

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

El Jurista en el Nuevo Mundo

Pensamiento. Doctrina. Mentalidad

VII El ejemplar, otro modo de creación jurídica
indiana | 167–191



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>

VII El ejemplar, otro modo de creación jurídica indiana*

SUMARIO: I. Planteo del tema – II. La noción de *ejemplar* – III. Su fundamentación jurídica – IV. Utilización del vocablo en la *Política Indiana* – V. Uso e invocación en el despacho del Gobierno Supremo – 1. La búsqueda de ejemplares, una tarea burocrática – 2. La fuerza jurídica del ejemplar – a) Fundamento de la decisión – b) El temor a su consecuencia – 3. Materias en que se invocaba – 4. ¿Cuántos eran necesarios? – VI. Hacia el desplazamiento del ejemplar

I. Planteo del tema

El aporte que ofrezco continúa la línea de mis anteriores trabajos sobre las fuentes del Derecho indiano y procura ir mostrando los instrumentos de labor con que operaban los juristas de los siglos centrales de la Edad Moderna, en la fase de consolidación de dicho ordenamiento. La preocupación del jurista aparecía entonces dominada por la solución de los casos concretos y el uso e invocación de las diversas fuentes a su alcance se hacía conforme a la conveniencia de la argumentación y fundamentación, sin pretensión de establecer reglas universales y permanentes ni de plasmar una rígida jerarquía de los modos de creación jurídica que pudiera entorpecer su libre utilización. Necesitaba tener a su alcance la mayor cantidad de elementos jurídicos que apoyasen la solución adecuada al caso.¹ Al ubicar el ejemplar dentro de la mentalidad casuista imperante es preciso evitar cualquier ejercicio dogmático destinado a presentarlo como modo autónomo de creación jurídica.

El ejemplar era uno de los instrumentos que servía al jurista. Frente a la ley, la costumbre y la doctrina de los autores tiene indudablemente menor

* Publicado en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Escuela Libre de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, t. II, pp. 1631–1656.

1 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 17, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1989, pp. 356–357. Se reproduce en este volumen (V).

relieve. A veces se halla infiltrado en el proceso formativo de estas fuentes. Su presencia no es posible separarla siempre de las demás vías de creación y de la argumentación jurídica. De ahí que resulta pretencioso y estéril tratar de elaborar un perfil purificado del mismo.

En mis indagaciones sobre las demás fuentes del Derecho indiano fui tropezando con alguna frecuencia con la voz *ejemplar* pero mis primeros registros no llevaban el propósito de realizar un trabajo específico sobre el tema. Sin embargo, esta labor marginal de recolección de datos me reveló la importancia que encerraba la cuestión, hasta ahora no destacada por los estudiosos del Derecho indiano. Se trata pues de una indagación que no fue planteada y programada desde el principio, con lo cual su ejecución ha quedado limitada a dos sectores concretos de la esfera jurídica: el examen de la obra jurisprudencial más saliente de todas, la *Política Indiana* de Solórzano; y el estudio de los despachos expedidos en el pináculo de la Monarquía, el rey y el Consejo de Indias. Sectores éstos que estimo altamente representativos e influyentes sobre el resto de la vida jurídica, por lo que la reducción del campo de estudio queda en parte compensada por el carácter destacado de esas áreas. Sería de mucho interés proseguir la investigación en otros sectores y particularmente en la múltiple actividad de gobierno y justicia local de las provincias indianas, sobre las cuales todavía es muy escaso lo que se conoce en esta materia.²

II. La noción de *ejemplar*

En nuestro enfoque prevalece el vocablo *ejemplar* en la acepción de “lo que ha ocurrido o se ha realizado en igual caso otras veces”. Su comprensión se completa con la voz *ejemplo* en el sentido de “hecho, texto o cláusula que se cita para comprobar, ilustrar o autorizar un aserto, doctrina u opinión”, usada del siglo XIV en adelante.³ El enlace entre ambos nos lleva a unir el hecho en sí mismo con su plasmación literario-jurídica.

- 2 Véase referencias en ALBERTO DAVID LEIVA, “La aplicación de la media anata en el virreinato del Río de la Plata”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 13, Santiago, 1987, pp. 271–273; y ABELARDO LEVAGGI, “El concepto del Derecho según los fiscales de la Segunda Audiencia de Buenos Aires” en *ídem*, núm. 11, pp. 256–257.
- 3 MARTÍN ALONSO, *Enciclopedia del idioma*, Madrid, 1958. También en los ficheros de la Real Academia Española donde se reúnen fichas comprobatorias del uso de esta acepción con cierta amplitud. Es interesante al respecto, la definición que ofrece Sebastián de Covarru-

Ejemplar y *ejemplo* eran – más allá de la esfera jurídica – elementos del saber universal de la época. Es conocido el recurso a los *exempla* en el pensamiento medieval, prolongado en los siglos modernos, aunque ya para entonces apareciera la crítica humanista. Maravall ha puesto de relieve la valoración que del *ejemplo* se hacía en los libros político-morales del siglo XVII español, en los cuales las tesis o pareceres se apoyaban en una relación de ejemplos, extraídos de la historia sagrada y profana o aún en hechos convenientemente imaginados.⁴

En la esfera jurídica, la noción de *ejemplar* mantiene – y si cabe, acrecienta – ese complejo entramado. Desde luego constituía un apoyo frecuentemente utilizado en la argumentación y en la construcción del discurso jurídico bajo formas de erudición, gusto estético y recurso histórico. Esto lo comprobaremos más adelante en la elaboración solorciana. Pero yendo al terreno de la creación del Derecho en sentido estricto, encontramos que el *ejemplar* aparecía con frecuencia junto a las principales fuentes del Derecho. Se puede así observar su vinculación a la ley, la doctrina de los autores y la costumbre bajo estos perfiles principales: a) como elemento en la decisión gubernativa o judicial, y en su caso como germen de la ley particular dictada a consecuencia de aquélla; b) como precedente que los autores utilizaban para fundar sus opiniones o construir el aparato institucional; y c) como prueba fehaciente en la formación de la norma consuetudinaria.

Es preciso señalar también el uso frecuente que alcanzó, en el mismo sentido, que nos interesa, la voz *consecuencia*, en cuanto expresa el hecho o acontecimiento que se sigue a resulta de otro.⁵ Una cosa trae consecuencia cuando puede alegársela por ejemplar de otra.⁶ Es decir, el ejemplar produce – o puede producir – consecuencia. No sólo se trata de una voz complementaria sino que en muchas ocasiones – en general antes de la segunda mitad del siglo XVII – reemplazó en los despachos reales al propio vocablo ejemplar. Así aparecen repetidas a menudo expresiones como “hágase así, mirando en que no sea consecuencia para otros”; “esto se habrá de mirar por ser

bias de la voz ejemplo como “la comparación que hacemos de una cosa para apoyar otra” (*Tesoro de la lengua castellana o española* (1611), Ed. Barcelona, 1943, p. 575).

4 JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *La teoría española del Estado en el siglo XVII*, Madrid, 1944, pp. 56–57.

5 Concepción que M. ALONSO ubica entre los siglos XVI a XX (*Enciclopedia*, cit., voz “consecuencia”).

6 *Ibídem*; MARÍA MOLINER, *Diccionario del uso del español*, Madrid, 1960, t. I, p. 731.

cosa de consecuencia”, “porque no haya consecuencia se mirase en la forma que se ordena el despacho”, “no conviene introducir esta consecuencia”, o “excútese por las consecuencias”. En esas ocasiones se resaltaba el valor asignado al ejemplar, en cuanto a su fuerza como precedente.

