberes traslaticios”, en *AHDE*, t. LI, 1981, pp. 685–688.

27 CARLOS PETIT, “Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV–XVII)”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. L, Leiden, 1982, pp. 157 y ss. Véase también PESET, “Derecho romano...”, cit., pp. 279–281 y 284–285.

jurídico en el cual estaban integrados y cumplían una función irremplazable? Los testimonios que utilizaré en los siguientes apartados irán dando respuesta a éste y otros interrogantes vinculados al carácter de dichos ordenamientos legislativos.

III. Vigencia de los autores en los siglos XVI y XVII. Surgimiento de la crítica

La vigencia de la doctrina de los autores, así como la función que le cupo desempeñar en el ordenamiento castellano-indiano de los siglos XVI y XVII, tal como lo hemos señalado en páginas anteriores, necesitan ser comprobadas con testimonios certeros. Para ello he elegido tres sectores centrales de la vida jurídica: la enseñanza, la actividad profesional en el foro y la decisión judicial. A ello agregamos otro elemento probatorio, que nos llega por la vía opuesta: el que surge de la crítica. Suponiendo que el juicio crítico se ejerce siempre sobre lo existente, adquiere en esta ocasión un inestimable valor. Apreciaremos en esta necesaria acumulación de muchos y variados testimonios tanto los elementos sustentadores de los autores como aquellos otros que permitan establecer síntomas de una declinación en ciernes.

1. Los autores en las aulas y en los tribunales

El arte de instruirse en el Derecho no se concebía sin el auxilio de las leyes y de las doctrinas. Ambas aparecían hermanadas en las aulas salmantinas – modelo didáctico en todo el mundo hispano – conforme a la ya conocida descripción que hacía Bermúdez de Pedraza a comienzos del siglo XVII, recogiendo otra difundida en décadas precedentes.²⁸ El recurso a los libros jurídicos era también resaltado en los consejos complementarios que el mismo Bermúdez daba a los aprendices. Los autores de Derecho común predominaban con respecto a los castellanos. Incluso, según Petit, la preferencia por la doctrina romano – canónica era manifiesta sobre las mismas

28 FRANCISCO BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*, Salamanca, 1612, pp. 159–163. La descripción procedía de un opúsculo de Diego del Espino que había tenido buena difusión en la segunda mitad del XVI. También la recogió Alonso de Villadiego (sobre esto, véase PETIT, “Derecho común y Derecho...”, cit., 189).

leyes del reino.²⁹ Esta tendencia es corroborada por una sabrosa referencia que, en la época, hace Castillo de Bobadilla, al quejarse porque los “jueces mozos que vienen de nuevo a los juzgados, como traen las leyes en los labios, quieren ganar honra con los Abogados, y cuando se juntan a ver los pleitos, todo es alegar Doctores, y estudian más para ostentación de su ciencia, que para averiguar el punto de justicia.”³⁰ Este curioso pasaje nos acerca a un enaltecimiento de dicha doctrina, con ciertos aires de ostentación.

El licenciado Francisco de Barreda, relator del Consejo de Indias, admitía hacia 1630 que el conocimiento de los autores era bueno en cuanto “forman, influyen espíritu claro, despierto, acertado en la interpretación del Derecho; hacen jurisprudencia, y diestros en la noticia y distinción de lo justo, que a cualquier provincia que vayan, aunque nueva en costumbres y leyes, se hallan doctos y prudentes, aunque ignorantes de aquellas leyes y costumbres; porque llevan la ciencia de interpretarlas y hacerlas guardar”. Este texto tiene doble filo porque la exaltación del papel que cumplían los autores en la formación del jurista aparecía compensado unas líneas más adelante con la puesta en alto de la ley real frente al comentario. Decía entonces Barrera que la “verdadera jurisprudencia” radicaba en las leyes particulares dadas para las Indias. En ellas se hallarán “desatadas todas las dudas, que la curiosidad ambiciosa de los Maestros redujo a nudos y embarazos”. Y agregaba: “No es segura la resolución del Consulto, que no se colige de alguna ley: luego en la ley estaba la resolución. Flaqueza es de los ojos, no mirar el sol en su orbe; sino en las resultas últimas de la luz. Queremos conocer el Derecho por la reverberación del Derecho en comentarios; rodeo es de falsos ingenios.”³¹

El enredo de este testimonio no deja de ser provechoso para nuestro propósito, pues hace presente, una vez más, esa estrecha conjunción entre leyes – con el interesante agregado de costumbres – y doctores. Si al final se inclinaba por considerar que la verdadera jurisprudencia estaba en las leyes reales – en este caso las indianas – no quedaban borradas las primeras expresiones que otorgaban a los autores una misión decisiva en la interpretación y guarda del Derecho.

29 PETIT, “Derecho común y Derecho...”, cit., p. 190.

30 *Política para corregidores y señores de vasallos* (1597), I, VI, 29, (edición utilizada, Madrid, 1775).

31 ANTONIO DE LEÓN, *Tratado de confirmaciones reales*, Madrid, 1630, Introducción.

Si la formación del letrado no se concebía sin el adiestramiento en autores y leyes, ello iba a repercutir naturalmente en el ejercicio profesional. Así leemos en un libro destinado a los abogados, publicado en 1683, que cuando no encontrase ley, autoridad ni reglas de derecho en que fundarse, había de alegar y traer cuantas autoridades pueda hallar que vengan al caso. A modo de explicación recogía el dicho de otro autor, según el cual “al Juez le bastan fundamentos apoyados en la razón, como superior a la ley, porque es el alma de la misma ley...”.³² En la misma época, Gerónimo de Guevara delineaba la imagen de “un perfecto y cristiano abogado” diciendo que entre sus primeras obligaciones estaba determinar que “la causa o pleito pueda defenderse con justificación y seguridad de conciencia”. Para ello – agregaba – era necesario “contar con el apoyo de opiniones probables, aun cuando la parte contraria tenga a su favor opinión mucho más probable”.³³ Mientras el primer texto apuntaba a reflejar una realidad, el reinado de los autores, el segunda estaba directamente orientado a la conciencia del abogado y era precisamente allí donde las opiniones aparecían con fuerza decisiva.

La invocación de autores y opiniones en los escritos judiciales y en otros papeles de gobierno y justicia durante este período no ha sido hasta ahora objeto de estudios minuciosos que permitan obtener un buen conocimiento de su intensidad en las diferentes áreas. Sin embargo, disponemos – hasta que se alcance esa necesaria información – de un sugestivo testimonio, que confirma lo que venimos observando. Se trata del auto acordado del Consejo de Castilla de 1594, el cual buscando abreviar las informaciones en derecho, dispuso que en las mismas se alegase solamente “la Ley o Doctor, que principalmente tocarse el punto, y al que refiere a los otros, sin decir los referidos por él...”.³⁴ Según vemos, se trataba de encauzar el uso que se hacía de la invocación de autores, quitándole tan sólo el abuso de acumular citas. Lo que aquí interesa destacar, una vez más, es que la opinión de los doctores aparecía junto a la ley en un documento cuyo valor era, por encima de todo, reflejar la situación en que se desenvolvía la actividad de los letrados.

32 MELCHOR DE CABRERA NÚÑEZ DE GUZMÁN, *Idea de un abogado perfecto...*, Madrid, 1683, p. 181.

33 GERÓNIMO DE GUEVARA, *Discurso legal de un perfecto y cristiano abogado...*, sin lugar ni fecha, fs. 19.

34 Auto acordado II, XVI, 1; 5 de febrero de 1594. Lo recuerda PEITZ, “Derecho común y Derecho castellano...”, cit., p. 186.

Las sentencias no fundadas de los tribunales superiores de Castilla e Indias constituyen un obstáculo para penetrar en el conocimiento de los elementos que los jueces manejaban en sus decisiones. No obstante, disponemos de algunas huellas que permiten acercarnos a la cuestión planteada.

En primer lugar, es preciso atender a una interesante conjetura que hace Mario Góngora al referirse al desarrollo de la función judicial indiana, válida para la etapa formativa del Derecho indiano, anterior a 1570. Sostiene el maestro chileno que, superada la justicia sumaria de los primeros momentos de la conquista, en cada provincia se fue estableciendo “una justicia legal” que encontró enormes vacíos por la falta de leyes aplicables a los casos, que fuesen conocidas por el tribunal. Esta situación fue salvada, a juicio de Góngora, por una interpretación de las audiencias fundada en “el pensamiento romanista”. Ella era “compatible con el respeto a las costumbres y con la sujeción a las leyes escritas; pero la forma y medida concreta de atenerse a unas y otras viene a ser dictada por principios generales de tipo doctrinal”.³⁵ De acuerdo a esta aseveración, los autores del Derecho común habrían cumplido un rol decisivo en la formación de la justicia en el Nuevo Mundo, referida especialmente a la forma y medida en que se utilizaban las leyes y costumbres. Es decir, que se trataría de una convergencia directa de tres fuentes jurídicas con incidencia en la fijación de la práctica de los tribunales. Me permito recordar esta sugerente hipótesis de trabajo del profesor Góngora, pues advierto lo fructífero que sería profundizar en la misma y aun tenerla en cuenta para un período posterior al fijado.

Dejando por ahora de lado cuestiones aun no definidas, conviene atender a testimonios más concretos. Me parece oportuno recurrir, con respecto a nuestra materia, a algunos pasajes de la *Política para corregidores...* de Castillo de Bobadilla, en esta ocasión teniendo en cuenta su reconocido papel de guía de gobernantes y jueces en España e Indias durante los siglos XVII y XVIII. Al plantearse la cuestión sobre la residencia de los jueces y la posibilidad de que fuesen condenados por las sentencias dadas en el ejercicio de la magistratura, se explayaba sobre las fuentes que el juez podía utilizar en sus decisiones. Como vemos, se trataba aquí de establecer claramente la responsabilidad del juez, dando consejos tanto a éste como al eventual residenciador. Era pues un

35 MARIO GÓNGORA, *El Estado en el derecho indiano (Época de fundación 1492–1570)*, Santiago de Chile, 1951, p. 232.

enfoque enteramente pragmático. Según Castillo de Bobadilla, no había razón para condenar al juez si en lo que toca al Derecho, hubiese seguido “la decisión de la ley, o la común opinión, o la doctrina de Autores graves o la costumbre recibida”, sin que se le pudiese imputar otra culpa o vicio. Y todavía agregaba que 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... muy difícil será administrar la justicia”.³⁶ La autoridad de quien lo afirmaba, la ocasión en que lo hacía, y la expresa mención que realizaba de la doctrina, exime de comentarios. Pero aun puede seguirse a tan empinado autor en otros pasajes de su libro, en donde podemos encontrarnos con expresiones que corroboran lo ya dicho. Así con respecto a la opinión común de los doctores, afirmaba que debía guiar al juez, no debiendo éste desviarse de sus determinaciones y sentencias “como quiera que tiene fuerza de ley y por tal se debe alegar”.³⁷ Refirmaba en otra ocasión que si seguía esa opinión o aun otra que no fuese común, no podía acusarse al magistrado de haber juzgado mal. En cambio, era responsable en caso de que fuese injustamente contra común opinión.³⁸ Una última mención de Castillo de Bobadilla en la materia que estamos considerando: al referirse a la persona moral del juez, sostenía que los magistrados no eran sabios sólo porque “supiesen las Leyes, y los Autores y doctrinas legales”,³⁹ lo que constituía una nueva alusión que interesa dejar apuntada.

