

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

# El Jurista en el Nuevo Mundo

Pensamiento. Doctrina. Mentalidad

Introducción: Entre Castilla y las Indias | 1–24



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>

## Introducción: Entre Castilla y las Indias

SUMARIO: 1. Hacia un perfil del jurista – 2. Salamanca, un modelo de enseñanza – 3. Los libros del jurista – 4. La *Política Indiana*, modelo de obra jurisprudencial – 5. Experiencia y prudencia en el jurista – 6. El cambio de escenario

### 1. Hacia un perfil del jurista

Hay varios vocablos para denominar a la persona dedicada al cultivo de la ciencia del Derecho en la teoría y en la práctica. Así acuden a nuestro encuentro las voces *jurista*, *jurisconsulto*, *jurisprudente*, *jurisperito*, *legista*, *legisperito*, *letrado*, *abogado*, con distintos matices, jerarquía y usos según los tiempos y las circunstancias. Entre ellas sobresale la de *jurista*, como la principal y más adecuada para el objeto de este trabajo, sin desconocer la existencia de otras voces de uso alternativo, como son especialmente las de *jurisconsulto*, *letrado* y *abogado*, cada una con su particularidad e historial.

En la búsqueda de un concepto que ayude a entender el papel del jurista como figura clave en los comienzos de la Edad Moderna he hallado en el conocido *Tesoro de la Lengua Castellana* de Sebastián de Covarrubias, impreso por primera vez en 1611, una definición muy interesante para esos fines. El artículo, además de etimológico, contiene unas preciosas referencias a la actividad mental y operativa del jurista con relación al Derecho de su tiempo.<sup>1</sup>

Es bueno recordar que Covarrubias, graduado en cánones, era un fino cultivador del léxico y solía colocar especial atención en la terminología jurídica, con un sentido culto y práctico a la vez, lo que dio a su trabajo no solo difusión sino también influjo sobre posteriores obras de su mismo género.

1 SEBASTIÁN DE COVARRUBIAS OROZCO, *Tesoro de la lengua castellana o española*, ed. 1611. Edición moderna: Barcelona, 1943. Las siguientes citas de la obra se hacen por esta última edición.

Covarrubias no dió a la voz *jurista* un lugar propio en su obra. La incluyó, con jerarquía particular, dentro del desarrollo de otro vocablo jurídico trascendente, el de *justicia*, en cuya explicación él acudió a los que denominaba “teóricos” y “juristas”. Entre los primeros aparecen citados Cicerón, Aristóteles y Tomás de Aquino, en lengua latina; y entre los segundos, la mención directa es de los civilistas romanos, de los cuales recoge la idea de justicia como la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo.

Este respaldo de conocidas autoridades era seguido por una declaración suya explícita: “siempre que se tocara materia perteneciente a facultad, no es mi intención extenderme a más de lo que no puedo excusar, remitiéndome a los que *exprofesso* la tratan”.<sup>2</sup> Era en este espacio, que reservaba dentro del artículo para dar su opinión, donde introducía su propio aporte a la definición del término *justicia*, diciendo que “es la sustancia y el niervo de los juristas y el escopo de su facultad”. Es manifiesta aquí la intención de Covarrubias de exaltar la función del jurista y de dar proyección práctica al significado de justicia.

Se puede extraer del citado pasaje, algo enigmático, una doble apreciación. Por un lado, la justicia en cuanto considerada como el ser y esencia del jurista, que debía estar acompañada por el uso de fuertes razones para persuadir. Por otro lado, la introducción del término *escopo* (escoplo) – que designaba al instrumento de hierro acerado utilizado por el carpintero y el entallador – proponía la comparación con un noble oficio manual, en donde lucía la aptitud de destreza, proveniente de la conjunción del conocimiento y de la práctica cotidiana, que se aplicaba extensivamente a la ciencia y arte cultivado por el jurista. Espíritu y materia se funden en esta curiosa definición que muestra, con el ejemplo cotidiano, la tarea artesanal exigida al jurista de descubrir, establecer y adaptar las doctrinas y normas al caso que debía resolver.

La idea de Covarrubias tiene, a mi juicio, un relevante valor ilustrativo en el intento de penetrar en el meollo del oficio y es más viva y profunda que otras definiciones corrientes y más modernas.<sup>3</sup> Dentro de una estudiada brevedad el autor buscaba abrir una senda explicativa que permitiese averiguar cómo operaba el jurista sobre la base de un saber propio y de unos atributos que estaban más allá del conocimiento estrictamente jurídico.

2 Ídem, p. 724.

3 Ídem, pp. 539, 581 y 724.

Además, conviene recordar que la idea estaba pensada y ofrecida en una época en la que los juristas castellanos vivían múltiples situaciones dentro de la pluralidad de ordenamientos, prácticas y estilos que se daban en el ámbito de la extendida Monarquía, con reinos, provincias y territorios, tantos y tan diversos. Entre ellos, se ubicaba la peculiaridad indiana, por entonces ya ampliamente desenvuelta y conocida, sobre la cual resultaba claramente aplicable tal noción.