La presentación de la noción que nos ocupa no queda acabada sin una breve referencia a su vinculación con el fenómeno consuetudinario, con el cual puede llegar, incluso, a confundirse.

El ejemplar aparece en este perfil como instrumento probatorio de la existencia de determinada costumbre, pero a menudo – sobre todo con anterioridad a la segunda mitad del XVII – expresiones contenidas en decisiones reales, tales como “hágase lo que se acostumbra en semejantes ocasiones” y otras similares, revelaría un uso indistinto de ambas voces. A esto se suman los vocablos práctica y estilo. Para determinar una práctica, se reunieron en 1773 catorce ejemplares provenientes de las Secretarías de Nueva España y del Perú, los cuales conformaban una práctica, que el Consejo acordó que “se siga inviolablemente”.⁷ Algo análogo se observa con estilo. A raíz del pedido de merced formulado por la viuda de un oidor de la Audiencia de Filipinas, el rey inquiría sobre “lo que es estilo hacerse con las mujeres de los oidores en Indias” y luego respondía: “hágase lo que se acostumbra”.⁸ La prueba de ese estilo reposaba en la existencia de ejemplares. Pese a esta proximidad de costumbre y ejemplar, la noción de éste no queda atrapada dentro del reducto consuetudinario, pues ofrecía otras exteriorizaciones.

III. Su fundamentación jurídica

Un jurista imbuido de legalismo podrá preguntar en qué disposición se fundaba el valor jurídico del ejemplar. La respuesta puede ser para él desconcertante. Esa fuerza provenía de la *auctoritas* que dimanaba de un saber reconocido y transmitido a través de los siglos, que no estaba sujeto a discusión.⁹ De allí que, al menos hasta avanzado el siglo XVIII, el jurista no fuese

7 Archivo General de Indias (en adelante AGI), Indiferente General, 919.

8 ANTONIA HEREDIA HERRERA, *Catálogo de las consultas del Consejo de Indias, 1626–1630*, Sevilla, 1987, núms. 623 y 648.

9 Sobre esto, MANUEL GARCÍA-PELAYO, “Auctoritas”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 42, Caracas, 1969, pp. 9 y ss.

atraído por un tratamiento teórico de la cuestión, ni se sintiera necesitado de desplegar una argumentación al respecto. Así Bermúdez de Pedraza – en un libro para aprendices – decía sentenciosamente que en Derecho se admitía argüir “en tres maneras, o por ley, o por razón, o por ejemplo...”¹⁰ No parece que el jurista de entonces necesitara mayores explicaciones ni textos legales para afirmar lo que era una arraigada creencia.

Es posible, sin embargo, acudir a algunos testimonios que, de modo indirecto, confirman ese poder atribuido al ejemplar. De obras clásicas del Derecho hispano de la época extraemos pasajes significativos al respecto. En medio del discurso dialéctico se leen en la *Política Indiana* de Solórzano, frases como éstas: “lo que se hace siguiendo *ejemplos* antiguos y las pisadas de Varones prudentes, suele justificar las acciones humanas, como lo enseña el derecho, Cicerón y muchos otros Autores”;¹¹ “lo que se hace siguiendo *ejemplares*, y más cuando son abonados, parece que tiene por sí la presunción del derecho”.¹² A su vez, de Castillo de Bobadilla rescato el sabroso párrafo que dedica a las pretensiones de los regidores de incrementar – frente al Corregidor – determinada prerrogativa. Decía el autor, en franco consejo amigable a los corregidores, que “lo que una vez se permite a los Regidores hace *consecuencia* para otra ocasión, y fúndanse en *ejemplares* de lo que otra vez se hizo en aquel caso”.¹³ De estas lacónicas citas se desprende esa fuerza jurídica atribuida al ejemplar y el consiguiente temor a suscitar consecuencia derivada de los actos.

En un político de mediados del Seiscientos, Ferrer de Valdecebro, encontramos un desarrollo más explícito del tema, desde una perspectiva que no es enteramente ajena a la esfera jurídica. Afirmaba este curioso autor que en las Historias se encontraba “el manantial y fuente de toda la política”, agregando que “en ella hallaréis ilustrísimas acciones, que seguir como ejemplares vivos de lo sucedido y prevenciones para lo que ha de suceder; y para el conoci-

10 FRANCISCO BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*, Salamanca, 1612, p. 104.

11 JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* (1647). Edición utilizada, Madrid, 1776, II, XV, 21. En las transcripciones de este trabajo van destacadas en bastardillas palabras que interesan a nuestro tema.

12 Ídem, III, I, 17–20.

13 JERÓNIMO CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra* (1597). Edición utilizada, Madrid, 1775, III, VIII, 23.

miento de todo el linaje de materias; experiencia, abundante, y presente de todos los gobiernos pasados”. Más adelante proseguía: “Son los ejemplares de las Historias tan evidentes, como varios, en que se toma el pulso para sanar o mejorar el cuerpo del gobierno con notorias experiencias de lo sucedido. Y aunque hoy son los sucesos de tanta desigualdad a lo que pudo en los pasados siglos suceder, que muchos, ni aun en sombra sucedieron, tórnase de los demás medio y motivo para deliberar el acierto, con que siguiendo este norte fijo, siempre se navegará por ciertos y seguros rumbos en el gobierno”.¹⁴

Adviértase como Ferrer de Valdecebro presentaba al ejemplar, de una parte como norma catalizadora de la experiencia histórica, y de otra establecía su limitación al mostrar la fractura que separaba los ejemplos antiguos de los sucesos coetáneos. Pese a esta falla de naturaleza, consideraba que era un “norte fijo”, siguiendo al cual “siempre se navegará por ciertos y seguros rumbos”. Otro político, Setanti, daba la solución en uno de sus aforismos al decir que “a los ejemplares antiguos es menester acompañar con discursos nuevos”.¹⁵ El ejemplar pues no servía como norma inmóvil, de mecánica aplicación, sino que era uno de los elementos que concurrían a la reflexión del político y del jurista, en trance de hallar solución adecuada a los casos nuevos. Era la época de oro del pensar casuista.

En el terreno de la praxis, encontramos algunas muestras expresas de ese poder reconocido al ejemplar. He reunido aquí tres textos entre fines del XVI y mediados del XVII, con cierto alcance expresivo por provenir precisamente de la autoridad real. En una respuesta que daba el rey, visiblemente preocupado, ante una consulta del Consejo acerca del permiso que solicitaba un oidor de Filipinas para casar a sus hijas, se lee: “Aunque con remitirlo al gobernador se justifica esta licencia no por eso deja de abrir puerta a una cosa desusada, y así se debe mirar mucho, pues *se sabe cuanto pueden los ejemplares* y que aun no habiéndolos procuran las partes hacerlos con su cuidado y importunación”.¹⁶ No tiene desperdicio esta grave advertencia que el rey

14 ANDRÉS FERRER DE VALDECEBRO, *El Superior. Política para todo linaje de prelados*, Alcalá de Henares, 1663, pp. 162–163.

15 JOAQUÍN SETANTI, *Centellas de varios conceptos*, núm. 130, fs. 13v, obrita incluida en BENEDICTO ARIAS MONTANO, *Aforismos sacados de la Historia de Publio Cornelio Tácito por...*, Barcelona, 1614.