Estamos en presencia de un testimonio de gran valor, que confirma lo que hemos advertido a través de otros documentos anteriormente presentados. Castillo de Bobadilla enunciaba de modo explícito las fuentes del derecho, a las cuales debía acudir el juez para resolver adecuadamente los casos que se le presentaban. Dominaba en este jurista una concepción amplia de dichas fuentes, en donde además de la ley, doctrina y costumbre, se dejaba ver – bajo el recurso a la razón y a la epiqueya – el arbitrio del magistrado. En relación a nuestro tema, podemos constatar que la doctrina aparecía ampliamente destacada – junto a la ley – en los diferentes pasajes citados de la obra. No se concebía la labor del juez sin su conocimiento y aplicación.

36 CASTILLO DE BOBADILLA, *Política*, cit., V, I, p. 246.

37 Ídem, II, VII, pp. 7–8.

38 Ídem, V, III, pp. 28–29 y 44.

39 Ídem, III, XI, p. 34.

Solórzano no era, en cambio, tan concreto en el extenso capítulo que consagraba al proceder de oidores y ministros de las audiencias indianas.⁴⁰ Sus repetidas advertencias no llegaban a establecer – con la nitidez que apreciamos en el autor anterior – las fuentes a las cuales debía acudir el magistrado aunque su testimonio también apoya el criterio dominante que venimos comprobando. El objetivo era juzgar conforme a razón, equidad y justicia. Debía admitirse en el tribunal la variedad de opiniones y la libertad para disentir pero el juez no debía decidir jamás “por solo su ingenio y capricho, apartándose de la escrita y bien cimentada y practicada jurisprudencia”. Añadía que “estamos obligados a seguir, cuando juzgamos o aconsejamos las opiniones comunes y más aprobadas y probables”. La doctrina de los autores aparecía nuevamente, esta vez en Solórzano, como base de sustentación de la labor del juez.

Como se habrá observado, los textos escogidos en este apartado convergen en destacar de modo constante la presencia de dos fuentes principales: ley y doctrina. En ellas se formaba el letrado, a ellas acudía el abogado, en ellas se fundaba el juez. A veces se mencionaba expresamente a la costumbre, la cual, aunque menos citada, nunca era rechazada. También encontramos precisado en Castillo de Bobadilla el recurso a la razón y a la epiqueya, que sustentaba el arbitrio judicial, tan difundido y aceptado en la práctica. Según apreciamos, la doctrina no sólo era una fuente de primera línea, de la cual no se podía prescindir, sino que ella apuntaba con fuerza directiva en la aplicación del derecho a los casos o situaciones planteados. Bien vale ahora recordar, subrayándolas, esas ponderadas palabras de Solórzano que compelián al juez a atenerse a “la escrita y bien cimentada y practicada jurisprudencia”, que se constituía así, al mismo tiempo, en norte y límite de su horizonte.

2. Opiniones y autores bajo la lupa crítica de profanos y letrados

Las opiniones de los autores no merecían sólo estimación. También recibían críticas. El predominio de la jurisprudencia solorciana no era pacífico. Desde el mismo siglo XVI se desplegó un movimiento que revelaba la insatisfacción de profanos y aun de letrados ante la incertidumbre y confusión que oca-

40 JUAN DE SOLÓRZANO, *Política Indiana*, Madrid, 1647, V. VIII (utilizo la edición Madrid, 1776).

sionaba el cúmulo de opiniones, frecuentemente discordantes.⁴¹ Los tonos y enfoques eran diversos pero por lo general coincidían en avizorar la solución en el dictado de pocas leyes, breves y claras. Se apuntaba pues en la dirección de establecer una “jurisprudencia legal”. Esto mismo ya lo hemos apreciado, páginas atrás, en el testimonio ambiguo del licenciado Barreda. Acudamos a algunas muestras de esa postura, empezando por los profanos.

Aunque es bien conocida resulta de mención inexcusable aquella estrofa que reproduce el Cancionero de Baena, atribuida a Juan de Mena:

Viene el pleito a disputación:
allí es Bartolo e Chino, Digesto,
Juan Andrés e Baldo, Enrique, do son
mas opiniones que uvas en cesto.⁴²

O aquella otra imploración del poeta castellano que, luego de quejarse de la multitud de autores, exclamaba:

¿No es terrible necedad
envolver una verdad en diez manos de papel?
De glosas las leyes llenas,
en su variedad difusa,
la multitud es confusa,
¡pocas leyes y esas buenas!⁴³

Al sostener que los letrados “han hecho oscuro lo claro de las leyes con comentarios” un escritor de fines del XVII se complacía en recordar la decisión de quien, abrumado de tanta literatura, había entregado “los Civiles a encender el fuego, los Criminales a freír pescado”.⁴⁴

Esta postura crítica quedaba también estampada en aforismos, como éstos: “La paz y la quietud, cuelgan de pocas leyes bien gobernadas; y de los muchos intérpretes, la guerra y la confusión”; “La muchedumbre de opiniones suele al público gobierno ser dañosa”; o esta última más directa:

41 Sobre este movimiento crítico, véase un panorama general en ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, “Crítica al derecho como presupuesto de la fijación en torno al primer tercio del siglo XIX”, en *REHJ*, V, 1980, pp. 271–286.

42 Su texto reproducido en GARCÍA-GALLO, *Manual*, cit., t. II, núm. 227.

43 LA HOZ Y MOTA, *El montañés Juan Pascual* (citado por JOSÉ MARÍA PEMÁN, “La idea de justicia en las letras clásicas españolas”, en *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 15, Madrid, 1967, p. 17).

44 ANDRÉS FERRER DE VALDECEBRO, *El templo de la fama*, Madrid, 1680, pp. 119 y 131.

“Puesta sobre buen seso la experiencia no ha menestar a Bartulo ni a Baldo”.⁴⁵ Escritores políticos, como Saavedra Fajardo, Fernández de Navarrete y, más tarde, Portocarrero empujaban en la misma dirección: abreviar pleitos, reducir multitud de leyes, desterrar las opiniones dudosas y oscuras.⁴⁶ Para Portocarrero, las opiniones de los autores provocaban “la dilación en los pleitos y el arbitrio de los juicios”,⁴⁷ con lo cual introducía los elementos de la crítica dieciochesca.

Dentro de esta ebullición de ideas, pero aplicado a una situación distinta con ingredientes peculiares, puede recordarse que cuando Fray Gerónimo de Mendieta exponía la inadecuación del Derecho letrado a los aborígenes americanos, apoyaba su postura afirmando que “ni Justiniano hizo leyes, ni Bartulo ni Baldo las expusieron para este nuevo mundo y su gente”.⁴⁸

Uno de quienes más tempranamente expuso su posición crítica ante los autores e hizo al mismo tiempo una nueva propuesta fue el humanista Pedro Simón Abril. A fines del siglo XVI proponía que el Derecho se encerrase en un nuevo cuerpo de leyes, en el cual se recogiesen las doctrinas y se decidiesen las cuestiones controvertidas, debiendo cesar en adelante todo comentario, glosa e invocación a los doctores. Los abogados sólo podrían alegar ley, costumbre o razón.⁴⁹

Estos ejemplos son – según creo – suficientes para advertir que el centro de la crítica al Derecho por parte de los profanos era la doctrina de los autores. Señal clara de su presencia dominante, según lo hemos comprobado anteriormente. Dentro de esa crítica, aunque no establecía distinciones, los autores del Derecho común eran los destinatarios de las reprobaciones. En este sentido no era arbitraria la mención de ciertos doctores sobresalientes, como Bartolo y Baldo, para simbolizar ese abigarrado cúmulo de opiniones

45 JOAQUÍN SETANTI, *Centellas de varios conceptos*, fs. 1; y *Avisos de amigos*, fs. 74 y 75. Ambos escritos en B. ARIAS MONTANO, *Aforismos*, Barcelona, 1614.

46 Sobre los dos primeros, véase PEIT, “Derecho común y Derecho castellano...”, cit., pp. 191–192.

47 PEDRO PORTOCARRERO Y GUZMÁN, *Teatro monárquico de España*, Madrid, 1700, pp. 171–172.

48 Carta a Fray Francisco de Bustamante, Toluca, 1 de enero de 1562. Su texto en JOAQUÍN GARCÍA ICAZBALCETA, *Nueva colección de documentos para la historia de México*, 1886, t. I, p. 19.

49 *Apuntamientos de cómo se deben reformar las doctrinas y la manera de enseñarlas...* (1589), en Biblioteca de Autores Españoles, t. 65, Madrid, 1953, p. 299.

que se pretendía desterrar. La crítica encontraba también sustentación sólida en una tendencia que se insinuaba ya en escritores del seiscientos: una mayor inclinación hacia la valoración de las razones en detrimento de las autoridades.

Entre los juristas de la época también podemos encontrar actitudes coincidentes con la línea anterior. Pero se trata de un movimiento que no hizo mella en el criterio entonces dominante. Las propuestas tendían a producir un cambio en la jurisprudencia mediante la limitación y aun la supresión del recurso a los doctores. Uno de los más empeñados en esta dirección fue Tomás Cerdán de Tallada, quien sostenía la necesidad de buscar “un diferente orden y estilo del hasta ahora utilizado” para cortar la multitud de pleitos y abreviar su duración. Consideraba que la existencia de tantas opiniones entre los doctores era uno de los factores que producía ese daño y en consecuencia proponía en 1607 volver a la vieja solución de la ley castellana de 1499, derogada en Toro: que se siguiesen las opiniones de Bartolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad Panormitano, incorporándose también el recurso a la Glosa y declarando que todo ello fuese a falta de ley castellana.⁵⁰

Otros coetáneos de Cerdán eran más restrictivos en la propuesta. Gerónimo de Zevallos sostenía como regla que el rey debía “reducir la variedad de opiniones contrarias a leyes para que cesen las guerras civiles de los pleitos”.⁵¹ Lope de Deza, en una postura reformadora más avanzada – de la cual me he ocupado en otra ocasión – postulaba no sólo que las opiniones contrarias de los doctores se redujesen a reglas legislativas ciertas y claras en un nuevo cuerpo de leyes, sino que en el futuro se prohibiese a los autores la interpre-

50 *Veriloquium en reglas del Estado...*, Valencia, 1604, pp. 200 y 225; y [Discurso para que no haya tantos pleitos], Madrid, 1607, fs. s/núm. Sobre la vida de este jurista y el sentido de su obra, véase TERESA CANET APARISI, *Vivir y pensar la política en una Monarquía plural. Tomás Cerdán de Tallada*, Universitat de Valencia, 2009, especialmente pp. 152 y ss.