Para completar esta visión de Covarrubias es necesario acudir a su definición de Derecho que, con los particularismos propios ya conocidos, se constituyó en una noción difundida en diccionarios y vocabularios posteriores hasta fines del siglo XVIII. Después de un breve comienzo etimológico, y de una cita de las *Sátiras* de Horacio, llegaba al meollo conceptual que nos interesa bajo la frase aclaratoria de que Derecho “se toma algunas veces por lo que dispone y manda, o la naturaleza, el Príncipe, la ciudad, o el pueblo, o la gente, o la costumbre, de donde resultan el derecho natural, el de las gentes, el civil, los plebiscitos, y fueros, constituciones, ordenanzas, costumbres, etc.” Y en nuevo apartado agregaba: “El derecho se divide en derecho divino y en humano: éste en derecho natural, el de las gentes, y el civil: ultra del cual tenemos el derecho canónico, por donde son juzgados los clérigos y cosas Eclesiásticas”. Enseguida enumeraba el contenido normativo de este último derecho, con la aclaración final de que “de todo lo dicho se da razón en sus lugares propios, y por esto va aquí atropellado”.<sup>4</sup>

Debajo de esta aparente sencillez, encerrada en una mera descripción que distinguía varias categorías, se encontraba una rica y compleja materia que debía atender el jurista en su búsqueda de aquella “justicia”, que era el objeto de su labor, según lo había expresado anteriormente.

La definición de Covarrubias permite avanzar dentro del contexto social castellano, en el cual crecía en importancia la presencia y actuación del elemento letrado. La nueva organización del poder público, que se consolidaba en torno a la figura del rey, tenía su basamento en la “burocracia”, en cuyo núcleo participaban un conjunto de juristas que validos de su saber, ejercían un moderado poder, compartido con grandes señores, prelados, diplomáticos y hombres de guerra. Los trabajos de Salustiano de Dios sobre las ideas y actuación de los juristas castellanos en los siglos XV a XVII son

4 Ídem, p. 452.

importantes a los fines de entender muchas actitudes de los juristas indianos, sobre todo en la conformación del poder político y en la exaltación de la dignidad regia frente a otras potestades.<sup>5</sup>

Sostiene Maravall que en el siglo XVII los letrados constituían “una capa de población bien caracterizada por la apropiación de unas funciones especializadas, por el reconocimiento de unos valores y virtudes, por la práctica de un modo de vida” y también “por la atribución de unos caracteres que acaban de completar el estereotipo común de cuantos pertenecen al grupo”.<sup>6</sup> Según Covarrubias, los letrados se distinguían entre los ciudadanos que habitaban la ciudad y ocupaban “un estado medio” entre los caballeros y los oficiales mecánicos.<sup>7</sup>

El campo de conocimiento y actuación del jurista abarcaba tanto las leyes civiles como las canónicas. El Derecho común era una integridad que se imponía al jurista, sobre todo en el orbe hispano de los siglos XVI y XVII. El proverbio de Ludovico Romano en el sentido de que “las leyes sin los cánones valen poco; pero los cánones sin las leyes nada” representa esa creencia generalizada. Bermúdez de Pedraza decía que el buen jurista ha de saber ambos derechos porque “son como un par de guantes, que el uno sin el otro es de poco provecho; no basta saber el Derecho Civil para ser perfecto jurista, es preciso que sepa también el Canónico”.<sup>8</sup> Esta creencia llevaba a Juan de Matienzo, en el siglo XVI, a disculparse por ingerirse en hablar de cosas de Iglesia ya que – decía – “nuestra profesión es Derecho Canónico y Civil”.<sup>9</sup>

Según Francisco Carpintero, pese a que en el jurista medieval se percibieron entrelazamientos entre las cosas divinas y humanas, existía ya entonces una clara delimitación entre el Derecho y la Teología. Esta separación – para dicho autor – paradójicamente se perdió en los inicios del naturalismo

5 JEAN-MARC PELORSON, *Los letrados juristas castellanos bajo Felipe III. Investigaciones sobre su puesto en la sociedad, la cultura y el Estado*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2008 (Edición francesa en 1980), pp. 11–27; SALUSTIANO DE DIOS, *El poder del monarca en la obra de los juristas castellanos (1480–1680)*. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2014.