16 HEREDIA, 1600–1604, núm. 1707.

daba a su Consejo, en donde queda plasmado el peso jurídico del ejemplar – que destaco en el texto – y hasta el intento de formarlos cuando no los había. Toda la fuerza de esta respuesta real se dirigía a la cuestión en sí, no por cierto al caso planteado cuya solución particular no ofrecía, al parecer, inconvenientes.

De la misma época es otra consulta del Consejo con relación a la solicitud del tesorero de la Real Hacienda de Yucatán para que se le permitiese desempeñar el oficio no obstante haberse casado con una encomendara. El Consejo representó “algunas causas y *ejemplares* que para ello había”, pero el rey dispuso: “Búsquese otra cosa, que no haga *consecuencia* para otros”. Si respuestas de este tipo fueron frecuentes, el interés de este caso reside en que fue recogido tiempo después por Antonio de León Pinelo, junto con casi dos centenares de despachos, en una compilación impresa de autos, acuerdos y decretos del Consejo de Indias,¹⁷ convirtiéndose así en norma o regla con alcance más general.

Fue, sin embargo, un decreto de Felipe IV en 1622 el único que en nuestra materia, alcanzó el carácter de ley indiana, pues recogido en las Ordenanzas del Consejo de 1636, se incorporó finalmente a la Recopilación de 1680 (II, II, 20). Se trataba de una cuestión relativa a “pretensiones de partes” y su texto original se mantuvo al ser compilado. Bien vale su transcripción: “El consultar y resolver algunos negocios por la *consecuencia* de lo que se ha hecho en otros, trae consigo muy grandes inconvenientes, porque no en todos pueden concurrir unas mismas causas y circunstancias; y así encargamos a nuestro Consejo de Indias, que cuando hubieren de tratar y consultar negocios de esta calidad, y que se tuvieren por ordinarios, se advierta mucho el estado que las cosas tuvieren al tiempo que se tratare de ellas, y se hubiere de hacer la consulta, para que con esta consideración se traten y resuelvan las materias más ajustadamente.”¹⁸

En estos textos reales se pone en evidencia, acaso más explícitamente en el primero, la fuerza reconocida al ejemplar, fuerza que escapaba al control de la autoridad real. En los mismos se procuraba evitar que los ejemplares abriesen puertas o sentasen consecuencias que limitasen la decisión de los

17 *Autos, acuerdos y decretos de gobierno del Real y Supremo Consejo de Indias*, Madrid, 1658, fs. 4v (8 de febrero de 1607).

18 Decreto originario de 26 de noviembre de 1622 en AGI, Indiferente General, 615.

nuevos negocios. ¿Se esconde también la búsqueda de una mayor cuota de poder real? En el último texto – mucho más importante en cuanto era una instrucción dada al Consejo, con fuerza de ley – se ponía énfasis en destacar que los ejemplares no eran un precedente de mecánica aplicación, sino que era preciso tener mucho en cuenta “el estado que las cosas tuvieren al tiempo que se tratare de ellas”. Era la misma recomendación que hacían los políticos citados y compaginaba con una concepción casuista del gobierno indiano. El ejemplar ocupaba un lugar en la deliberación que acompañaba a todo proceso de decisión, pero no tenía – así se procuraba – el valor de precedente obligatorio.

IV. Utilización del vocablo en la *Política Indiana*

Para examinar cómo opera la noción del ejemplar en la *Política Indiana* de Solórzano es preciso partir de dos supuestos: la estimación de la obra jurisprudencial como fuente directa creadora de Derecho y con función directiva sobre las restantes fuentes; y la apreciación de dicha obra como el más sobresaliente libro epigonal y fijador de la jurisprudencia indiana, que gozó de una autoridad extendida durante un siglo y medio. He escrito algunas páginas sobre estas cuestiones y a ellas me remito.¹⁹

Aun así quisiera reiterar y agregar breves consideraciones tendientes a ubicar mejor nuestro campo de análisis. La *Política Indiana* se elabora y publica en una época en que el Derecho indiano estaba ya desplegado en los niveles legislativo y jurisprudencial, aunque sus elementos componentes se hallaban dispersos. Entonces fue cuando se acometieron dos grandes esfuerzos paralelos: la compilación de leyes y la fijación jurisprudencial. Solórzano trabajó en ambos proyectos pero su labor se plasmó finalmente en la segunda vía con el éxito conocido, a través de *De Indiarum Iure* y sobre todo con la *Política Indiana*.

La obra, inmersa en la literatura casuista, aparece fortalecida por el influjo humanista y por un impulso racionalista. En su contenido se percibe la

19 “La doctrina de los autores...”, cit., pp. 401–406; y “Elementos consuetudinarios en la *Política Indiana* de Solórzano”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 15, 1987, pp. 472–476. Este último estudio se reproduce en ídem, *El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América Hispana hasta la Emancipación*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, pp. 311–315. Hay versión electrónica de este libro de la Fundación Histórica Tavera, Digibis, Madrid, 2000.

búsqueda de soluciones que fuesen conformes a las circunstancias y calidades de los casos ofrecidos. De ahí el despliegue de un abundante material de leyes, costumbres, opiniones, decisiones judiciales, lugares comunes o reglas vulgares de Derecho. La ilustración con adagios, apotegmas o emblemas ayudaba a sustentar el discurso jurídico. Los ejemplos o ejemplares se ubican dentro de esta amplia variedad de elementos convergentes. He registrado más de dos centenares de veces dichas voces – con predominio cuantitativo de la primera – con uso muy variado, del cual voy a señalar las principales manifestaciones.

Es frecuente la utilización de las citadas voces en la acepción de hecho histórico que ilustra una proposición o concepto y funda determinada opinión. Así se citaban ejemplos de naciones – romanos, chinos, etíopes, teutónicos, españoles, indios Americanos – o de otros reinos de la Monarquía – Navarra, Aragón, Valencia, Cataluña, Nápoles – de textos sagrados, apóstoles, santos y romanos pontífices. No faltaban los ejemplos de emperadores, reyes, príncipes y otros hombres sobresalientes. De modo mucho más reducido, los ejemplos aparecían como alegoría – el cuerpo humano, el elefante y el castor, los dos galgos, la luna – y también como arquetipo o regla de conducta para los demás. En este último carácter se mencionaban a los caciques y a los religiosos doctrineros con relación a los aborígenes, y a San Vicente Ferrer y San Francisco Xavier como dechados de celo apostólico. Estos ejemplos no pertenecen estrictamente al campo de la creación del Derecho, pero no podríamos apartarlos de nuestro interés, dado que los mismos actuaban, individualmente o en conjunto, como apoyo jurídico, exorno literario o erudito de una obra jurisprudencial.

Si en el punto destaqué dos pasajes significativos en donde Solórzano afirmaba el valor que tenían los ejemplos o ejemplares en la creación jurídica, es conveniente ahora abundar en esa misma línea. Nuestro autor admitía reiteradamente a aquéllos como modo creativo al argumentar sobre la existencia de “textos y ejemplos”,²⁰ “leyes y ejemplos”,²¹ “textos, ejemplos y autores”,²² “razones y ejemplares”,²³ “autores y ejemplos”²⁴ en apoyo de lo sustentado en diversos pasajes del discurso. Al referirse a una opinión proba-

20 *Política Indiana*, III, XV, 10; y IV, IX, 28.

21 Ídem, II, XXI, 7; y III, XXIII, 31.

22 Ídem, III, II, 24; y V, IX, 42.

23 Ídem, III, II, 26; y V, XVII, 33.