51 *Arte real para el buen gobierno...*, Toledo, 1623 (Tabla de los aforismos y reglas..., 81). De modo más extenso se ocupa en fs. 163–171. Ya con anterioridad había expuesto esta idea en su libro *Speculum practicarum et variarum quaestionum opinionum communium contra communes* (1599), del cual se ocupa ALEJANDRO GUZMÁN BRITO en “La decisión de controversias jurisprudenciales como una de las operaciones codificadoras en el pensamiento de Andrés Bello” que corresponde a la serie de estudios sobre la historia de la fijación del derecho civil en Chile, durante la República. Publicado en *Actas del Congreso Internacional ‘Andrés Bello y el Derecho’*, Santiago de Chile, 1982, pp. 217–218.

tación de las mismas.⁵² Otro escritor, Juan Sancho Ponce de León – probablemente del mismo siglo – proponía reunir en un cuerpo la ley acompañada de la glosa más significativa.⁵³

Este conjunto representativo de aspiraciones reformistas – la mayoría de principios del XVII – apuntaba pues a un considerable cambio de la jurisprudencia, adoptando como punto de partida de la reforma a la doctrina de los autores. Adviértase que Cerdán quería volver a implantar una “ley de citas”. Deza, a su vez, incorporaba las doctrinas a un cuerpo de leyes y sólo desde ese momento quedaría vedada toda labor de interpretación. Ponce de León también incorporaba la labor doctrinal a un futuro cuerpo legal. Ninguno pues prescindía de esta fuente del derecho, ninguno de ellos estaba dispuesto a echar al fuego dichos libros. Era una nueva prueba de su posición directiva en el Derecho. Las propuestas de estos juristas reformadores no tuvieron inmediata acogida aunque eran un anticipo del despliegue que observaremos siglo y medio después.

Según se puede apreciar, en el movimiento crítico que hemos esbozado, tanto entre profanos como entre letrados, aparecían también a la cabeza dos fuentes principales: leyes y autores. Por lo general, la inclinación era favorable a la primera de ellas. Se estaba incubando el clima dieciochesco.

IV. Siglo XVIII: virulencia de la crítica y subsistencia de opiniones y autores

En el siglo XVIII – sobre todo en la segunda mitad – se agudizó el movimiento crítico que acabamos de observar en las centurias precedentes. Con mayor nitidez el ataque se dirigió contra la jurisprudencia casuista dominante, siendo blancos preferidos la doctrina de los autores y el arbitrio de los jueces. Aunque aquel movimiento era vasto, compuesto de diversas líneas y expuesto en tonos diferentes, todos convergían en desterrar del orden jurídico a nuestra fuente de derecho.

52 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El ‘Juicio de las leyes civiles’ de Lope de Deza. Una obra crítica y reformadora en tiempos de Felipe III”, en *RHD*, núm. 13, 1985, pp. 509–518.

53 SÁNCHEZ BELLA, “Los comentarios...”, cit., pp. 430–431.

1. Una ideología antijurisprudencial

A la cabeza de esta tendencia encontramos lo que se ha denominado “ideología antijurisprudencial”, propia del pensamiento ilustrado y revolucionario, en la cual se percibe un subido matiz político.⁵⁴ La doctrina de los autores era considerada como uno de los baluartes que había permitido a los juristas monopolizar el conocimiento del Derecho y la administración de justicia, asegurándose de este modo un enorme poder social y económico. Para modificar tal estado de cosas, se postulaba la elaboración de cuerpos legales, comprensivos y claros que, dando certeza al Derecho, liberasen a la sociedad de la opresión de los juristas. De tal modo se suplantaba un ordenamiento controvertido y oscuro, dominado por la doctrina de los autores y manipulado por el arbitrio de los jueces. Autores y jueces debían quedar separados de la creación jurídica y sometidos a la ley. Aquellos en la labor de comentario, éstos en su estricta aplicación. Esta idea quedó plasmada ya en el primer esfuerzo codificador en sentido estricto, el Código de Prusia de 1794, donde se estableció que en los pronunciamientos judiciales no se haría mérito de las opiniones de los jurisconsultos ni de las decisiones anteriores. También tiene sustancioso precedente en el mundo hispano del último tercio del siglo. En 1772, al darse las Ordenanzas Militares, se estableció que no se pudiesen interpretar, debiendo observarse literalmente. Al año siguiente, el Consejo de Indias consideraba que el comento de las leyes reales indianas era inútil y perjudicial, dictamen que llevó al Real Decreto de 9 de mayo de 1776 que dispuso que “nunca se permita la glosa o comento de ellas”.⁵⁵ Este mismo criterio prohibitivo se reiteró al sancionarse en 1792 el Nuevo Código.⁵⁶

Acudamos a algunas páginas de escritores – juristas o no – que, bajo formas literarias grandilocuentes, difundieron por Europa y América la idea que sustancialmente acabo de enunciar. Así empezaba Cesare Beccaria su

54 Un panorama europeo, con particular énfasis en Italia, véase en ADRIANO CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979, t. I, pp. 307 y ss. También GUIDO FASSÓ, *Historia de la Filosofía del Derecho*, edición española, Madrid, 1979, t. II, pp. 251 y ss.

55 SÁNCHEZ BELLA, “Los comentarios...”, cit., pp. 430–431.

56 Véase ANTONIO MURO OREJÓN, *Estudio general del Nuevo Código de las leyes de Indias*, pp. 43–45 (publicado en el Homenaje al Dr. Muro Orejón, vol. II, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979).

libro *De los delitos y de las penas*: “Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, que un príncipe reinante en Constantinopla ha doce siglos hizo recopilar, entremezcladas luego con los ritos longobardos y envueltas en farrosinos volúmenes de intérpretes privados y oscuros, forman aquella tradición de opiniones que en gran parte de Europa lleva todavía el nombre de leyes. Y es cosa tan funesta como corriente en nuestros días, que una opinión de Carpzovio, un uso antiguo señalado por Claro o un tormento sugerido con iracunda complacencia por Farinaccio, sean las leyes a las cuales obedecen con seguridad quienes al regir la vida y la fortuna de los hombres debieran temblar”.⁵⁷ Párrafo conocido y ampliamente difundido entonces, en el cual el recordado Marqués enjuiciaba a la jurisprudencia europea de su tiempo. Según se advierte, el centro de la crítica era la autoridad de las opiniones.

En un estilo apocalíptico también, Cayetano Filangieri – otra de las celebridades –, en un juvenil escrito de 1774, nos ofrecía esta aterradora descripción: “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”. Y agregaba: “Nuestros tribunales particularmente han presentado hasta estos días un espectáculo que debían mover a compasión el corazón sensible de un filósofo. Era sin duda cosa vergonzosa en estos siglos ilustrados ver un magistrado inclinar la cabeza al solo nombre de Bartulo, tener por delito oponerse a un párrafo de Ageta, y oír con tanta veneración una sentencia de Claro, como en otro tiempo hubiera podido oír un Espartaco los oráculos de la sacerdotisa de Apolo...”. Y aun continuaba de este modo: “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; por lo que el inmortal Leibniz aconsejaba fuesen quemados todos los farraginosos volúmenes de estos intérpretes”.⁵⁸ Tan denso contenido acusatorio tenía un final bien sorprendente. Era difícil lograr una mejor caricatura de la jurisprudencia que infundiera espanto.

57 Texto según edición crítica bilingüe publicada por Francisco P. Laplaza, Buenos Aires, 1955, p. 173. Esta página no apareció en las primeras ediciones.

58 CAYETANO FILANGIERI, *Reflexiones políticas sobre la ley de Fernando IV, Rey de las Dos Sicilias, que tiene por objeto la reforma de la administración de justicia*. Obrita incluida en *Ciencia de la legislación*, t. IV, Madrid, 1813, p. 242.

Estos cuadros dantescos se irradiaban en la sociedad hispana a través de sus escritores, en obras de ficción o ensayo. Así por ejemplo, el conde de Cabarrús asemejaba la jurisprudencia a “una cueva humedecida en sangre, donde cada pasión atormenta y devora a sus víctimas”, prefiriendo “la libertad, los riesgos y los bosques de la naturaleza” antes que la subsistencia de “tan monstruosa tiranía”. Esa jurisprudencia era para él “una mole inmensa e incoherente de teocracia, republicanismo, de despotismo militar, de anarquía feudal, de errores antiguos y de extravagancias modernas; aquella mole de treinta y seis mil leyes, con sus formidables comentadores”.⁵⁹ A su vez, José Cadalso, hablando por boca de uno de sus personajes, decía que a medida que se multiplicaban los autores “se ha ido oscureciendo la justicia”. Y agregaba: “A este caso, tan peligroso me parece cada nuevo escritor de leyes como el infractor de ellas: tanto delito es comentarlas como quebrantarlas. Comentario, glosas, interpretaciones, notas, etc., suelen ser otros tantos ardidés de la guerra forense. Si por mi fuera, se debiera prohibir toda obra nueva sobre esta materia por el mismo hecho”.⁶⁰

La fuerza literaria de estas descripciones y la nombradía de sus autores hacen innecesario recurrir a otros testimonios para apreciar la profundidad y extensión de la crítica dirigida contra la opinión de los autores y contra el arbitrio de los jueces. Unos y otros debían quedar – como he dicho – sometidos al poder supremo de las leyes. Los autores aparecían como corruptores de las leyes. Como decía el político Macanaz “tenemos muchas leyes, muy justas, arregladas y santas; pero para cada una hay veinte autores, interpretándolas cada una de diferente manera”.⁶¹ Otra pluma, desde Lima, consideraba también que los autores ofendían “lo que literalmente con sabio prudentísimo acuerdo, está determinado y establecido” en las leyes.⁶²

El mundo de las imágenes acudía también en apoyo de estas descripciones literarias, que luego los juristas recogían complacientes. La figura del “labe-

59 CONDE DE CABARRÚS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, Vitoria, 1808. Edición consultada, Madrid, 1933, pp. 81 y 95–96.

60 *Cartas marruecas* (1789), carta VIII, Edición Austral, Buenos Aires, 1952, pp. 30–31.

61 MELCHOR DE MACANAZ, “Auxilios para bien gobernar una monarquía católica...”, en A. VALLADARES DE SOTOMAYOR, *Semanario erudito*, Madrid, 1787, t. V, pp. 236–237.