6 JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Madrid, 1979, pp. 287–293.

7 COVARRUBIAS, *Tesoro...*, pp. 427–428.

8 FRANCISCO BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la jurisprudencia*, 1612, p. 59.

9 JUAN DE MATIENZO, *Gobierno del Perú (1567)*, Edición de Guillermo Lohmann Villena, París-Lima, 1967, p. 333.

moderno, como en el caso de Hugo Grocio que acudía a la Biblia como tópico frecuente de sus argumentos jurídicos.<sup>10</sup> En donde ese fenómeno se percibe con claridad es en el mundo hispano, dado que el Derecho común resultaba insuficiente para dar solución a los problemas que planteaba la conquista del Nuevo Mundo. Entonces el Derecho natural cultivado por los teólogos asumió un papel directivo.<sup>11</sup> Un jurista, con buena experiencia indiana, como el aragonés Juan Luis López señalaba a fines del siglo XVII “la manifiesta y grande conexión que tienen entre sí la Teología y los derechos canónicos y civil”, al punto que muchas veces los juristas deben avanzar a considerar puntos teológicos, y los teólogos deben a su vez penetrar en cuestiones jurídicas.<sup>12</sup> Esto llevó a considerar como juristas a teólogos en cuanto estudiaban la ley natural establecida por Dios, que contenía principios superiores y fundamentales que prevalecían sobre la ley positiva humana.<sup>13</sup>

Castilla era el reino organizado que regía el proceso de expansión atlántica hacia tierras y gentes hasta entonces desconocidas por el hombre europeo. El jurista que operaba en esas circunstancias tenía una matriz castellana por su formación universitaria, por el ámbito cultural que lo rodeaba, y por la misma estructura de los órganos de gobierno y justicia del Reino. El enfrentamiento con una realidad que era en muchos aspectos distinta de la peninsular – como claramente se puede leer en testimonios de conquistadores, misioneros y autoridades ya de la primera época – llevaba a los juristas a buscar soluciones a los problemas nuevos que se planteaban. Se daba así paso a la creación de lo que, con el transcurso de los años, configuraría un corpus normativo de heterogénea composición, tanto en lo civil como en lo canónico. A tal punto quedaron marcadas esas diferencias, que llegó a tenerse entonces por verdad sabida que el orden indiano no podía alcanzar a ser

- 10 FRANCISCO CARPINTERO, “El derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 6, Valparaíso, 1981, pp. 261–262.
- 11 Véase ALFONSO GARCÍA-GALLO, “El derecho común ante el Nuevo Mundo”, en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 147–166.
- 12 JUAN LUIS LÓPEZ, “Observaciones theopolíticas en que se ilustran varias leyes de la Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias”, Lima, 1689, manuscrito en Biblioteca Universitaria de Sevilla, est. 330, núm. 132, t. I, fs. 212v-213.
- 13 ALFONSO GARCÍA-GALLO, “Las Casas, jurista”, en Instituto de España, *Sesión de apertura del curso académico 1974–75*, Madrid, 1975, pp. 53–77. En especial, pp. 56–57.

plenamente entendido y asumido por los consejeros de Castilla ni tampoco por los letrados que viajaban a las Indias sin tener experiencia en este particular Derecho. Era este último un argumento eficaz que solían esgrimir – con más fuerza al paso del tiempo – los letrados criollos para obtener plazas en el gobierno y justicia locales frente a idénticas aspiraciones de sus colegas peninsulares.

Los juristas nacidos o radicados en las provincias indianas solían descubrir el “discurso constitucional” del reino, es decir la trama que se iba construyendo, no de un modo teórico, sino bajo el impulso de las respuestas que cabía dar a las múltiples cuestiones suscitadas. Si bien en las Indias circulaba y estaba viva una literatura jurídica castellana que ejercía un fuerte influjo, las preferencias por los autores o cuerpos legales eran distintas y también lo eran las lecturas e interpretaciones que se hacían de ellos. Diversos criterios se fueron formando con carácter general o particular. Así, por ejemplo, “las circunstancias locales” fueron alegadas muchas veces en punto a la aplicación de normas generales; y el “trasfondo consuetudinario” fue tenido en cuenta en el mismo sentido. En el campo penal se observó en algunas audiencias, al menos, un arraigado sentimiento de benignidad en la práctica judicial, mediante la vía del arbitrio judicial.<sup>14</sup> En fin, el uso de voces o figuras jurídicas y hasta la predilección colectiva de los indianos por las Partidas<sup>15</sup> marcan también esa distinción que los juristas fueron plasmando en sus creaciones.

El mismo concepto de “cultura jurídica” en América puede ofrecer diferentes apreciaciones, como lo señala Tamar Herzog, quien desde sus indagaciones sobre el reino de Quito, afirma que en los siglos XVI al XVIII dicha cultura “incluía, ante todo, la Biblia y los ensayos y tratados de teología, siendo el *Ius commune* una fuente secundaria y de menor importancia dentro de ella”, agregando que “la vida jurídica seguía dominaba por nociones y reglas directamente adaptadas del universo de la religión”.<sup>16</sup>

14 MARÍA LUZ ALONSO, “Un jurista indiano: Juan Antonio Torquemada”, en *Justicia, Sociedad y economía en la América Española*, Valladolid, 1983, pp. 225–226.