24 Ídem, IV, XXVII, 30.

ble decía que “tiene por sí tantos y tan sólidos ejemplares y fundamentos”.²⁵ En otro pasaje afirmaba que eran tantos “en número y en autoridades los Doctores que siguen esta opinión, y la ilustran con razones, leyes, estatutos y ejemplares de todos los Reynos de la Cristiandad”.²⁶ No faltaba alguna sugerente expresión en el mismo sentido, como cuando afirmaba que “por estos ejemplos se podrá ir entendiendo y decidiendo” los demás casos que se ofreciesen en materia de bienes mostrencos, que había tratado de manera abreviada.²⁷ También usaba dichos vocablos para referirse al caso o casos que por su parecido con el presentado ayudaban a fundar la solución.²⁸ A través de estas citas se advierte que Solórzano ubicaba el ejemplo o ejemplar entre los modos de creación del Derecho.

El ejemplar aparece en otros pasajes de la *Política Indiana* conectado con la ley, la costumbre o la decisión judicial. Veamos algunas muestras de esta utilización. Cabe recordar, en primer lugar, aquel conocido párrafo en el cual Solórzano expresaba que como las leyes “no pueden comprender todos los casos, y puntos que ofrece su práctica, se traen y deben traer en argumento, y por vía de símil de unos a otros, y extenderse y ampliarse de casos a casos, todas las veces que su decisión o disposición está manifiesta en alguno de ellos, y corre en otros igualmente su misma razón, con que unas suplen por otras, y los que juzgan tienen *ejemplares* de qué valerse”.²⁹ La voz aparecía utilizada en este párrafo medular para designar a la operación de extender la ley casuista a otros casos análogos.³⁰ Volvía otra vez sobre la cuestión cuando expresaba que era “válido, y tan frecuente en la constitución o extensión de las leyes y costumbres el *ejemplo* o argumento, que se toma de unas Provincias a otras, donde milita, o se puede ajustar y acomodar la misma razón”. Al decir esto estaba tratando acerca de la introducción del servicio de yanaconas en las Indias.³¹

Se puede también encontrar el *ejemplo* como apoyo de la costumbre.³² Cuando Solórzano presentaba la cuestión sobre si las mujeres podían suceder

25 Ídem, IV, I, 35.

26 Ídem, IV, XXVII, 16.

27 Ídem, VI, VI, 14.

28 Ídem, III, XXXI, 15; IV, II, 11; IV, XVI, 35; IV, XXVI, 34; V, IX, 3; y VI, XIV, 15.

29 Ídem, III, XX, 22.

30 Sobre el alcance que ello tenía en la jurisprudencia casuista, véase mi *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1992, pp. 339 y ss.

31 *Política Indiana*, II, IV, 17.

32 Ídem, III, IV, 28; y IV, II, 29.

en los cacicazgos, afirmaba que, ateniéndose a los mayorazgos, la respuesta era afirmativa, pero en las Ordenanzas de Toledo se prefería a los varones. De ahí que en la mayoría de las provincias del Perú, éstos excluían a aquéllas, pero en las provincias llamadas de los Llanos se solían admitir mujeres y más aún cuando se hallasen casadas. Sostenía Solórzano que esta costumbre se debía observar donde se probase y estuviese acompañada de actos que la hayan introducido, porque “no lo hallamos falta de *ejemplares* de cargos, oficios y dignidades de mucho mayor porte en que suceden hembras...”³³

Solórzano también utilizaba la voz *ejemplar* para designar las decisiones judiciales,³⁴ en cuanto servían para invocarse en pro o en contra de determinada opinión.

A mi juicio, el *ejemplar* adquiere en nuestro autor su mayor expresión cuando lo utiliza en la configuración de una institución. En estos casos se hace visible la influencia de los doctores del Derecho común. El caso sobresaliente es el de las encomiendas, asunto desplegado a través del extenso libro tercero, uno de los más importantes de la *Política Indiana*. Allí brilla con luz propia el *ejemplar* de los feudos, “de cuyo ejemplo tanto nos valemos...”³⁵ y con decreciente intensidad el del mayorazgo, el del usufructo, etc. En otras partes de la obra también utilizaba el *ejemplar* de los beneficios, de las prebendas, de las capellanías, etc. Se trata de una fina elaboración intelectual destinada a construir la doctrina del nuevo instituto sobre la base de ejemplares o modelos que se examinaban y aplicaban según las materias y casos, pero siempre preservando la naturaleza de la figura indiana. Con un pronunciado acercamiento a técnicas dogmáticas, estamos en presencia de un matiz diferente del *ejemplar*. También se observa dentro de este modo la utilización de la voz para referirse a determinada estructura institucional concreta – como virreyes de Nápoles, Consejos de Aragón, Italia o Portugal, Contaduría Mayor de Cuentas de Castilla, etc. – aplicada a apoyar una opinión o decisión.³⁶

Cabe, por último, agregar que si bien era lo más frecuente que el *ejemplar* fuera invocado en apoyo de una afirmación, a veces se le traía para, una vez examinado, rechazar su aplicación en la situación concreta que se trataba.

33 Ídem, II, XXVII, 22.

34 Ídem, III, XX, 27–28; IV, XIV, 18; y IV, XXVI, 65.

35 Ídem, III, XIX, 12.

36 Ídem, V, XII, 56; V, XV, 17; y VI, XVI, 31.

Una nueva evidencia del papel que necesariamente cumplía en el despliegue del discurso jurídico.

Destacada presencia y variados matices son rasgos que se perciben en la obra solorciana en punto a nuestra noción que aparecía así peraltada en el tejido de la creación jurídica.

V. Uso e invocación en el despacho del Gobierno Supremo

Contrariamente a lo observado en la *Política Indiana*, en los despachos de los órganos superiores de la Monarquía, la voz se aplicaba unívocamente a lo resuelto en otras ocasiones ante casos análogos. Para esta comprobación me he servido hasta 1630 de las consultas del Consejo de Indias, Cámara y Junta de Guerra coleccionadas por Antonia Heredia, donde alcanza mayor relieve la respuesta real, que se transcribe textualmente. Para el período posterior ha sido determinante el material que he cosechado en el Archivo General de Indias. En estos materiales he podido constatar mejor la actividad del propio Consejo y Cámara, de los fiscales y la Contaduría, así como otros interesantes aspectos del trámite de los negocios. En cambio, escasean las respuestas reales. La información reunida no es exhaustiva ni ha sido el resultado de una labor previamente diseñada. No obstante, estimo que puede considerarse representativa de la actividad burocrática durante un largo período que abarca desde el último tercio del siglo XVI hasta fines del XVIII. Hacia el último cuarto del Seiscientos se percibe el momento de mayor esplendor de este modo de creación jurídica, que se prolonga durante la siguiente centuria.

El uso de la voz ejemplar sólo se afirmó desde mediados del XVII, pues con anterioridad aparecía predominante en las respuestas reales el vocablo “consecuencia”. Esto explica que fuese esta voz la que se encuentra en compilaciones impresas, como la de 1658, y en la propia Recopilación de 1680. En estos casos, los textos recogidos pertenecían a la primera mitad de la centuria.