62 FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ DE LAMAS, *Código Hispánico, Católico, Fernandino* (1758), Mss. s/ p. (Archivo General de Indias, Indiferente General, 1650).

rinto” era una de las tantas para representar a esa jurisprudencia oscura, confusa. Fue acaso una de las que tuvo más eco. Los autores – se suponía – habían creado ese laberinto para que en su interior se perdiese quien estaba adentro, o no pudiese penetrar quien estaba afuera, según fuese la preferencia de cada escritor. No faltaba empero quien, discrepando con esa difundida imagen, estimaba que eran precisamente los doctores quienes auxiliaban a salir del laberinto de una cuestión intrincada.⁶³

No estaba ausente en este haz de argumentos con que se atacaba a la doctrina de los autores, la contribución de la utopía, tan del gusto de los hombres de la época. Así un escritor recogía un cuento según el cual un Rey del Congo tuvo una actitud bien aleccionadora. Al recibir como obsequio del rey Don Manuel de Portugal “varios libros de Derecho y de sus Doctores” le respondió que estimaba el regalo “pero quemó los libros y remitió los D.D. con la respuesta, que no harían otra cosa, que revolver los sesos de sus vasallos, que vivían en paz con el dictamen solo de la razón y buen sentido”.⁶⁴

2. Otras expresiones y matices de la crítica antijurisprudencial

Sin desdeñar la acción demoledora de estos destellos literarios, es conveniente que reparemos en otras expresiones de esta crítica antijurisprudencial. Expresiones menos espectaculares pero acaso tanto o más efectivas en la destrucción del reinado de opiniones y autores. Expresiones que en algunos casos precedieron a aquellas que hemos conocido en páginas anteriores. Una persistente prédica, que enaltecía el argumento de razón sobre el de autoridad, que exaltaba a las leyes reales sobre los autores, que postulaba el ideal de un código sistemático, marcaba la huella de un cambio profundo. La crítica racional a la multitud de opiniones e intérpretes se matizaba a veces con el reconocimiento hacia su labor y con la propuesta de incorporar sus doctrinas al proyectado código. No dejaba de estar presente una línea sutil que, separando los autores hispanos de los de Derecho común, excluía a aquéllos de la condena. Acudamos a verificar, desde distintos ángulos y utilizando algunas muestras escogidas, la fuerza y diversidad de estas expre-

63 JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “Maziel, jurista del setecientos”, en *RHD*, núm. 16, 1988, p. 189.

64 D.A. Sz y Stº, *Discursos crítico políticos sobre varias materias de Estado y Gobierno* (1775), mss. En *Miscelánea de Ayala*, t. XXXIII, fs. 301 (Biblioteca de Palacio, Madrid, núm. 2846 bis).

siones que convergían en el embate final contra la doctrina de los autores. He elegido para ello dos obras representativas de esta postura, que alcanzaron buena difusión en el ámbito hispano: el ensayo *Defectos de la jurisprudencia* del italiano Ludovico Antonio Muratori, publicado en 1742; y los *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes* del español Juan Francisco de Castro, editado en 1765. El libro de Muratori fue traducido al castellano en 1794.⁶⁵

Para Muratori la multitud de opiniones y disputas era el mayor mal que afectaba a la jurisprudencia, dando lugar a que los jueces hiciesen valer su arbitrio. Consideraba que la medicina y la teología moral estaban igualmente embrolladas con innumerables opiniones, pero allí no era posible o deseable el cambio, que si se debía hacer en el Derecho. Para ello era preciso 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”.⁶⁶ Su propuesta concreta consistía en formar un código – que tuviese fuerza de ley – en donde se reuniesen las opiniones comunes que se hallasen en práctica en cada país, desterrando así la multiplicación de dictámenes y disputas. La idea vertebral de la obra descansaba sobre los mismos postulados sustentados por la ideología antijurisprudencial en franco avance: exaltación de la ley, recelo ante el arbitrio judicial y eliminación de la controversia de opiniones. Pero había en Muratori un ingrediente central que daba un sesgo algo diferente a su propuesta: la estimación sustancial de las opiniones comunes, cuyo valor era rescatado y preservado a través de un código, aun a costa de convertirlas en fósiles. La propuesta en este sentido no era nueva para el mundo hispano...

En la obra crítica de Castro – que he tenido oportunidad de examinar con más detención en otra ocasión⁶⁷ – se encuentran junto a ciertos párrafos de estilo inflamado contra opiniones y autores, otras páginas y juicios de mayor ponderación en los cuales se reconocía el mérito y la utilidad de los intér-

65 Utilizo esta edición: LUIS ANTONIO MURATORI, *Defectos de la jurisprudencia*, Madrid, 1794. Hay interesantes aplicaciones del texto a la situación española a cargo del traductor Vicente María de Tercilla.

66 Ídem, pp. 11–13 y 263–264.

67 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: los ‘Discursos críticos’ de Juan Francisco Castro”, en *REHJ*, V, 1980, pp. 385 y ss.

pretes. Así, desde su óptica, veía indecisiones, mutabilidades y contradicciones en el ámbito de las opiniones que exasperaban su temple racional. Ello lo llevaba a contemplar la jurisprudencia como “un campo sombrío, en que no hay amenidad alguna, cubierto todo de rudas espinas, sin conceder entrada sino a quien con hacha y azadón en la mano, con mucho sudor, pena y fatiga se franquea el camino...”. Pero también reconocía que a la ley le era necesaria “una prudente interpretación” y que en las obras de esos autores siempre se encontrarán “ricos materiales para la fábrica del nuevo y luminoso edificio que deseamos”; que era un metódico cuerpo de derecho legal. A la hora de alcanzar ese objetivo “será tiempo de despedir nuestros trabajosos conductores” e impedir que “algún particular se atreva a escribir sus pensamientos y opiniones sobre las leyes”.

Cuestión decisiva para nuestro tema es la permanente fricción – en la teoría y en la práctica – que puede advertirse entre los argumentos de razón y de autoridad. El enfoque teórico venía ya dando prioridad al primero pero en la práctica la fuerza del segundo era imbatible. Piquer, al promediar la centuria, mostraba su asombro ante el poco uso de la razón que hacían médicos y letrados, cuando para “probar un asunto citan doscientos Autores hacinados, y lo suelen hacer para confirmar una verdad notoria de las que llamamos de *Pero Grullo*...”.⁶⁸ Otro escritor encarecía la necesidad de hacer una prudente crítica de las opiniones para evitar su insustancial crecimiento. No basta – agregaba – que un moralista exprese cuántos autores la apoyan sino que “debe buscar y saber, en que se funda la opinión y si flaquea o no su fundamento” y además determinar si subsiste o no la razón grave que le dio sustento.⁶⁹ Por fin, un jurista, al recoger los frutos de la nueva postura que se iba imponiendo, estampaba esta aseveración: “La razón siempre persuade, por más que muchos contradigan: la autoridad puesta en duda, no puede inclinar el juicio”.⁷⁰

Otra cuestión determinante que es preciso al menos esbozar, es el enfrentamiento que se produjo entonces entre Leyes y Autores, aquéllos dos modos de creación del derecho tan repetidamente tratados en páginas anteriores. La

68 ANDRÉS PIQUER, *Lógica moderna...*, Valencia, 1747, p. 110.

69 ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ, *Nuevo aspecto de teología médica moral y ambos derechos...*, Zaragoza, 1742, t. I, pp. 12–14 y 25–26, y prólogo.

70 PABLO MORA Y JARABA, *Tratado crítico, Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos...*, Madrid, 1748, p. 28.

exaltación de las leyes reales en detrimento de los autores nos lleva a escoger la figura de un interesante jurista valenciano, con actuación en los años centrales de la centuria: Joseph Berni. Fue uno de quienes defendió con más vigor esas ideas y nada mejor que extraer algunas muestras representativas de su pensamiento. Ya en una obrita de 1738 sostenía que “procede mal el Abogado que sólo se funda en la común de los autores, sin contar con las leyes del Reino”. Sólo se debía dar crédito a los autores apreciando sus doctrinas “cuando fielmente correspondan a las Leyes que citan”. Desalentaba a los abogados a gastar mucho en libros de doctrina, sosteniendo 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”. Como si después de sus afirmaciones y de esta alegoría pudiese quedar aún alguna duda, Berni afirmaba poco más adelante que por más que todos los autores “digan ser blanco, si la ley Real dice ser negro, a ella debemos estar”. En su propósito de desacreditar a los doctores, Berni dedicaba un extenso capítulo a demostrar la falsedad de algunas citas de autores modernos para que los abogados no se fiasen de ellos.⁷¹ En otra de sus difundidas obras, Berni recomendaba al lector que huyera del “laberinto de los autores y se acogiera al estudio de las leyes reales ya que “ellas te sacarán de todo”. Pero páginas más adelante se veía obligado a reconocer que, aunque no fuese conforme a las leyes de España, en la práctica se acudía a las romanas y a los autores.⁷²

Me parece elocuente este ejemplo por la nitidez con que definía la cuestión Las Leyes reales eran presentadas como ordenadas y abarcadoras. Las opiniones, además de inciertas, eran innecesarias. Sólo merecían aprecio cuando estaban conformes a la ley. La resolución de ésta era decisiva. El ejemplo no deja tampoco de tener interés si se le mira teniendo en cuenta la difusión que alcanzaron las distintas obras de Berni en los niveles docente y práctico. Finalmente, no puede dejarse de subrayar la confesión final, patente testimonio de la realidad.

El desequilibrio entre Leyes y Autores, que planteaba esta dura crítica lo encontramos reflejado ya en obras de la época. Veamos sólo algunos ejem-

71 JOSEPH BERNI, *El abogado instruido en la práctica civil de España* (1738), edición consultada, Valencia, 1763, pp. 28–31 y 37 y ss.

72 JOSEPH BERNI, *Instituta civil y real...*, 3ª impresión, Valencia, 1775, prólogo, y pp. 7–9.

plos de los muchos que podrían cosecharse. Rivadeneyra y Barrientos, en su libro sobre el Patronato, decía al lector que había reducido la cita a “muy pocos Autores” y que, en cambio, había procurado “siempre confirmarte la doctrina, que se te da con la ley de Indias, y tras ella el Texto Canónico, la Bula Pontificia, o la Decisión Conciliar, que son las reglas, que te deben dejar más satisfecho que todas las opiniones”.⁷³ A su vez, bajo la idea de que habían de observarse puntualmente las leyes, el autor de la obra *Década legal* consideraba que los jurisconsultos merecían aprecio “por su conformidad a la Legislación y por su diligencia en ilustrarla”, quitándole toda autoridad propia.⁷⁴ En fin, en un *Discurso sobre la observancia de las leyes del Reino* se puntualizaba la necesidad de que tanto en las aulas como en los tribunales se prestase más atención a dichas leyes y no se dejase todo en manos de los autores.⁷⁵ Esta misma tendencia parece percibirse en la mayor parte de los juristas que escribieron glosas o comentarios a la Recopilación de 1680.

Por último, cabe abordar una nueva cuestión que se planteó a todo lo largo de la centuria, que requiere tratamiento separado y de la cual sólo anticiparé alguna idea, acompañada de unos pocos testimonios. Dentro de este combate que se libraba implacablemente contra la doctrina de los autores en general, se puede apreciar que en determinadas ocasiones surgía un distinguo entre los autores hispanos y los del Derecho común. El ataque era especialmente dirigido contra estos últimos y particularmente contra los cultivadores del Derecho civil, formando parte de una extendida crítica política que discriminaba entre Derecho romano y Derecho real.⁷⁶ Ambas cuestiones aparecían a veces superpuestas. Algunos ejemplos pueden ser ilustrativos.