15 BERNARDINO BRAVO LIRA, “Vigencia de las Partidas en Chile”, en *REHJ*, núm. 10, 1985, pp. 43–105.

16 TAMAR HERZOG, “Sobre la cultura jurídica en la América colonial (siglos XVI–XVIII)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. LXV, Madrid, 1995, p. 911.



Tras esta caracterización del jurista castellano-indiano, se abren una serie de interrogantes. Así, por ejemplo: cuáles eran los ámbitos intelectuales y públicos en los que se formaba y actuaba; qué líneas de pensamiento o mentalidad dominaba su actividad; hasta qué punto su accionar iba moldeando al Derecho en su creación y aplicación mediante la introducción de antiguos y nuevos elementos en el discurso jurídico; quiénes y cómo trasladaban, adoptaban e innovaban la cultura del *Ius commune* en los nuevos espacios geográficos.<sup>17</sup>

## 2. Salamanca, un modelo de enseñanza

Una afirmación iushistoriográfica, transmitida superficialmente de unos a otros autores, sostenía que el Derecho que se enseñaba en las universidades hispanas consistía en volcar en las aulas el contenido de los principales cuerpos del derecho romano, dispuestos en cátedras de Instituta, Código y Digesto, con omisión o desplazamiento de la normativa del reino, la cual sólo se conocía y aprendía posteriormente junto con la práctica del foro. Esta situación que acompañó el florecimiento de aquellos estudios en las principales universidades castellanas, como la de Salamanca durante el siglo XVI y primera mitad del XVII, sólo se habría modificado con el avance del siglo siguiente cuando para detener la declinación en que habían caído los estudios universitarios en Castilla, se hizo sentir una mayor presión de las autoridades reales para que el Derecho regio alcanzara, de menor a mayor, un lugar ascendente en las aulas, reflejada también en la literatura jurídica. Esta misma caracterización se aplicaba a las universidades americanas a partir de las primeras creadas, en 1551, en México y Lima.

De esta explicación no parecía creíble que durante tanto tiempo se hubiese vivido una experiencia docente tan singular, como era la fractura

17 En este último sentido destaco la obra de ALDO ANDREA CASSI, *Ius Commune tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, Terra, Oro nell Diritto della Consquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004. Sobre este libro puede verse la reseña bibliográfica que publiqué en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núms. 33-34, Firenze, 2004-2005, pp. 1187-1195. También VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, "El Derecho Indiano en su relación con los derechos castellano y común", en *Hispania. Entre derechos propios y nacionales*, edición a cargo de Bartolomé Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente, Milano, Giuffrè, 1990, t. II, pp. 573-591.

entre un Derecho excluyentemente romano proclamado en las aulas y otro regio, practicado en el foro. Las historias universitarias publicadas entonces se ocuparon en describir la vida externa de la institución con abundantes datos acerca de su fundación, constitución, reglamentos, cátedras, autoridades y profesores, actos y ceremonias, pero con escasa inserción en su pensamiento vivo, en el influjo sobre el Derecho y en el mensaje que inculcaban a los estudiantes y graduados.<sup>18</sup>

En las últimas décadas, estudios renovadores han permitido revisar estos juicios y alcanzar conclusiones distintas a las existentes. Entre ellos se destaca, con respecto a la Universidad de Salamanca, una línea de investigación desenvuelta por la profesora María Paz Alonso Romero que, a partir de 1991, ha publicado varios estudios relevantes, hoy reunidos en su libro *Salamanca, escuela de juristas*.<sup>19</sup>

La nueva tesis ofrecida, avalada con una sólida documentación procedente de archivos universitarios, es que, contrariamente a lo sostenido por historiadores anteriores, en la Universidad de Salamanca se preparaba a los juristas que salían de sus aulas para el ejercicio de la profesión forense con el conocimiento de la realidad jurídica de su tiempo y de los elementos que la componían. La base doctrinal estaba en el Corpus iuris, que los catedráticos leían en fragmentos escogidos y comentaban en relación al caso presentado siguiendo las alternativas y variantes ofrecidas por autores antiguos y modernos para adiestrar a los estudiantes en la consideración de los problemas jurídicos y la articulación de la argumentación en torno al caso. Esta era considerada como principal actividad de los estudiantes en el aula. Pero asimismo se instruía a los aspirantes en el ordenamiento del reino, que daba especial preferencia al derecho regio, cuando contenía algún precepto relativo al caso tratado, criterio éste que no era entonces discutido.<sup>20</sup>

- 18 Un interesante examen crítico en el sentido indicado en el texto puede verse en PELORSON, *Los letrados juristas...*, cit., pp. 33 yss. Para una visión general, véase AGUEDA RODRÍGUEZ CRUZ, “La proyección de la Universidad de Salamanca en Hispanoamérica”, en *La Universidad ante el Quinto Centenario. Actas del Congreso Internacional de Universidades*, Editorial Complutense, Madrid, 1991, pp. 179–191.
- 19 MARÍA PAZ ALONSO ROMERO, *Salamanca, escuela de juristas. Estudio sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Universidad Carlos III, Madrid, 2012.
- 20 MARÍA PAZ ALONSO ROMERO, “Lectura de Juan Gutiérrez”, en ídem, *Salamanca...*, cit., pp. 466–469.