1. La búsqueda de ejemplares, una tarea burocrática

En la última época se desplegó una técnica burocrática que puso su acento en la búsqueda del antecedente como elemento necesario para alcanzar la adecuada decisión del caso presentado. Disponemos de un precioso testimo-

nio de 1714, que permite observar de cerca el trámite de los asuntos en el Consejo. Se trata del informe del fiscal Josef Agustín de los Ríos, que el Consejo hizo suyo y elevó al rey.³⁷

Cuando llegan los papeles al Consejo – decía – y una vez hecha la separación si “se ofrece alguna especial materia y el Señor Secretario la participa entre todos sus oficiales cada uno le participa los expedientes, órdenes y providencias antiguas o modernas que sobre la referida materia se han ido dando o están pendientes, y este es un esencialísimo punto, por que sin él se volverá a las mismas antecedentes confusiones, y cada día se encontrarán las resoluciones”. Y proseguía: si los papeles son sobre materia nueva se llevan al Consejo “pero si sobre la misma materia en otros tiempos, u ocasiones ha habido expedientes de aquella misma calidad en aquel Reino, Provincia o Ciudad se le agregan a los últimos que se reciben todos los concernientes a la dicha materia tanto de tiempos antiguos como modernos y para esto se pone un acordado al nuevo expediente en que se dice al fiscal con *antecedentes*, o tráigase al Consejo con *antecedentes*”.

Más adelante, al abundar sobre la necesidad de conocer esa trama anterior sobre negocios análogos, agregaba: “En esto que tanto importa consiste el universal gobierno de todas las Indias, y en evitar cuanto sea posible la contrariedad de las resoluciones y providencias en una misma especie de negocios; salvo si la diversidad de las Provincias, su estado y reglas del mejor gobierno, no repugnan el que las reglas que se practican en unas, se observen en las otras”.

Todas las materias que se despachan – continuaba el fiscal de los Ríos – no quedan acabadas “ni pueden quedar los expedientes arrinconados, ni arriados porque incesantemente es menester volver sobre ellos, y valerse de ellos unas veces para la misma materia que ocurre de nuevo, y en vista de las resultas y cédulas que se han enviado a Indias porque a los pliegos o autos que hoy llevan es menester agregarlo todo lo que ha precedido”; y otras veces “para que sirvan de *ejemplar* si conviene para la determinación de otros expedientes de aquella misma calidad en aquel Reino, o en otro, o en aquella Ciudad o Provincias, o en otras, y en suma todo absolutamente cuanto se vé

37 Informe del fiscal D. Josef Agustín de los Ríos, incluido dentro de la representación del Consejo de Indias al rey, Madrid 26 de febrero de 1714 (Biblioteca de Palacio, Madrid, mss. 844).

y despacha en dicha sala de gobierno queda siempre abierto para valerse de ello, con lo que cada día nuevamente ocurre...”.

Estos párrafos del informe del fiscal permiten puntualizar que en torno del ejemplar o antecedentes se desenvolvía esa práctica burocrática que conducía a la decisión final de cada negocio. Pero cabe apuntar que no se concedía a dicho antecedente un valor absoluto sino que, conforme a la mentalidad casuista, el propio caso merecía una consideración particular en atención a su peculiaridad.

Otro interesante testimonio del año siguiente confirma el anterior aunque revela una realidad algo diferente a la descrita por de los Ríos. En efecto, el 9 de septiembre de 1715 los dos secretarios del Consejo hicieron presente la necesidad de contar con oficiales para el arreglo y composición de los archivos del Consejo de ambas secretarías. Los mismos – decían – están de tiempo atrás “en tal confusión que ni se encuentra papel que se busca, ni se duda paran en ellos todos los que demas de 70 años a esta parte, se han causado consistiendo esto, en que de las repetidas mudanzas de Secretarios se han desatado muchos legajos y se han vuelto a juntar sin orden ni formalidad...”. Estimaban necesario no sólo que los archivos “se reglen y compongan, sino el que se formen índices de negocios y expedientes con separación de audiencias, para que el Consejo pueda ser servido con la puntualidad y claridad que se debe, en lo que manda se busque y haga presente, y para que los oficiales no dejen en el olvido muchos expedientes graves, que por no encontrar sus antecedentes y conocer que sin ellos no pueden ir al Consejo, se han quedado sin curso, en grave perjuicio del servicio del Rey y del bien público”. El Consejo proveyó de conformidad al pedido de destinar dos oficiales para el arreglo de dichos archivos.³⁸

Este documento refuerza al primero en cuanto destaca el valor asignado a los antecedentes, a tal punto que consigna la detención de algunos expedientes porque los oficiales no los encontraban en el archivo desordenado. Lo contradice, en cambio, en cuanto revela un estado de desarreglo en los papeles que no permitía cumplir con el trámite que daba por asentado el fiscal de los Ríos. Alguno de los dos exageraba. Al fin el Consejo proveyó los oficiales solicitados. Al tiempo que reconocía ese desarreglo, quedaba otra vez en evidencia la importancia concedida a esa fase del trámite burocrático.

38 AGI, Indiferente General, 918.

Años después se volvía sobre la cuestión. En 1748 el secretario de Nueva España proponía al Consejo el nombramiento de un archivero, expresando que “la copiosa cantidad de libros y Papeles que contiene, se hallan casi inutilizados y es dificultosísimo el encontrar los *antecedentes* y *ejemplares* que cada día se necesitan tener presentes para el más seguro y mejor fundado expediente de los asuntos que se tratan en el Consejo...”³⁹ Lo cierto es que pese a las dificultades mencionadas, quien trabaje sobre los papeles del Consejo en el siglo XVIII se encuentra con frecuencia agregados antecedentes a las cuestiones varias en trámite.⁴⁰

La práctica de hacer buscar y traer al despacho los ejemplares está documentada durante el amplio período que abarca este estudio. En respuestas reales del XVI ya encontramos que se le preguntaba al Consejo lo que se había acostumbrado hacer en anteriores situaciones semejantes.⁴¹ A principios de la siguiente centuria se hallan frecuentes respuestas, tales como “avíseme si se ha hecho otras veces”, “avíseme si se ha hecho con otros”, “hágase lo que se hubiese hecho con otros”, “avíseme lo que ha acostumbrado con otras viudas de consejeros de este Consejo”, etc.,⁴² que claramente revelan el interés del rey por conocer esos antecedentes antes de estampar su decisión final a la consulta del Consejo.

En los años siguientes, conforme empezó a aparecer más a menudo la voz ejemplar, se lee en algunas de esas respuestas: “El Consejo diga si hay ejemplares...”; “traigánse todos los ejemplares que ha habido en esto...”; etc.⁴³ El propio Consejo en 1640 recurría a los ejemplares para saber si cierta decisión debía ser o no objeto de consulta al rey.⁴⁴ Después de esa fecha se hizo frecuente que el Consejo, la Cámara y la propia Junta de Guerra requiriesen los ejemplares que hubiesen sobre casos análogos a los que debían resolver. También se advierte una más estrecha relación entre los ejemplares y la decisión, según se comprueba en algunos casos que examinaré en el punto siguiente. En ciertas peticiones, los ejemplares ya se acompañaban desde el momento de la presentación. Además se observa la práctica de acudir a “los

39 Íbidem.

40 Así lo observo, por ejemplo, en AGI, Indiferente General, 885.

41 HEREDIA, I (1529–1591), núms. 1054; y 1600–1604, núm. 244.

42 Ídem, 1600–1604, núms. 1400, 2022 y 1702; 1610–1616, núm. 1029.

43 Ídem, 1617–1625, núms. 1783 y 1929.

44 AGI, Indiferente General, 880.

ejemplares más favorables” cuando interviniese “en su breve despacho causa pública y el servicio de V. M...”⁴⁵

En el trámite interno se observa que cuando la secretaría requerida carecía de ejemplares, se solicitaba la colaboración de la otra secretaría⁴⁶ y de la Contaduría en la búsqueda de esos ejemplares que, por momentos y en determinadas materias, parecen desempeñar un papel decisivo en la resolución del negocio.