Empecemos con el muchas veces citado auto acordado de 1713 del Consejo de Castilla. La medida carecía de alcance indiano pero, a los fines que nos proponemos, resulta elocuente. Se establecía en dicho auto que en con-

73 ANTONIO JOAQUÍN DE RIVADENEYRA Y BARRIENTOS, *Manual compendio de el Regio Patronato Indiano*, Madrid, 1755, Prólogo.

74 RAMÓN CORTINES Y ANDRADE, *Década legal...*, Madrid, 1786, pp. 102–103.

75 Escrito anónimo, fechado en Madrid, 31 de enero de 1788, Mss. en Miscelánea de Ayala, t. XXXIX, fs. 222 y ss. (Biblioteca de Palacio, Madrid, núm. 2852).

76 Véase sobre esta cuestión, RIAZA, *El derecho romano y el derecho nacional*, cit.; PESET REIG, “Derecho romano y derecho real”, cit.; y ABELARDO LEVAGGI, “Derecho indiano y Derecho romano en el siglo XVIII”, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, t. VI, Quito, 1980, pp. 269–309.

travención del orden legal existente “se sustancian y determinan muchos pleitos en los tribunales de estos reinos valiéndose para ello de doctrinas de libros y autores extranjeros, siendo mucho el daño que se experimenta de ver despreciada la doctrina de nuestros propios autores, que con larga experiencia explicaron, interpretaron y glosaron las referidas Leyes, Ordenanzas, Fueros, usos y costumbres de estos reinos”. También admitía que estaba difundido el criterio de dejar de lado ciertas leyes del reino y conceder mayor estimación a las civiles y canónicas. El Consejo finalmente encargaba a los tribunales del reino “observar las leyes patrias con la mayor exactitud”.⁷⁷ Si nos atenemos exclusivamente a esta indicación final se percibe en este auto castellano una nítida preferencia legal, pero si examinamos el texto completo encontramos que el ataque principal estaba dirigido contra el Derecho común y contra sus autores. En efecto, no sólo hacía una clara defensa – y hasta elogio – de “nuestros propios autores”, sino que en su texto invocaba glosas de Villadiego y de Gregorio López en un alarde que contribuía a acentuar aún más ese distingo. Lo que prevalecía en este auto era la defensa del ordenamiento propio y de las regalías del rey, y en ello agrupaba a leyes y autores. Antes que condenar, o recomendar la exclusión, de la doctrina castellana, se la mencionaba elogiosamente en un implícito consejo a seguirla.

Mora y Jaraba, en su conocido planteo crítico, atribuía toda la contrariedad de dictámenes a la confusión del Derecho civil, mientras que – decía – era muy pocas las opiniones contrarias de los autores en el Derecho real.⁷⁸ Más allá de la certeza del juicio, con esta afirmación se procuraba eximir de la generalizada condena a los autores hispanos. En esta misma dirección cabe volver a Berni, cuya censura a los doctores tampoco se extendía a los españoles. Valga recordar que este jurista editó las Partidas, despojada de la glosa romanista de Gregorio López, con sólo menciones de autores españoles, a quienes consideraba que podía acudir en última instancia para la inteligencia de las leyes.⁷⁹

Esta tendencia no alcanzó a desplazar a los doctores más famosos. Fernández de Mesa reconocía en 1747 que se juzgaba más “por las glosas, por

77 Autos acordados, Madrid, 1772, II, I, 1.

78 MORA Y JARABA, *Tratado...*, cit., p. 206.

79 *Apuntamientos sobre las leyes de Partida*, Valencia, 1759, t. I, p. 9.

Bartulo y Baldo, y los autores que a ellos siguen” que por otros más modernos”.⁸⁰ Como es sabido el Derecho romano mantuvo su vigorosa presencia entre los juristas. Pero posiblemente la distinción apuntada contribuyó a realzar la autoridad de algunas obras jurisprudenciales castellano-indianas. Es una hipótesis que merecería ser examinada con alguna distinción.

3. Los autores en la actividad de abogados y jueces

Bien podría creerse, por el tono de ciertas censuras o por la insinuación racional emergente de otros escritos, que los juristas abandonaron prontamente la estimación e invocación de las opiniones y de las obras jurisprudenciales. Pero no fue así, Pese al caudal de expresiones condenatorias, la doctrina de los autores subsistió ariosamente, tanto en la didáctica jurídica como en la actividad profesional y en el modo de juzgar. Prescindir de la misma era crear un enorme vacío, imposible de cubrir de otra manera, en la vida de esa jurisprudencia casuista en proceso de transformación. Constatemos cuál era la situación.

La presencia en abundancia de esas obras de jurisprudencia en las bibliotecas de los letrados de la época y las reediciones de las principales apoyan, sin duda, esa apuntada subsistencia. A propósito de las nuevas impresiones que en la década del setenta se hicieron, entre otros, de libros de Solórzano – *Política Indiana* y *De Indiarum Iure* –, de la *Política* de Castillo de Bobadilla o de la *Curia Filipica* de Hevia Bolaños ¿puede pensarse que se hacían para satisfacer la erudición histórica o por curiosidad literaria?

No faltaban quienes estimaban la función que cumplían los autores, aun dentro de un clima adverso a su labor. El oidor Simón de Anda y Salazar decía en 1756 que “los escritores son las abejas de la república: ellos velan, para que los demás duerman: trabajan para que los otros coman el pan sin trabajo.” Bajo esta introducción dispensaba su elogio a un comentarista de las leyes indianas que había logrado – según él – “compilar en breve volumen, leyes, jurisprudencia y doctrina por lo infinito dispersas”.⁸¹

80 TOMÁS MANUEL FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica y legal de conocer las fuerzas y uso de los derechos nacional y romano en España...*(1747), edición utilizada, Madrid, 1802, p. 245.

81 CARLOS DE ALURRALDE, *Los ‘Comentarios a la Recopilación de Indias’ del licenciado Juan del Corral Calvo de la Torre*, Buenos Aires, 1951, p. 51.

En la formación de los letrados se manifestaban las nuevas tendencias que exaltaban el Derecho real en detrimento del común y se inclinaban por una instrucción sistemática. Pero los autores no desaparecían... Ello provocaba que Juan Pablo Forner, en el último tercio del siglo, se quejara porque el estudio se hacía no en “las leyes puras y bien meditadas” sino “en la indigestión portentosa de una infinidad de volúmenes farraginosos”.⁸²

Aún más interesantes son otros dos testimonios, de raíz reformista, que mantenían dentro de la instrucción jurídica a los autores, aunque esta vez con preferencia hacia los “regnícolas”. Uno es el “Curso Hispánico Regio Legal”, proyectado por Juan Antonio Llorente en 1785. El estímulo reformador y la orientación sistemática le llevaron a dar a las leyes reales el lugar principal, sin desdeñar la utilización de los autores regnícolas en aquellos puntos no decididos por el legislador. Para esto precisamente estimaba necesario preparar a los estudiantes en el ejercicio escolar de la disputa. Aunque Llorente se proponía omitir las cuantiosas citas de doctores y de atender más a la razón que a la autoridad, no excluía de su consideración a la fuente jurídica que estamos examinando.⁸³

Bien vale detenerse en otro testimonio de los últimos años de la centuria. Se trata de los Estatutos dados para la cátedra de Derecho Real de la Universidad de Caracas. Bajo la luz de las nuevas ideas y sin la traba de una tradición universitaria que impidiera la irrupción reformista, se establecían algunas disposiciones dignas de atención para la cuestión que venimos considerando. Al tratar del establecimiento material del aula, se disponía que en la misma debían tenerse “los volúmenes de las Leyes, Ordenanzas e Instrucciones y los Autores que sean precisos para la práctica...”. Según se observa, en pleno despliegue de una concepción legal del derecho, otra vez aparecían hermanados Leyes y Autores, aunque posiblemente se acentuase la exclusión del Derecho común. Así parecía cuando el Estatuto se ocupaba de la prueba de oposición a la cátedra. Los puntos debían escogerse de la legislación de Castilla e Indias y el opositor debía esforzarse en “combinar en su Disertación no sólo las leyes del Reino, Partidas, Fuero Real, Ordenamiento, Toro y Estilo; sino las de los Romanos, las del Derecho Canónico, Concilios,

82 “Plan para formar unas buenas instituciones de derecho español”, en *Obras...*, Madrid, 1844, p. 362.

83 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El ‘Curso Hispánico Regio Legal’ de Juan Antonio Llorente”, en *RHD*, núm. 12, 1984, pp. 455–456.

decisiones de los Padres, Reales Ordenes, Cédulas y disposiciones municipales, explicando en lo que se hallen conformes, o no, y exornándola con aquellos de la historia que vengan al intento, y con las doctrinas de los Maestros Regnicolas que tienen séquito entre los Tribunales para que de sus luces se aprovechen los estudiantes, que deben en realidad ser todo el asunto y objeto de estas operaciones.”⁸⁴

Se percibe en ambos ejemplos un crecimiento del criterio legalista que intentaba reducir – sobre todo en el último – la doctrina de los autores a un papel más decorativo que decisivo. También se advierte una clara preferencia por los “maestros regnicolas” en contraposición a los doctores del Derecho común. Pero cualquiera sea esa limitación, la criticada doctrina parecía mantener cierto lugar, aun en mentes reformistas, cuando se trataba de la formación de los letrados en las aulas.

También la continuidad de los autores se manifestaba en el ejercicio profesional del abogado. Era, sin duda, una cuestión conflictiva que arrancaba ya, por lo menos, de aquel auto acordado castellano de 1713. Dicha cuestión presenta una doble faz. Se podía declamar contra la doctrina de los autores, pero a la hora de establecer la apreciación justa, no se podía prescindir de la misma. Así vemos al marqués de Bajamar, gobernador del Consejo de Indias a fines del XVIII y principios del XIX, despacharse contra el cúmulo de autores y obras en sus discursos de 1795 y 1801 y sostener la fidelidad a la ley “bien entendida y meditada, sin sujetarla al imperio de la opinión, ni a la inteligencia y sentido que hayan querido darla los glosadores y comentaristas”. Era preciso – afirmaba – “descartar de los Tribunales el tropel de opiniones que tanto embarazan para el acierto de la administración de justicia.”⁸⁵ Pero en otro discurso intermedio – en 1799 – este alto magistrado decía que era obligación de los abogados que actuaban ante la Sala de Justicia del Consejo de Indias “exponer y hacer manifiesto el derecho que asista a sus clientes, fundándolo principalmente en las leyes del Reyno y en el dictamen de los autores de mejor nota, cuando el texto de la ley exija mayor

84 La copia utilizada en Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares, t. 120, fs. 159–178.

85 MARQUÉS DE BAJAMAR, *Discurso exhortatorio...*, 1795, pp. 24–25; y del mismo, *Dos discursos exhortatorios*, Madrid, 1802, p. 46.

claridad y extensión al caso del día.”⁸⁶ No tienen desperdicio estas palabras: desde tan alto estrado se proclamaba a la doctrina de los autores como instrumento necesario para aclarar la ley y aplicarla al caso suscitado. Ello ocurría cuando soplaban fuertes vientos legalistas y arreciaban las críticas contra las opiniones. No puede empero dejarse de anotar que las leyes del reino presidían en soledad el ordenamiento, aunque la inmediata compañía de los autores revelaba que su concurso era indispensable pese a las constantes diatribas que recibía, hasta del propio autor de la reflexión en otras ocasiones.