Según Paz Alonso, los grandes comentaristas del Derecho castellano en el siglo XVI se formaron en Salamanca y también enseñaron en sus aulas. Todos ellos tuvieron presentes el Derecho regio en las aulas, en obras y en la práctica tribunalicia. De tal modo, concluye que ni la Universidad enseñó una cultura jurídica ajena ni existía en Castilla una práctica desconectada de los saberes enseñados en las aulas. Como ejemplo relevante de esta afirmación, dicha profesora ha presentado la interesante figura del jurista Juan Gutiérrez, de notoria actividad a fines del siglo XVI y principios del XVII, preocupado ante todo por la dimensión práctica del Derecho y su capacidad para resolver conflictos.<sup>21</sup> Así en Salamanca – que fue el principal centro de estudios jurídicos de la Monarquía al menos durante el siglo XVI y primera mitad del siglo XVII – se aprendía y cultivaba un Derecho efectivamente vigente, que era el común, el regio y el judicial, bajo el principio de que el Derecho aplicable era el regio mientras que el común, encarnado en el *Corpus iuris*, actuaba como indispensable base doctrinal.<sup>22</sup>

En general, puede sostenerse que la formación jurídica que se ofrecía en las universidades hispanas en los primeros siglos de la Edad Moderna consistía en el estudio de los derechos romano (en cátedras de Instituta, Código y Digesto) y canónico (en cátedras de Decreto y Decretales). Los profesores ejercían su enseñanza a partir de la lectura y comentarios de textos selectivos de esos cuerpos, en materias y cuestiones principales, con el objeto de introducir a los estudiantes en el manejo del instrumental dialéctico y argumentativo para la solución de casos y conflictos que se presentasen. Se concebía así un aprendizaje activo de los textos, que se extendía al conocimiento de sus glosas, al uso de autores modernos y a la concordancia con las Partidas, dando así lugar a una fase práctica de esa enseñanza.

Este criterio didáctico estaba expuesto en los estatutos y reglamentos universitarios pero de manera más explícita se observa en unos breves escritos que circulaban en Castilla a fines del siglo XVI y primera mitad del XVII, denominados “Forma o modo de pasar en Derecho”, en los cuales se daban precisas instrucciones a los pasantes sobre la manera con que debían encarar su estudio con vistas a los exigentes exámenes requeridos para alcanzar el grado de licenciado. En un detallado programa se establecía el tiempo que

21 Ídem, p. 479.

22 Ídem, pp. 466–469.

debía dedicar al estudio y los textos a utilizar, con diversas recomendaciones, entre las cuales sobresalía la advertencia de que la tarea consistía en “ver muchos textos y entenderlos”.

Estamos en presencia de una concepción del Derecho encabezada por la doctrina de los cuerpos romanos y canónicos – así lo testimonia la denominación de las cátedras – pero limitada por la intensa labor posterior de glosadores y autores más modernos y por la fuerza que fueron adquiriendo los derechos propios, como en Castilla el Fuero Real, las Partidas, las Recopilaciones, los fueros y costumbres. El Derecho se desarrolló pues como un saber jurisprudencial, diverso y variable, que no quedaba encerrado en fórmulas y soluciones inmutables. Si bien el texto romano gozaba de autoridad, se instruía al principiante para que sobre el mismo plantease sus dudas y dificultades recurriendo a la opinión de la dificultosa glosa y de autores modernos para su aplicación al caso en un ejercicio en que aparecían entramadas las dimensiones teóricas y prácticas. No era pues un aprendizaje pasivo de textos antiguos. Estos mantuvieron siempre un lugar principal por su autoridad, sin quedar menoscabados por su falta de aplicación a situaciones particulares, dada la impronta casuista que dominaba el ordenamiento.

Como se advierte, el aprendizaje y la aplicación del Derecho eran una actividad de estudio y práctica que exigía tareas de búsqueda e indagación, de articulación de textos y de construcción de discursos y doctrinas, por parte del jurista. Era lo que Covarrubias habría tenido en mente para preparar aquella recordada definición, que a primera vista surgía como enigmática y que ahora, con las precedentes explicaciones, puede considerarse como elocuente y precisa.