Esta tarea no declinó aun en los tiempos en que surgieron voces críticas contra su utilización. Sobre la expiración del siglo – en diciembre de 1799 – anotamos que, ante una propuesta del gobernador del Consejo de Indias, marqués de Bajamar, sobre “el método y reglas” para repartir por turno y antigüedad entre los ministros togados del Tribunal determinados expedientes, el rey resolvió que se guardase una resolución anterior y por las secretarías se reuniesen “los antecedentes que hubiere para evitar la contradicción o variedad de providencias”⁴⁷

2. La fuerza jurídica del ejemplar

En el momento de adoptar la decisión – o de aconsejarla – ¿qué fuerza ostentaba el ejemplar para inclinar esa resolución? Desde luego hemos advertido en el punto anterior el interés con que se buscaban, dentro de la labor burocrática, esos ejemplares. Esto mostraría ya un primer grado de influjo sobre la decisión. Pero es necesario avanzar algo más, observando, si es posible, en qué medida esos ejemplares fundaban las nuevas resoluciones y comprometían de antemano una solución ajustada a aquellos. Para ello veamos dos series de casos bien diferentes, ambas en el sentido de apoyar esa fuerza jurídica ostentada por el ejemplar.

a) Fundamento de la decisión

La primera serie permite observar cómo los ejemplares asumían el carácter de fundamento de la decisión real. Así se registran en lacónicas respuestas

45 Consulta del Consejo de Indias de 7 de septiembre de 1651, aprobada por el rey (AGI, Charcas 3).

46 Así se hizo ante una solicitud del Conde de Canillas en 1701 (AGI, Lima 407).

47 AGI, Indiferente General, 886.

reales, sobre todo en la primera mitad del siglo XVII, estas elocuentes expresiones: “si es cosa que se ha hecho siempre se haga”,⁴⁸ “siendo cosa ordinaria se haga”;⁴⁹ “hágase como parece pues se ha hecho con otros”;⁵⁰ se haga lo propuesto “con que no exceda de lo que en otras ocasiones semejantes a ésta se ha hecho por lo pasado...”.⁵¹ No puede omitirse, en fin, otra frecuente expresión con aires consuetudinarios: “Hágase lo que se acostumbra en semejantes ocasiones”.⁵²

El empleo de la voz *ejemplar* en el sentido indicado se advierte más nítidamente en decisiones del Consejo de Indias, de la Cámara y en dictámenes fiscales de los siglos XVII y XVIII. Del Consejo pueden citarse decisiones como éstas: “ajustándose a los ejemplares que se trae corra y no de otra manera”,⁵³ “Corra este nombramiento atento a la aprobación del sujeto y los ejemplares que alega”,⁵⁴ De la Cámara: se dé la cédula de recomendación “si hay ejemplares de haberse dado a los eclesiásticos”,⁵⁵ “hágase lo que con otros cuyos ejemplares se refieren”,⁵⁶ consúltese al rey “diciendo los ejemplares”.⁵⁷

Hay un caso que ilustra, por sí solo, acerca del peso que se le reconocía al *ejemplar* en el momento de la decisión. Se trata del planteo que en 1685 hizo, ante el rey, Nicolás Antonio de Lorenzana Ziaño. Era él parte de un pleito que se encontraba en la instancia de revista en la Casa de Contratación y solicitaba que para garantizar un fallo imparcial se asociara a los jueces de la Audiencia de Contratación con otros de la Audiencia de Sevilla, pues temía que el influjo de su contrincante don Baltasar Fernández Moreno, “persona de gran autoridad y con mano en todos los ministros de la Casa” – según decía – ablandase la voluntad de aquellos jueces. El Fiscal, en actitud favorable a la petición, sostuvo que aunque no había podido “adquirir noticia que haya *ejemplar* de que hayan pasado jueces de la audiencia a la Casa”, esto sí ocurría entre Jueces de los Consejos. Sin embargo, el Consejo de Indias

48 HEREDIA, 1617–1625, núm. 1502.

49 Ídem, núm. 1795.

50 Ídem, 1610–1616, núm. 1393.

51 Ídem, 1617–1625, núm. 736.

52 Ídem, 1626–1630, núm. 378.

53 AGI, Lima 25 (Año 1654).

54 Ídem, Indiferente General, 1496 (Año 1685).

55 Ídem, Indiferente General, 1484 (Año 1651).

56 Ídem, Lima 26 (Año 1670).

57 Ídem, Indiferente General, 1484 (Año 1653).

consideró que la petición de jueces asociados era “una novedad no vista ni practicada”, siendo suficiente encargar al Presidente de la Casa su presencia en la vista y votación del pleito. Disconforme con esta solución, Lorenzana insistió en la solicitud y percibiendo la importancia de valerse en su apoyo de algún ejemplar, invocó uno, que una vez verificado no resultó tal. Lo que interesa subrayar aquí es que bastó la invocación de la existencia del ejemplar para que el Consejo suspendiese la consulta ya acordada y requiriese a la Secretaría el reconocimiento de dicho ejemplar.⁵⁸

En algunas materias, el ejemplar aparece como requisito que acompañaba la petición. Así lo he observado, desde fines del XVII, en diversas solicitudes de mercedes de viudas de ministros y oficiales del Consejo y de la Contaduría, despachadas en conformidad a dichos precedentes.⁵⁹ Este carácter referencial no lo pierde aún cuando las circunstancias de cada caso modificasen la decisión. En una ocasión, la Cámara, luego de analizar los ejemplares de mercedes existentes y comparar las otorgadas a las viudas de ministros y contadores del Consejo, propuso una reducción para el caso,⁶⁰ iniciándose con este ejemplar una nueva práctica.⁶¹ En otra oportunidad, luego de desechar tres ejemplares por no ajustarse al caso planteado, se adoptó una solución de equidad.⁶²

Lo cierto es que, como decía el Fiscal con aprobación del Consejo en 1751, la decisión contenida en los ejemplares “podrá y deberá servir de regla” para los casos que son de “la misma naturaleza y circunstancias que los que han precedido...”.⁶³ Esta convicción sobre el valor atribuido al ejemplar se encuentra también en la pluma de un peticionante, quien en 1668 al fundar su derecho, sostenía que “además de ser justicia le asiste la *consecuencia*” de haberse concedido lo mismo a otra persona.⁶⁴

58 Ídem, Indiferente General, 1496.

59 Véase el ejemplo de la viuda de Joseph de la Cuesta, oficial de la Secretaría del Perú en 1685 (AGI, Indiferente General, 1496) y otros en 1689 (ídem, 1497).

60 Se trata de la petición de la viuda del Contador de Cuentas del Consejo, don Fernando García de Buitrago (1683) (AGI, Indiferente General, 1497).

61 Petición de doña Margarita de Vargas, viuda de Salinas en 1684 (AGI, Indiferente General, 1496).

62 Petición de doña Ana María de Quevedo y Mendoza, viuda de don Mateo del Castillo y Peralta (AGI, Indiferente General, 1497).

63 AGI, Lima 444.

64 Ídem, Lima 26.