Esta misma dualidad puede apreciarse en Juan Francisco de Castro, conocido crítico del orden jurídico existente. Precisamente su censura hacia los autores era uno de los móviles de sus *Discursos críticos*, que hemos examinado anteriormente. Se quejaba Castro de que cada intérprete se hubiese constituido en “un pequeño legislador con autoridad semejante a la de la ley” y reconocía que “apenas se decide (algún caso) en la práctica sin el recurso a los doctores”. Apartarse de la doctrina común era apartarse de la ley misma y decidir contra ella era como decidir contra la ley.⁸⁷

El testimonio insospechado de Castro se confirma apenas nos acercamos a la praxis. Aunque las indagaciones realizadas hasta ahora no permiten extraer resultados definitivos, hay indicios vehementes que permiten señalar que la invocación de opiniones y autores en los escritos judiciales y en otros documentos de gobierno y justicia – alegada con fuerza vinculante – era moneda corriente, pese al auge de la crítica demoledora. Probablemente la intensidad de esas menciones y aun su mismo valor variase según se trataran las diferentes materias jurídicas.

Se recoge la impresión generalizada de que abogados y jueces no concebían el Derecho sin el concurso de ese mundo de las opiniones y acudían a las mismas en su actividad cotidiana. En una demostración patente de lo que aquéllos buscaban por entonces en los libros, el editor de la ya famosa *Curia Filípica* en 1736 ponía énfasis en señalar que había enmendado citas y añaa

86 MARQUÉS DE BAJAMAR, *Discurso exhortatorio...*, 1799, pp. 56–58; Un estudio global y estimación de estos discursos en DAISY RÍPODAS ARDANAZ, “Los ‘Discursos exhortatorios’ del Marqués de Bajamar” en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, Quito, 1980, t. VI, pp. 241–269.

87 JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos*, cit., I, pp. 55–56. PESET destaca en este sentido la obra de Castro (“Derecho romano...”, cit., pp. 287–289).

dido autores y doctrinas, favorables y contrarias a las del autor.⁸⁸ Varias décadas después, Reguera de Valdelomar – enrolado en la corriente crítica y partidario de un Derecho legal – reconocía que los tribunales han admitido y seguido esas opiniones, de tal modo que para actuar ante ellos no era suficiente el conocimiento de las leyes.⁸⁹

Es útil aprovechar los datos proporcionados por algunos estudiosos que, con diferente propósito y en diversas regiones, han indagado en escritos y expedientes judiciales, a fin de comprobar esa presencia de la doctrina de los autores en la instancia de aplicación del derecho. Veamos. La profesora María Luz Alonso, después de examinar una importante colección de 75 alegaciones del jurista novohispano Juan Antonio Torquemada, escritas entre 1723 y 1727 en causas penales defendidas ante la Audiencia de Nueva España, resalta el constante manejo y cita de la doctrina de los autores y del Derecho común para fundar sus argumentos, a causa del amplio vacío que dejaba la legislación penal.⁹⁰ Es singular – pero, sin duda, elocuente – el cómputo de citas practicado por el profesor Peset Reig en una alegación de 1740 en Valencia, relativa a una causa sobre contrabando de seda: 10 citas de clásicos latinos, 9 textos jurídicos españoles, 38 de Códigos y Digesto y nada menos que 167 doctrinarias!⁹¹ Otro estudioso, Javier González Echenique, sostiene que en los informes en derecho presentados ante los tribunales seculares chilenos durante esta centuria se comprueba una abundantísima cita de autores – junto a las leyes reales y aun las romanas –, al punto que en uno de ellos, de 16 fojas de extensión, ha registrado más de sesenta autores distintos.⁹² No precisa, lamentablemente, si se aprecian diferencias en la intensidad de estas invocaciones, según fuese el tipo de causa judicial. A su vez, Roberto I. Peña, buen conocedor de los expedientes matrimoniales

88 J. M. DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración y continuación de la Curia Filipica*, t. I, 1736, p. s/n.

89 *Resumen de la historia cronológica del derecho y leyes de España*, Madrid, 1798, pp. 91–94.

90 “Un jurista indiano: Juan Antonio Torquemada”, en *Justicia, Sociedad y Economía Española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Valladolid, 1983, pp. 205 y ss. Sobre la doctrina de los autores como fuente del derecho penal, se ocupan en general TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal...*, cit., pp. 85 y ss. y ABELARDO LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1978, pp. 20–23.

91 PESET, “Derecho romano y derecho real...”, cit., p. 297. Lo recuerda PETIT, “Derecho común y Derecho castellano...”, cit., p. 186.

92 JAVIER GONZÁLEZ ECHENIQUE, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*, Santiago de Chile, 1954, pp. 197–199.

existentes en los tribunales eclesiásticos de Córdoba de los siglos XVII y XVIII, además de dar testimonio sobre la constante invocación de los canonistas más renombrados – como Reiffenstuel –, detecta la presencia viva de esa doctrina en la interpretación del texto legal, en la formación de la costumbre, en la conveniente apreciación del caso, en el estilo judicial, en los modos de abogar y sentenciar.⁹³

Los estudios de Javier Barrientos Grandón, sobre procesos judiciales en Nueva España permiten ofrecer interesantes conclusiones. Se observa así en dicha praxis – sobre todo verificada en el siglo XVIII – que letrados y jueces argumentaban en sus actuaciones no solo con las leyes sino también con las opiniones de los autores. El caudal doctrinario se hacía ostensible en los alegatos, dictámenes de asesores, vistas de los fiscales, votos consultivos y sentencias de audiencias, prolongándose hasta avanzado el siglo XIX. Se destacan el alcance y frecuencia de estas citas de autores en los procesos eclesiásticos. En el orden civil, en el siglo XVIII se percibe una tendencia creciente a la invocación de autores regnícolas.⁹⁴

En cambio, María Isabel Seoane, al examinar los escritos de los procuradores de la ciudad de Buenos Aires ante el Cabildo, encuentra que la doctrina de los autores era citada de modo mucho menos frecuente en relación a las leyes y costumbres.⁹⁵ Esto mismo lo he observado en general en las actas de los cabildos de Buenos Aires, Montevideo, Luján y Santiago del Estero. En la documentación capitular, Castillo de Bobadilla y Solórzano están entre los autores más mencionados.

Un testimonio singular permite constatar cómo preparaba sus sentencias un alto magistrado indiano a fines del siglo XVIII. Mariluz Urquijo, en un inteligente buceo en los papeles del Regente de la Audiencia de Buenos Aires, don Benito de la Mata Linares, ha encontrado y valorizado unas anotaciones de este magistrado vinculadas a la resolución de los pleitos que tenía a su consideración. En dichos apuntes, no sólo los autores aparecen

93 PEÑA, “Fuentes del Derecho Indiano...”, cit., p. 111.

94 JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *La cultura jurídica en la Nueva España*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, pp. 240 y ss.

95 MARÍA ISABEL SEOANE, “El procurador general de la ciudad”, en *RHD*, núm. 12, p. 250; y de la misma autora, “Las fuentes jurídicas de los memoriales de los síndicos procuradores de Buenos Aires”, en *Revista Chilena de la Historia del Derecho*, núm. 11, Santiago, 1985, pp. 373–375.

junto a las leyes en constante invocación sino incluso a veces las leyes eran conocidas y citadas a través de dichos autores.⁹⁶ Entre éstos hay una clara preeminencia de los hispanos, lo que confirmaría una tendencia de abandono de los doctores del Derecho común, aunque no de la doctrina como fuente directa. El interés de este dato crece cuando consideramos que Mata Linares era un típico juez de la Ilustración y que al cesar como Regente en Buenos Aires pasó a desempeñarse como ministro en el Consejo de Indias. Análoga disposición para apoyarse en la doctrina puede apreciarse en los dictámenes de los fiscales de la misma Audiencia bonaerense de esa época.⁹⁷

4. Hacia una creación jurídica sin opiniones ni autores

Cabe preguntarse hasta cuándo la doctrina de los autores subsistió con el carácter que hemos apuntado a lo largo de estas páginas. El movimiento crítico estaba destinado, aunque a largo plazo, a producir efectos demoledores. Entre tanto, iba madurando la reforma del Derecho, viejo anhelo según vimos, cuyos primeros frutos se vislumbraron ya a fines del siglo XVIII, al iniciarse el proceso de la codificación. Este fue el momento en que – al menos teóricamente – la doctrina debía dejar de ser fuente directa de nuestro derecho positivo. Y así fue. Pero la codificación no abarcó todas las áreas ni se produjo en todas partes a un mismo tiempo. Valga recordar que un siglo separa el modelo civil francés del alemán. En el mundo hispano el proceso se extendió a lo largo del siglo XIX, con particular despliegue en la segunda mitad.⁹⁸

Hay indicios que permiten suponer que aún durante varias décadas del ochocientos, la doctrina de los autores mantuvo algún lugar destacado en el horizonte del jurista en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho. El dato que nos ofrece Coing, al expresar que dicha doctrina tuvo un lugar eminente entre los legistas de Alemania del siglo XIX, comparable a los del

96 JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares”, en *RHD*, núm. 4, 1976, pp. 141 y ss.

97 Véase ABELARDO LEVAGGI, “El concepto del Derecho según los fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires. 1784–1810”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 11, Santiago, 1985, pp. 257–259.

98 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina. 1810–1870. Mentalidad social e Ideas jurídicas*. Segunda edición revisada, Buenos Aires, 2008; ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX–XX*, Santiago, Chile, 2000.

medieval italiano,⁹⁹ tiene para nosotros valor indicativo, en cuanto refleja la situación en un país europeo sin código. La historiadora mexicana María del Refugio González apunta que ha visto citada dicha doctrina en la mayor parte de los textos y alegatos jurídicos, e incluso en las sentencias en ese país hasta 1871.¹⁰⁰ En el mismo sentido puede añadirse que en los reglamentos de administración de justicia de algunas provincias argentinas, a mediados de la centuria, se preveía que el juez pudiese acudir a la doctrina de los autores a falta de leyes, costumbres u otras fuentes. Dentro de estos indicios que registramos, es interesante agregar que el profesor Alejandro Guzmán detecta esa doctrina en el pensamiento y en la obra codificadora de Andrés Bello, autor del Código civil chileno, uno de los cuerpos más significativos e influyentes en Hispanoamérica.¹⁰¹

Este aspecto debiera ser objeto de una indagación especial, ajena a mi cometido presente. Está comprendido dentro del interesante proceso de transformación del Derecho indiano en los Derechos nacionales de los Estados hispanoamericanos, aun con pocas investigaciones fundamentales. De cualquier modo, he querido avanzar en el tiempo más allá de nuestro límite para añadir un nuevo elemento de comprobación a lo que hemos desenvuelto en este estudio.