Bajo este modelo de enseñanza, los juristas se encargaron de elaborar las primeras normas indianas que se formularon dentro del Derecho de Castilla. Bien pronto esa normativa empezó a adquirir un rango especial, a medida que las lejanas provincias se fueron incorporando a la corona castellana, con órganos propios de gobierno y justicia. Eran pues esos juristas castellanos los que asistían, entre dudas y desconciertos, a las primeras experiencias que sucedían a los grandes descubrimientos atlánticos del siglo XVI.<sup>23</sup> Estos

23 Una interesante descripción de las dificultades para implantar la función de justicia en los primeros tiempos de la colonización en MARIO GÓNGORA, *El Estado en el Derecho indiano. Época de fundación (1492–1570)*, Santiago de Chile, 1951, pp. 222 y ss. En el mismo senti-

hechos aparecen indudablemente integrados en la mente de un Covarrubias cuando diseñaba su imagen del jurista, que era en nuestro caso, propiamente castellano-indiano. Ensamble que, bajo distintas características e intensidad, se mantuvo a lo largo del tiempo de la dominación española.

Como explica Pelorson, estos juristas castellanos sirvieron a la Corona en los distintos reinos, provincias y demás territorios que conformaron la Monarquía Española en esos siglos de la Edad Moderna.<sup>24</sup> En particular, eran numerosos los que aspiraban y obtenían plazas en los gobiernos y tribunales indianos. El modelo de la Universidad de Salamanca se implantó en las universidades que se fueron creando en el Nuevo Mundo a partir de las establecidas, en 1551, en Nueva España y Perú, con el arribo de los letrados-juristas y teólogos graduados en la Península.

Algunos datos relevantes permiten sostener que, junto a la aplicación de la normativa proveniente del Derecho común y castellano, surgió en los claustros universitarios la preocupación por los nuevos problemas jurídicos suscitados en los territorios descubiertos. Ejemplo de ello son las enseñanzas de fray Alonso de la Veracruz en la naciente Universidad de México sobre el candente asunto de la encomienda y la propiedad territorial, que en 1553–1555 quedó plasmado en un tratado compuesto de once dudas. Veracruz, discípulo de Vitoria en Salamanca, trataba allí el conflicto de intereses entre indios y españoles en la cuestión, buscando orientarlo por los principios del Derecho natural.<sup>25</sup> Esta influencia teológica-jurídica se hizo parte del pensamiento universitario de la época.<sup>26</sup>

Según referencias posteriores se puede vislumbrar la presencia en esos ámbitos de las Partidas, reconocidas como el cuerpo real más relevante de Castilla, que fue texto de vanguardia en esta penetración, con una predilección especial en las provincias indianas. Bajo su sombra se fueron introduciendo en los claustros las propias normativas relativas al Derecho de Indias,

do véase JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN, *La Justicia del Rey en Nueva España*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2011.

24 PELORSON, *Los letrados juristas...*, cit., p. 17.

25 SILVIO ZAVALA, “Fray Alonso de Veracruz, primer profesor de Derecho agrario en la incipiente Universidad de México”, en *La Universidad ante el Quinto Centenario*, Actas del Congreso Internacional, Editorial Complutense, Madrid, 1992, pp. 49–53.

26 Véase al respecto, las interesantes consideraciones que se hacen sobre el contenido de la enseñanza en LUCIO MENDIETA Y NÚÑEZ, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, 1956, pp. 86–92.

ofrecidas a través de las principales obras legales y jurisprudenciales que empezaron, con el tiempo, a aparecer y circular. Entre ellas puede mencionarse por su difusión y relevancia en toda América, a la *Política Indiana* de Solórzano.

El trasplante del modelo salmantino al Nuevo Mundo, en cuanto al sentido de la enseñanza jurídica, puede observarse, por ejemplo, en el elogio que se hacía de un catedrático novohispano del siglo XVI que explicaba y declaraba normas pontificias. El testimonio aseveraba que dicho profesor era “copioso en los argumentos estériles, conciso en los abundantes, pronto en las citas, sutil en las deducciones”, agregando que “presenta sofismas y los deshace, nada ignora de cuanto hay más oscuro y elevado en Derecho, y por decirlo de una vez, es el único que puede hacer jurisprudencias a sus discípulos”.<sup>27</sup>

En el vastísimo reino del Perú, la Universidad de San Marcos se destacó como centro formativo de juristas y abogados, con presencia mayoritaria de los criollos a partir de 1580 a raíz del impulso dado por el virrey Toledo a los estudios superiores. Durante el siglo XVII tanto en el foro como en la estructura de gobierno y justicia, se fue consolidando el grupo de los abogados criollos provenientes de familias limeñas y también de otras comarcas del Nuevo Mundo.<sup>28</sup> Es precisamente en esa centuria cuando se acabó de configurar “el derecho municipal del Perú”, debido a la acción gubernativa de varios virreyes y a la labor fijadora, de orden legislativa y jurisprudencial, de algunos destacados juristas locales, como Gaspar de Escalona y Agüero, y Tomas de Ballesteros, y de otros orígenes como Pedro Frasso y Juan Luis López.<sup>29</sup>

- 27 JAVIER MALAGÓN BARCELO, “Breve reseña histórica de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, en *Estudios de Historia y Derecho*, México, 1966, p. 222.
- 28 TEODORO HAMPE MARTÍNEZ, “Los abogados de Lima colonial. Una perspectiva cultural y social de la profesión legal”, en *Homenaje a Alberto de la Hera*. José Luis Soberanes Fernández y Rosa María Martínez de Codes (coords.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 403–419. La cita en p. 418.
- 29 ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, “Notas sobre Gaspar de Escalona y Juan Luis López, juristas del Virreinato peruano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 6, Santiago (Chile), 1970, pp. 217–237. Sobre el tema, véase VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “El derecho municipal del Perú. Apuntes sobre su configuración”. Reeditado en el volumen de ídem, *La Ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pp. 311–345.