Desde otro ángulo se aprecia que la falta de ejemplares dio motivo al Fiscal del Consejo en una oportunidad para consolidar su dictamen contrario a la confirmación de una encomienda⁶⁵ y en otra para solicitar – ante el doble vacío de leyes y ejemplares – que se diera “regla por donde se gobierne la materia en lo sucesivo”.⁶⁶ Este último caso es buena muestra del valor concedido al ejemplar como fuente de derecho. Se trata de una duda acerca del procedimiento judicial en el Consulado de Lima. El Virrey y los oidores en Acuerdo dispusieron que siendo un caso nuevo para el cual no había precepto legal ni existía ejemplar, era preciso dar “regla para adelante”. El Fiscal y el Consejo coincidieron en esta apreciación que se planteó en la consulta al rey y en la cual aparecía peraltado el ejemplar como una de las vías a las que acudía el jurista o ministro para la decisión de los negocios. Esto ocurría en 1757. Por último, cabe señalar que en una oportunidad la expresa anotación de que “no hay ejemplar” sirvió en 1777 para negar una petición de retiro militar con sueldo.⁶⁷

b) El temor a su consecuencia

La segunda secuencia de casos nos lleva a destacar el peso jurídico que tenía el ejemplar, aunque el ángulo de visión sea distinto y casi opuesto al anterior. Se trata de observar la cautela desplegada en ciertas ocasiones para evitar que la decisión a adoptar se convirtiera en regla que comprometiera la solución de otras situaciones análogas en el futuro. Así es frecuente hallar en reales cédulas y otros despachos expresiones tales como: “que no sirva de ejemplar”, que “no conviene introducir una consecuencia”, que “se excuse por las consecuencias”. Cuando en 1604 una ya recordada respuesta real expresaba que “se sabe cuánto pueden los ejemplares”, estaba mostrando, mediante el temor a las consecuencias, la fuerza jurídica que se reconocía a los ejemplares.

Acudamos a textos de diferentes épocas, contestes en exteriorizar la cautela. Atiéndase a estas respuestas reales a consultas del Consejo en el siglo XVI: “Esto parece cosa de consecuencia y que otros podrían venir a pedirlo por la misma causa y así es mejor excusar lo que se me consultó,⁶⁸ “hágase

65 Ídem, Lima 443.

66 Ídem, Lima 419.

67 Ídem, Indiferente General, 1501.

68 HEREDIA, I (1529–1591), núm. 258.

así, mirando en que no sea consecuencia para otros;⁶⁹ “véase si esto será de consecuencia para otros.”⁷⁰ En una ocasión se negó una merced “por evitar la consecuencia que podría ser dañosa.”⁷¹ En otra se dispuso recoger una real cédula anterior dados “los malos ejemplares que puede producir la gracia hecha...”⁷² Sobre recompensas y aumento de salarios se recomienda mucho la forma de hacerlo para no provocar “consecuencia.”⁷³ En cierto caso, aun cuando se admitió la justicia de la solicitud, el temor de constituir ejemplar llevó al rey a proponer otra solución compensatoria.⁷⁴ Igualmente, en un caso de perdón al marido que mató a quien cometió adulterio con su mujer, el Consejo de Indias, en 1638, propuso suspender el indulto para evitar “la consecuencia y ejemplar que de su ejecución resultaría.”⁷⁵ En fin, se hizo frecuente que determinadas decisiones se adoptasen bajo la resolución de que no sirviesen de ejemplar para otras.⁷⁶

3. Materias en que se invocaba

El holgado centenar de casos reunidos no me parece suficiente para establecer una sólida clasificación pero sí para adelantar una apreciación provisoria. El ejemplar era invocado en una gran variedad de materias, con situaciones de diversa índole, al punto que la mitad de los casos pueden tener rubro propio. No he encontrado, salvo un caso del XVIII, el intento de reducir su invocación a determinadas materias o de excluir alguna.

De los casos agrupados, un 30 % corresponde a mercedes otorgadas a viudas – y también a hijos – de ministros, oidores, oficiales y otros servidores de la Corona; casi un 20 % se refieren a ayuda de costas, rentas o retribuciones extraordinarias a ministros, oficiales, obispos, indios, principales, incluyendo jubilaciones o retiros; un 12 % a cuestiones de salarios, sobre todo lo relativo al aumento de los mismos y a su pago a virreyes y ministros

69 Ídem, 682 y 1355.

70 Ídem, II (1592–1598), núm. 2431.

71 Ídem, I (1529–1591), núm. 1853.

72 Real cédula de 17 de abril de 1687 al Virrey del Perú (AGI, Lima 587, lib. 29, fs. 317 v. 318).

73 HEREDIA, II, (1592–1598), núms. 2030, 2249, 2956, 3516 y 3582.

74 AGI, Indiferente General, 1293.

75 AGI, Charcas 2 (núm. 295).

76 Así en 1669 (AGI, Lima 26), 1684 y 1688 (ídem, Indiferente General, 1496 y 1497).

durante el viaje a las Indias; menos del 10 % comprenden asuntos eclesiásticos; y entre el 4 y 6 % cada una de las cuestiones referentes a los oficios y funcionamiento del Consejo, licencias a oidores para casarse, beneficiar minas y obtener plazas en el distrito del que eran naturales, y a mercedes de encomiendas. El resto se reparte en cuestiones diversas. Como se advierte, hay abrumadora mayoría de cuestiones vinculadas a la atención de gastos y retribuciones de los servidores de la Corona, que supera el 60 % de los casos registrados.

4. ¿Cuántos eran necesarios?

El examen de los casos arroja resultados a primera vista desconcertantes en cuando al número de ejemplares necesarios para alcanzar fuerza jurídica. Así se observa que la invocación de un solo ejemplar tuvo, en alguna ocasión, tanta fuerza que el Consejo suspendió la consulta ya acordada, a la espera de su reconocimiento. Por contraposición, la constancia de un solo ejemplar acompañando la petición fue motivo, en otra oportunidad, para que el fiscal la desechase. En medio de ambos extremos se constata que varios negocios eran resueltos conforme a un único ejemplar.

La tendencia general era buscar dos o tres ejemplares. Este último número parece el más corriente en la práctica burocrática. El Fiscal en 1751 dictaminó – con la aprobación del Consejo – basándose en esta cantidad de ejemplares que “la uniforme determinación, que se ha servido tomar S.M. sobre dichas instancias, podrá y deberá servir de regla para el caso presente, que es de la misma naturaleza y circunstancias que los que han precedido y se han visto y ven practicar en la misma Audiencia de Lima, sin que haya necesidad de referir otros muchos...”.⁷⁷ No obstante, en una ocasión los tres ejemplares que apoyaban la petición no impidieron que la Cámara modificase la regla que surgía de los mismos. Otras veces, era el último ejemplar, de los varios alegados, el que predominaba. Sólo de modo excepcional, en una oportunidad, se reunieron 14 ejemplares para comprobar una “práctica”, que el Consejo acordó respetar, pese a ser otra la opinión fiscal.⁷⁸

De acuerdo con lo expuesto, no puede determinarse el número exacto de ejemplares, con los cuales se podía imponer una solución. Esto confirma el

77 Petición del oidor don Pedro Bravo de Castillo (AGI, Lima 444).

78 Petición de don Francisco Lloaga en 1773 (AGI, Indiferente General, 919).

carácter de apoyo que revestía este modo de creación jurídica, como también ocurría con los demás. El ejemplar concurría a enriquecer la deliberación, a inspirar la decisión, poseía una cierta fuerza pero predominaban las circunstancias del caso y el juicio prudente del ministro que, llegaban a veces, a doblar la fuerza del precedente.