V. Los libros con auctoritas, fijadores de la jurisprudencia castellano-indiana

En páginas anteriores he destacado la fuerza vinculante alcanzada por las opiniones y por los libros con *auctoritas*. Cabe ahora hacer una referencia concreta a algunas de esas obras sobresalientes dentro del Derecho castellano-indiano. Dichas obras fijadoras eran indispensables dentro de un ordenamiento donde la doctrina de los autores gozaba de considerable aprecio. No es fácil establecer rangos o categorías en esta cuestión. Es cierto que las obras de conjunto, es decir aquellas que abarcaban una parte importante del ordenamiento aparecían con más ventaja para alcanzar una alta posición, pero también había otras sobre materias concretas que adquirieron igualmente notoriedad y autoridad entre los juristas.

99 COING, “Trois formes...”, cit., p. 538.

100 MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El derecho civil en México...*, cit., p. 127.

101 GUZMÁN BRITO, “La decisión de controversias jurisprudenciales...”, cit., en nota 51.

Me limito ahora a mencionar cuatro obras de tipo general, de naturaleza distinta, que alcanzaron en la esfera indiana una prolongada y eminente presencia: las glosas de Gregorio López a las Partidas (1555), la *Política para corregidores y señores de vasallos* de Gerónimo Castillo de Bobadilla (1597), la *Curia Philipica* de Juan Hevia Bolaños (1603) y la *Política Indiana* de Juan de Solórzano Pereira (1647).¹⁰² Obras jurídicas enmarcadas en el clima creador del “siglo de oro” español, cada una tuvo su particular y rica trayectoria durante varias centurias. De más nítido origen castellano las dos primeras, sin embargo alcanzaron una vigencia americana tan intensa que bien podría hablarse de la “vida indiana” de cada una. Todas tuvieron vasta circulación y sucesivas ediciones en los siglos XVII, XVIII – y aun XIX –, ya en tiempos en que la doctrina de los autores, según vimos, era censurada sin contemplaciones y aparecía en franca declinación. Algunas obras escaparon airosas a los acerados juicios críticos. Cuando Juan Pablo Forner se ensañaba con los escritores juristas en sus *Exequias*, fustigándolos desde diversos ángulos en tono satírico, sólo se salvaban “las dos *Políticas* de los magistrados Bobadilla y Solórzano, únicas obras de jurisprudencia que han merecido entrar en la biblioteca del Parnaso.”¹⁰³

Las obras que destacamos eran epigonales y procedían a fijar la jurisprudencia. Su contenido era amplio, pues hacían acopio de muy diversas fuentes y recibían el apoyo de leyes y costumbres, prácticas judiciales y doctrinas. Esto mismo, más allá de la autoridad que podían alcanzar, determinaba que el jurista las utilizara a la par que los cuerpos legales. Incluso a veces eran preferidas a éstos por reunir una mayor diversidad y número de preceptos jurídicos de todo tipo. No hay que olvidar que el jurista casuista necesitaba apoyos jurídicos para dar solución a la situación concreta planteada y con más frecuencia los encontraba en este tipo de obras que en los mismos cuerpos legales. Este es el sentido que, en mi opinión, despunta en una expresión que leemos en las actas capitulares bonaerenses en 1754. Fue entonces cuando un regidor ante la discusión suscitada acerca de si el paseo

102 RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, al referirse a las fuentes del derecho indiano hasta 1680, afirma que la “doctrina tuvo mucha gravitación en las decisiones gubernativas y judiciales”, acudiéndose para resolver los casos a los libros de Castillo de Bobadilla, Hevia Bolaños y desde mediados del siglo XVIII, Solórzano (“Las fuentes del derecho argentino...”, cit., p. 319).

103 *Exequias de la lengua española*, edición Austral, Buenos Aires, 1952, p. 116. También p. 104.

del real estandarte se había de hacer a pie, en vez de a caballo como era lo habitual, propuso que “se busque la ley, en la de Indias, Curia Philipica o Bobadilla o donde se hallare...”¹⁰⁴ Lo que ese regidor estaba buscando era el respaldo jurídico para la decisión y no necesariamente una ley real, sino una norma de cualquier tipo que diera solución a la cuestión planteada.

Otro testimonio de los mismos años, aunque de diferente nivel, corrobora esta interpretación. Se trata del juicio de Mora y Jaraba, al exigir que los oficiales de las Secretarías del Despacho Universal fuesen letrados. Sostenía dicho escritor que quien no hubiese abierto la Recopilación, ni pudiese entender – aunque los leyese – los libros de Solórzano y Pinelo, ni pueda tampoco penetrar el singular derecho canónico indiano, no estaba en condiciones de entender una consulta o cualquier expediente relativo al gobierno indiano.¹⁰⁵ Es sugestivo que también aquí aparecieran hermanos, como requisito mínimo de aptitud, el conocimiento de leyes y autores, sin los cuales era imposible penetrar en los negocios públicos.

Las obras epigonales constituían un selecto grupo que sobresalía sobre el resto de la literatura jurídica. Se distinguían por la autoridad que les era reconocida. Diversos factores influían en ello: la personalidad del autor, la calidad intrínseca del libro, la oportuna aparición como obra fijadora, etc. A su vez, para su prolongada vigencia en el tiempo contribuían la ausencia de nuevas obras fijadoras, las reediciones anotadas y el mismo crecimiento de la aureola de prestigio que las rodeaba. Sin embargo, el meollo estaba en el acierto con que llenaban la función fijadora de la jurisprudencia que la sociedad reclamaba y con que recogían lo que se estimaba propiamente por derecho vigente. Es lo que en 1736 expresaba el reeditor y anotador de la *Curia Philipica* en estas sencillas palabras: “es una obra apreciada en toda España y mucho más en las Indias, por la facilidad con que toca, y resuelve las cuestiones más difíciles de Derecho y la puntualidad de la más segura sentencia.”¹⁰⁶

104 *Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires*, serie III, t. I, Buenos Aires, 1926, p. 466.

105 PABLO DE MORA Y JARABA, *La ciencia vindicada contra los plumistas y definición de las Secretarías del Despacho Universal* (1747), Mss. En *Miscelánea de Ayala*, t. XIV, f. 312 (Biblioteca de Palacio, Madrid, núm. 2828). *Los secretarios de Estado y del Despacho*, t. IV, 2ª edición, Madrid, 1976, pp. 1167–1186.

106 DOMÍNGUEZ VICENTE, *Ilustración...*, cit., dedicatoria. Sobre el sentido de obras epigonales, véase GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, cit., pp. 33–34.

Quisiera profundizar esta cuestión en cabeza de la obra más específicamente indiana de las citadas en este párrafo. Me refiero, como es natural, a la *Política Indiana*, de Solórzano, cuya penetrante presencia en la creación y aplicación del derecho es bien conocida. Algunos datos, provenientes del siglo XVIII, servirán para apoyar lo que acabamos de exponer.

Escribía Varela de Ureta en 1733 que el Consejo de Indias rendía a Solórzano “una veneración tan ciegameamente profunda, que libra en estas obras, sin arbitrio sus aciertos en la gobernación universal y particular de aquellos Reynos en tanto grado, que es más fácil separarse de la disposición de una ley, que de la autoridad de este Escritor”.¹⁰⁷ En otro pasaje agregaba que los ministros del Consejo, ayunos en materias indianas, se amparaban sólo en la Recopilación y en la mencionada *Política*.

Acudamos a otros testimonios corroborantes. Cuando en 1750 la Universidad de Lima en carta al rey citaba a Solórzano con respecto a la admisión de mestizos, zambos, mulatos y cuarterones en las matrículas y grados, puntualizaba que su autoridad “en cuanto al gobierno de las Indias está reputada por punto menos que las leyes en lo no decidido por ellas...”.¹⁰⁸ Diez años después, era el propio Consejo quien confirmaba esta difundida impresión. En la resolución de una duda planteada por el arzobispo de Lima al rey se contenía esta singular respuesta: “procedereis arregladamente en este y otros semejantes casos que ocurran, conformandoos con la opinión de Dn. Juan de Solórzano en el libro quarto de su *Política Indiana*, capítulo diez y siete, número cuarenta y tres”.¹⁰⁹

La valoración de estos documentos debe hacerse teniendo en cuenta que 1750 y 1760 son fechas tardías para nuestro tema, en las cuales se aprecia ya el avance resuelto de la supremacía legal. El segundo testimonio ofrece un buen ejemplo de adhesión legislativa a la opinión de Solórzano, propiciada por el Fiscal y plasmada por el Consejo. Curiosamente no se adoptaba la doctrina, incorporando su contenido a la disposición legal, sino se mantenía la individualidad de aquélla, con indicación precisa de la cita. Además, la solución no quedaba restringida al caso consultado sino que se extendía a

107 ALONSO VARELA DE URETA, *Discurso político práctico, que propone cuál debe ser la formación del Consejo Real y Supremo de las Indias*, fechado en Cádiz en 1733, pp. 34–35.

108 Carta de 23 de diciembre de 1750 (AGI, Lima, 417).

109 Se trata del borrador de una real cédula de 12 de febrero de 1760, que he consultado en AGI, Lima, 807.

otros semejantes que ocurriesen. Algo más se puede agregar, esta vez en cuanto al fondo del asunto. La duda planteada era acerca de si los regulares podían ser excomulgados por el Diocesano, en los casos que estaban sujetos a la jurisdicción inquisitorial. La cuestión aparecía muy controvertida, aunque la posición de Solórzano era francamente afirmativa. Se trataba de una opinión que, en su argumentación, encontraba apoyos legales, doctrinarios y de decisiones judiciales pero tenía también un sello propio.¹¹⁰ Estamos en presencia de un sustancioso ejemplo de elaboración netamente jurisprudencial.

Volvamos al testimonio de Varela de Ureta. Las palabras que he utilizado de este escritor tienen valor propio para apoyar la presencia de las obras de Solórzano en el Consejo de Indias. Pero conviene advertir que las mismas se encontraban dentro de un texto en el cual se revelaba que los ministros del Consejo carecían de experiencia y conocimiento directo de las Indias. Esto le llevaba a afirmar en otro pasaje: “Por lo mismo que las obras de este gran Ministro son acreedoras a todos los aplausos, que les da el orbe literario, y ellas han sido ciertamente muy convenientes para informar, e instruir a los Ministros, que no han estado, ni servido en las Audiencias y Chancillerías de Indias; debemos confesar que conviene crear otros Solorzanos, que nos den nuevas noticias de todos los parages, pues sólo nos suministra las de Lima, en que siempre se mantuvo...”; siendo preciso tener en cuenta la variación de los lugares y también de los tiempos y de igual modo la existencia de diferente opinión o criterio.¹¹¹ Estas nuevas palabras ofrecen más de un perfil aprovechable. Desde luego, sirven para afirmar nuevamente, si ello fuese todavía necesario, esa autoridad que coronaba la obra de Solórzano hacia el primer siglo de su aparición. Era casi un reinado absoluto. Pero me interesa ahora destacar aquella parte en la que Varela advertía limitaciones en la obra solorciana para que continuase en vigencia, en razón del lugar y el tiempo de donde el autor extrajo sus conocimientos y experiencias. Así también advertía la falta de otros criterios u opiniones que permitiesen completar o contrastar los juicios del gran jurista. De ahí el deseo expresado de que existieran “otros Solorzanos”. Esto nos lleva a observar en el Derecho indiano una

110 Para esto véase los números 44 y siguientes de dicha cita, en donde inclusive el anotador Valenzuela hizo diversos agregados a partir de la edición de 1736.