El modelo docente, con variantes y altibajos, atravesando esplendores y decadencias subsistió en el mundo hispano hasta el siglo XVIII, y aún más, pero ya la situación había empezado lentamente a modificarse con la fuerza ostentosa que adquiriría el Derecho real en las aulas en detrimento del Derecho romano, que se replegó sin desaparecer como saber doctrinal. Fue entonces notoria la aparición de nuevas denominaciones en las cátedras, donde empezaron a ser reemplazados los títulos de los cuerpos romanos por los del derecho regio. En esta línea, el Derecho indiano no quedó atrás. Por ejemplo, en Lima se encaró la composición de una Instituta para su enseñanza, que, si bien no llegó a concretarse, es un interesante testimonio de la nueva tendencia.<sup>30</sup> Otro intento, que al final no prosperó, fue el establecimiento hacia 1786 de una academia de jurisprudencia en Granada dedicada exclusivamente al estudio del derecho indiano.<sup>31</sup> Tiempo después, José María Álvarez, jurista de Guatemala, elaboró las *Instituciones de derecho real de Castilla e Indias*, obra de lograda síntesis de la cultura jurídica castellano-indiana de ese tiempo, que a partir de 1818 alcanzó, a través de varias ediciones, una extendida influencia en el horizonte hispano, con interesante proyección en el período de transición de la primera mitad del siglo XIX.<sup>32</sup>

En esta época se introdujeron nuevos criterios en la enseñanza que postulaban un conocimiento racional y sistemático del saber jurídico y estimulaban la formulación de un Derecho uniforme y abstracto. Ello llevó a la elaboración de grandes panoramas o síntesis y a la organización de sistemas jurídicos. Se le atribuía al antiguo modelo un excesivo apego al derecho romano y un rígido carácter teórico que, supuestamente, lo habría mantenido durante mucho tiempo ajeno a la práctica y vida jurídica que lo rodeaba. Surgió así una literatura de manuales u obras generales destinados a modificar el esquema mental del jurista para adaptarlo al cambio profundo que ya estaba en ciernes en la concepción del Derecho.

30 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El taller del jurista*, Universidad Carlos III de Madrid, 2011, pp. 164–165.

31 JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “Una academia de derecho indiano bajo Carlos III”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, núm. 7, Buenos Aires, 1955–56, pp. 83–92.

32 Véase al respecto el estudio de JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDA y MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ, “Significado y proyección hispanoamericana de la obra de José María Álvarez”, estudio preliminar de la edición de la obra *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias* publicada en 1982 en México por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Sin embargo, hacia la segunda mitad del siglo XVIII el antiguo modelo tenía todavía una notoria presencia, en coexistencia con las nuevas ideas, como ocurrió en Salamanca con ciertas prácticas universitarias y con la adopción del nuevo Plan de Estudios de 1771. En Nueva España, por ejemplo, se mantenía como requisito para acreditar las dotes de un catedrático su modo de disertar en el aula a la antigua usanza sobre la base de los textos canónicos y civiles.<sup>33</sup>

### 3. Los libros del jurista

La compañía del libro se hizo necesaria para el buen jurista. El abogado perfecto – decía un autor castellano del último cuarto del siglo XVII – requiere de muchos y diversos libros para el estudio de las materias o puntos, y para conocer principios, preceptos, avisos, que lo condujeran a nuevas y distintas soluciones a los casos.

Los libros que nutrían al letrado no eran solo de materia jurídica pues su horizonte intelectual era mucho más extenso. Así agregaba Cabrera Núñez de Guzmán que “el abogado perfecto” debía ser muy erudito en la jurisprudencia, tener noticias de “todas las Ciencias y Artes”, saber Historia y poseer elocuencia. También conocer “la política y razón de Estado”. Concluía, en fin que “la Abogacía es compendio de todas ciencias”.<sup>34</sup>

En apretada síntesis, vemos aquí estas útiles recomendaciones que se daban para que el principiante se manejara dentro del laberinto de la jurisprudencia casuista, siguiendo al hilo el sentido que se inculcaba en aquellos breves escritos de nivel universitario sobre “Modos de pasar en Derecho” que circulaban en la época. Así vemos como la lectura, manejo y entendimiento de los libros era asunto principal de las aulas que continuaba naturalmente imprimando el posterior itinerario profesional del jurista.