VI. Hacia el desplazamiento del ejemplar

El ejemplar siguió la suerte de las otras fuentes del Derecho, con excepción de la ley. Su presencia se hizo notoria dentro de una concepción del Derecho que colocaba su atención en la resolución de los casos y se nutría de una normativa abierta y plural, dada por leyes, costumbres, opiniones de los autores, decisiones judiciales, etc. La ley no tenía entonces rol excluyente en la creación jurídica.

La situación se fue alterando paulatinamente a favor de la primacía de la ley, entendida ya de modo restrictivo como toda norma escrita dada por el rey o las autoridades que lo representaban. Tanto el aparato estatal en crecimiento – que se valió de la ley como principal instrumento de su acción –, como el pujante racionalismo – que aspiraba a dar reglas generales y universales a la sociedad – fueron factores determinantes que empujaron ya desde el siglo XVI a favor de la hegemonía de la ley, para llegar dos centurias después a postular el desplazamiento de los demás modos de creación jurídica. La costumbre y la doctrina de los autores fueron así objeto de las más conocidas críticas, intensas y por momentos virulentas.⁷⁹ Dentro de esta crítica cabe también incluir al ejemplar, aunque se puede observar que no alcanzó la misma intensidad que la dirigida a las fuentes anteriormente mencionadas.

Ya en el siglo XVI podemos encontrar las primeras exteriorizaciones de tendencia crítica, pues como dice Maravall “frente a los exempla y a las autoridades de la doctrina medieval del saber, se colocaban la matemática y la razón”.⁸⁰ Tiempo después, Saavedra Fajardo advertía sobre “el peligro de

79 Sobre esto, pueden verse mis trabajos “La costumbre jurídica en la América Española (siglos XVI–XVIII)”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 14, 1986, pp. 368 y ss., reproducido en *El poder de la costumbre*, cit., pp. 97 y ss., y “La doctrina de los autores...”, cit., pp. 382 y ss.

80 JOSÉ ANTONIO MARAVALL, “El concepto del Renacimiento como época histórica”, en ídem, *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, 2ª serie, Madrid, pp. 68–69.

governarse el príncipe por ejemplos, siendo muy dificultoso, quanto no imposible, que en un caso concurren igualmente las mismas circunstancias y accidentes que en otro”. Agregaba que “-los casos de otros sean advertimiento, no precepto o ley”.⁸¹ Este sentir quedó condensado en aforismos como éste: “Los pareceres de los hombres son dudosos, las circunstancias de las cosas variables; y por eso mal seguro los ejemplos”.⁸² La misma ley indiana de la Recopilación de 1680 era, como se recordará, bastante cauta en admitir la fuerza de los ejemplares.

Esta tendencia se ahondó en el siglo XVIII. En 1723 un autor insistía en afirmar que “juzgar por ejemplares, es peligroso, porque aunque haya sucesos que se parezcan mucho, *basta que no sean los mismos, o que el tiempo sea otro*, para que necesite el juicio prudente de variar, según las circunstancias”.⁸³

Bajo otro clima intelectual, más favorable al legalismo, se desplegaba en 1765 la crítica de Juan Francisco de Castro. Racionalista que sólo depositaba su confianza en la ley, este autor aspiraba a que se elaborase un cuerpo legal sistemático. En sus páginas contra la costumbre y la opinión de los autores también incluía a las decisiones de los tribunales en cuanto pudiesen servir de ejemplares para resolver casos futuros. Aun cuando su juicio se centraba en esta especie de ejemplares – creados por decisiones de los jueces – resultaba extensivo a las demás especies. Castro se empeñaba en manifestar ya una división entre los antiguos doctores en punto a la valoración de esta fuente: “Algunos doctores dan a las decisiones de los tribunales superiores una virtud poco inferior a la de la ley para que sirva de regla en semejantes casos. Desconocen otros esta superior virtud en las decisiones, reconociéndola solo en la razón en que se fundan, afirmando severamente no deber juzgarse por ejemplares sino por las leyes”. El autor se enrolaba en esta segunda corriente empeñado en mostrar la “inconstancia, incertidumbre e irracionalidad” – cuando no deformidad – que se encerraba en esas decisiones “para que no puedan servir de ejemplares que indistintamente se deban imitar”.⁸⁴

81 DIEGO DE SAAVEDRA FAJARDO, *Idea de un príncipe político-cristiano*, empresa XXIX (Biblioteca de Autores Españoles, t. 25, pp. 76–77).

82 SETANTI, *Centellas...*, cit., núm. 72.

83 FRANCISCO ANTONIO DE CASTRO, *Dios y Mundo. Teatro cristiano y político para la idea de un perfecto cortesano*, Madrid, 1723, p. 216.

84 JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes...* (1765). Edición utilizada, Madrid, 1829, t. I, pp. 252 y 254–256.

Quien conozca el tono en que se desplegaba por entonces la crítica contra algunas fuentes del Derecho – especialmente la denominada “ideología anti-jurisprudencial”⁸⁵ –, advertirá que la virulencia e intensidad era mucho menor tratándose de los ejemplares. ¿Se la consideraba de menor importancia o acudían otras razones?

Según he constatado en los papeles del Consejo, hasta fines del siglo XVIII los ejemplares seguían siendo invocados en el despacho del gobierno supremo. Sin embargo, dos testimonios de la época llevan a verificar una posible retracción en su uso, frente a la ley. Cuando en el Consejo se trató acerca del pase de un rescripto del Papa designando por sí al Obispo de Cuba Asistente al Solio Pontificio, se invocaron ejemplares que no se pudieron encontrar, resolviéndose finalmente retener dicho rescripto. Pues bien, en unas reflexiones agregadas a la pertinente consulta se expresaba que este caso debía juzgarse por las leyes y no por los ejemplares. Estos últimos – continuaba – sólo obraban en materia de precedencias, ceremonias y cortesías, sirviendo sólo en lo demás “para abreviar en las idénticas juzgando por lo resuelto.”⁸⁶ El segundo testimonio corresponde a un planteo efectuado por la Secretaría del Perú contra la Escribanía de Cámara por considerar que ésta se injería en negocios que le competían a aquella. Sostenía ante el Consejo que le correspondía la concesión de auxilioria de cualquier despacho mientras no se formase litis, pudiendo esto acreditarlo con muchos ejemplares pero – agregaba – se omitía la presentación de los mismos en atención a que el Consejo “atiende siempre como corresponde, para sus sabias determinaciones las reglas de la razón y no de las de los ejemplares, mayormente cuando en la materia de que se trata, como la presente, hay clara y expresa legal disposición...”⁸⁷ Son testimonios sugerentes, aunque no determinantes, en cuando se percibe una marcada idea sobre la superioridad de la ley y un desplazamiento del ejemplar. ¿Era éste un sentir generalizado entre los ministros del Consejo?

En fin, queda planteado como interrogante final cuál fue el grado efectivo de decaimiento sufrido por el *ejemplar* con el advenimiento del legalismo, que debilitó y hasta temporalmente aniquiló las restantes fuentes del dere-

85 Véase mi trabajo “La doctrina de los autores...”, cit., pp. 382 y ss.

86 MANUEL JOSÉ DE AYALA, *Consultas y pareceres...*, VIII, f. 105 (Biblioteca de Palacio, Madrid, núm. 2756).

87 AGI, Indiferente General, 860.

cho. Mientras llegan nuevos estudios concretos, queda dominante la impresión de que el *antecedente* o *precedente*, que en todas las épocas nutrió el saber de juristas y políticos, ha tenido, bajo mil formas, presencia y valor, en cuanto condensa la experiencia de gobernar y juzgar e ilumina nuevas opiniones o soluciones.

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