111 VARELA DE URETA, *Discurso...*, cit., pp. 35-36.

situación probablemente distinta a la que generalmente se denunciaba en el ámbito del Derecho común: la abundancia y contraposición de opiniones. Varela de Ureta se quejaba curiosamente de lo contrario: el reinado exclusivo de un autor y la falta de otras opiniones. ¿Es que en Indias no se daban algunos de esos factores que venían produciendo la declinación y desgaste del “derecho de juristas” en el Viejo Mundo? ¿Esas turbaciones tenían otros grados o matices? Naturalmente queda pendiente también un último interrogante: ¿El clima ideológico del siglo XVIII acaso podía favorecer el surgimiento de émulos de Solórzano?

VI. Consideraciones finales

En vez de cerrar esta exposición con unas conclusiones, cabe declarar abierto el tema a nuevos interrogantes, indagaciones e interpretaciones dentro del amplio y atractivo marco que nos ofrece una Historia del Derecho liberada de las ataduras del legalismo y dispuesta a verificar distintas situaciones de la jurisprudencia a través del tiempo.

Me he limitado a una presentación general del tema. En un primer paso, era necesario ubicar a la doctrina de los autores más allá de los textos legales que la encauzaron, limitaron o desconocieron. Después cabía verificar la invocación y utilización de las opiniones y de las obras jurisprudenciales en la vida jurídica. Esto nos ha llevado a considerar la función directiva alcanzada por los autores en la creación del derecho castellano-indiano de los siglos XVI a XVIII, sin ceñirla a una determinada fuente formal. Sólo así se explica la vigorosa postura crítica que hemos visto consolidada en el siglo XVIII en torno a la denominada “ideología antijurisprudencial”.

Quedan aspectos importantes por explorar. Hay vehementes indicios de que la doctrina de los autores no tuvo presencia y fuerza por igual en todas las ramas y materias jurídicas. ¿Qué factores incidieron en ello y cómo se dio esa distinción? De igual modo, poco sabemos sobre la elaboración de la obra jurisprudencial, su estructura y acerca de la manera en que la utilizaban los juristas.¹¹²

112 En este sentido resultan de interés las páginas que Bravo Lira dedica a la cuestión en su trabajo “La literatura jurídica...”, cit., pp. 253–262.

Esto nos lleva, en fin, a plantear – una vez más – unos interrogantes decisivos para la tarea del historiador: ¿el derecho aplicable en Castilla e Indias era estrictamente el expresado en los distintos órdenes de prelación legal? O, en cambio ¿era un conjunto normativo más amplio, complejo y diverso, en el cual convergían leyes, costumbres, opiniones, autores, prácticas judiciales, ejemplares y otros precedentes, etc.? Aunque ya los antiguos trabajos orientadores de Levene y Altamira daban pie para responder afirmativamente la segunda pregunta, sin embargo hasta ahora ha continuado predominando en nuestra historiografía una visión legalista – expresada en enfoques generales y en la misma labor monográfica – que lleva a suponer una contestación positiva a la primera pregunta y a ignorar la segunda.

La comprensión histórica del Derecho indiano y por consiguiente la orientación de las tareas de investigación en su ámbito, dependen, en buena medida, de la respuesta que demos a aquellos interrogantes. Mis indagaciones sobre las distintas fuentes del derecho me han llevado paulatinamente – y cada vez con mayor firmeza – a responder afirmativamente aquella segunda pregunta. Esto no significa, a mi juicio, que la ley deje de ocupar el más destacado lugar entre dichas fuentes y que, por tanto, el ordenamiento indiano pueda perder su calificación de “derecho legal”. Pero sí estimo que es preciso recortar el sentido de esta expresión, matizándola e incluso diferenciar el sentido con que empleamos hoy, la noción de “legalidad” con relación a la utilización dada en aquella época. De una parte, está demostrada la inserción del fenómeno consuetudinario, que era admitido e invocado en la misma ley, acogido en la obra jurisprudencial e influyente en la praxis. En esta contribución, a su vez, hemos comprobado la constante referencia a Leyes y Autores en muchos documentos para establecer el horizonte intelectual del jurista. Probablemente, otros modos de creación del derecho esperan que sean explorados... De tal modo, si bien se observa un “derecho legal” en franco avance ¿podría desconocerse la presencia de los otros elementos? Y en particular, ¿no es pertinente apuntar la persistencia de un “derecho de juristas” – o al menos de una concepción jurisprudencial del derecho –, aunque ya en inexorable proceso de declinación?

Índice

Prólogo	IX
Introducción: Entre Castilla y las Indias	1
1. Hacia un perfil del jurista	1
2. Salamanca, un modelo de enseñanza	7
3. Los libros del jurista	14
4. La <i>Política Indiana</i> , modelo de obra jurisprudencial	17
5. Experiencia y prudencia en el jurista	19
6. El cambio de escenario	23
I La idea de Derecho en la colonización española en América ...	25
1. La plasticidad del Derecho trasplantado en las Indias	25
2. El Derecho y la Religión	26
3. El Derecho natural y el orden positivo	27
4. La Moral y el Derecho	29
5. El Derecho y la Justicia	30
6. Los juristas	31
II ¿Humanismo Jurídico en el Mundo Hispánico? A propósito de unas reflexiones de Helmut Coing	35
1. La exposición de Coing	35
2. Significado de la propuesta	38
3. Sobre la literatura jurídica hispana	40
III El <i>Gobierno del Perú</i> de Juan de Matienzo. En la senda del humanismo jurídico	45
1. Introducción: el autor y la obra	45
2. Sobre el humanismo jurídico	50
3. Fuentes utilizadas	52
4. El predominio de la lengua castellana	56
5. Realidad, utopía y proyectismo	57
6. Postulados ético-morales	63

7.	La idea de Derecho	64
8.	Epílogo	68
IV	La <i>Víctima Real Legal</i> de Álvarez de Abreu en el pensamiento indiano	71
1.	Introducción... ..	71
2.	El autor y la estructura de la obra	72
3.	Las fuentes ideológicas	76
4.	La especialidad del Derecho Indiano	80
5.	La grandeza de la Monarquía española y el providencialismo político	82
6.	Los títulos de la conquista de Indias	84
7.	La imagen del Rey	87
8.	Significado de algunos vocablos	90
9.	Epílogo	95
V	La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano	97
I.	Aproximación al tema	97
II.	Juristas, sociedad y poder político	101
1.	Opiniones y obras jurisprudenciales, ¿creadoras de Derecho?	101
2.	Opiniones y opiniones comunes. La <i>auctoritas</i> , como sustento	104
3.	El saber de los juristas: peso social e influjo político... ..	108
4.	En torno a las “leyes de citas”... ..	112
III.	Vigencia de los autores en los siglos XVI y XVII. Surgimiento de la crítica	114
1.	Los autores en las aulas y en los tribunales	114
2.	Opiniones y autores bajo la lupa crítica de profanos y letrados	119
IV.	Siglo XVIII: virulencia de la crítica y subsistencia de opiniones y autores	123
1.	Una ideología antijurisprudencial	124
2.	Otras expresiones y matices de la crítica antijurisprudencial	127
3.	Los autores en la actividad de abogados y jueces	133

4.	Hacia una creación jurídica sin opiniones ni autores ...	139
V.	Los libros con auctoritas, fijadores de la jurisprudencia castellano-indiana	140
VI.	Consideraciones finales	145
VI	Entre leyes, glosas y comentarios. El episodio de la Recopilación de Indias	147
1.	Planteamiento del tema	147
2.	Leyes y autores, dos modos principales de establecer el Derecho en el siglo XVII	151
3.	Las leyes entretreídas con los autores: ¿una recopilación con glosas?	152
4.	Las obras jurisprudenciales, una historia paralela	156
5.	Las leyes como “verdadera jurisprudencia”	157
6.	¿Una puja silenciosa?	161
7.	Impulso al modelo legalista	163
8.	Apuntes finales	164
VII	El ejemplar, otro modo de creación jurídica indiana	167
I.	Planteo del tema	167
II.	La noción de <i>ejemplar</i>	168
III.	Su fundamentación jurídica	170
IV.	Utilización del vocablo en la <i>Política Indiana</i>	174
V.	Uso e invocación en el despacho del Gobierno Supremo ...	178
1.	La búsqueda de ejemplares, una tarea burocrática	178
2.	La fuerza jurídica del ejemplar	182
a)	Fundamento de la decisión	182
b)	El temor a su consecuencia	185
3.	Materias en que se invocaba	186
4.	¿Cuántos eran necesarios?	187
VI.	Hacia el desplazamiento del ejemplar	188
VIII	La noción de Justicia en la <i>Política Indiana</i> de Solórzano... ..	193
1.	Unas notas incitativas	193
2.	La justicia en el texto solorciano... ..	194
3.	Virtud social y fin político	195
4.	Justicia distributiva y conmutativa	197
5.	Proceso judicial y decisión final	198

	a) Un proceso ajustado a formas jurídicas	199
	b) Una decisión conforme a Derecho	201
	c) Un sentido más abarcador	203
	6. El enlace entre acepciones	205
IX	La variedad indiana, una clave de la concepción jurídica de Juan de Solórzano	207
	Introducción	207
	I. La variedad, elemento de la realidad	209
	1. Los lugares, las tierras, las provincias	210
	2. Las gentes y las lenguas	212
	3. Los ánimos, las opiniones, las relaciones	213
	4. El tiempo... ..	214
	II. La variedad, sustento de la concepción jurídica	216
	1. La variedad de costumbres... ..	217
	2. El legislador ante la variedad	219
	3. Las audiencias y la variedad local	220
	4. La regla frente a la variedad de los casos	221
X	La disimulación en el Derecho Indiano... ..	223
	1. Planteo del tema	223
	2. Trayectoria histórica y configuración indiana	227
	3. El discurso jurídico de Solórzano	232
	4. Entre textos legales	236
	5. En el mundo literario	239
	6. Cuestiones abiertas	240
XI	El Abogado del Cabildo de Buenos Aires durante el Virreinato	245
	1. Introducción... ..	245
	2. Evolución de la función letrada	249
	3. Denominación y caracterización de la función	258
	4. Forma y tiempo de la designación	259
	5. Atribuciones. Deberes. Honores	260
	6. La retribución	264
	7. Epílogo	266