El libro era así auxiliar principal del jurista en la tarea cotidiana de abogar, proponer, asesorar, criticar, reformar y elaborar nueva doctrina. En el siglo XVII, algunos equiparaban los libros del letrado a las armas del caballero. Un autor precisaba que las armas eran el corazón y las letras el cerebro de “este

33 Véase ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, “Los comentarios a las Leyes de Indias”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 24, Madrid, 1954, pp. 437–438.

34 MELCHOR CABRERA NÚÑEZ DE GUZMÁN, *Idea de un abogado perfecto, reducida a práctica...*, Madrid, 1683, pp. 2–4, 160–165, 211–216 especialmente.



cuerpo místico y político del Reino”, que no podía vivir ni conservarse sin ellos”.<sup>35</sup>

Esta estrecha relación del jurista con el libro, se había acentuado en los primeros tiempos modernos con la difusión de las letras alcanzada por la imprenta y la aparición de nuevas corrientes intelectuales. El saber libresco permitió el trasplante del Derecho común y castellano al Nuevo Mundo. A ello se sumó la nueva literatura generada por los juristas indianos. A la impresión de los relevantes cuerpos legales del derecho romano, canónico y castellano-indiano se unieron las obras jurisprudenciales y otros tratados teóricos y prácticos junto con numerosos escritos jurídicos y judiciales menores. En apoyo a la labor de los letrados acudían, por su continua conexión en cuestiones que les eran comunes, los tratados de teología, teología moral, política, economía, filosofía e historia, áreas todas ellas cercanas al interés intelectual del jurista. A su vez, los libros jurídicos atraían crecientemente a un mundo extendido de las artes y las letras, compuesto por eclesiásticos, literarios, eruditos y escritores varios, que podían integrar el grupo de los paraletados y de los infraletados, según los denomina Pelorson.<sup>36</sup> A través de ellos se extendía a otros sectores sociales el léxico de los letrados, en géneros como la novela, el teatro, la copla y aun las canciones rústicas.<sup>37</sup>

La imagen literaria o pictórica del buen jurista estaba asociada a un conjunto numeroso y selecto de libros. Se solía presentar a los letrados civiles y canónicos hispanos rodeados de libros, en una clara alusión a que éstos constituían la más necesaria y decorosa compañía para enaltecer su figura. No existiendo por entonces bibliotecas públicas accesibles, era preciso que los letrados, y sobre todos los jueces superiores, poseyeran buenas bibliotecas de donde pudieran servirse para el desempeño de sus tareas.

Es cierto que los libros por sí solos no eran suficientes para dirigir el ánimo del juez hacia las soluciones adecuadas. Así Solórzano – una buena autoridad en la cuestión – decía hablando del proceder de los oidores que

35 FRANCISCO UGARTE DE HERMOSA Y SALCEDO, *Origen de los dos gobiernos divino y humano y formas de su ejercicio en lo temporal*, Madrid, 1655, p. 316.

36 PELORSON, *Los letrados juristas...*, cit., p. 16.

37 DAISY RÍPODAS ARDANAZ, “Popularidad de lo jurídico en los siglos coloniales. Un examen de la literatura de la Arquidiócesis de Charcas”, en *Revista de Historia de América*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México, núm. 101, 1986, pp. 37–64.

tanto la falta como el exceso de saber libresco era contraproducente en la debida expedición de los negocios a su cargo.

Tiempo atrás Malagón Barceló puso en evidencia dos hechos que conviene recordar en cuanto a la circulación de la literatura jurídica. De una parte, la difusión que las obras de jurisprudencia española alcanzaron en los siglos XVI y XVII en Italia, Francia, Inglaterra y Polonia, junto con la presencia de profesores españoles en universidades de esos países y con la recepción en España de algunas doctrinas extranjeras. De otra parte, la expansión que aquellos cientos de obras tuvieron en México, según se puede verificar en inventarios de la Inquisición del siglo XVII. El aluvión de libros incluía además de la jurisprudencia española e indiana, obras de política, teología, moral, filosofía y economía. Este testimonio resulta de interés, en cuanto verifica la masiva llegada de libros para los juristas novohispanos, que se extendió a las demás provincias indianas.<sup>38</sup>

La historia del libro jurídico es área temática del Derecho indiano aún poco desarrollada.<sup>39</sup> Merece preferente atención lo relativo a la edición, circulación, traducción y vigencia a través del tiempo de esas obras jurisprudenciales, no solo dentro de los espacios jurisdiccionales originarios sino también en otros territorios, donde se pueden detectar los itinerarios de una cultura jurídica compuesta de diversos circuitos y niveles de lectores. En este mismo sentido resultan de mucho interés los estudios sobre los libros jurídicos que integraron bibliotecas públicas o privadas de ministros reales, como los oidores de las audiencias, que marcaron a fuego ese sello de autoridad alcanzado por un escogido número de obras o libros jurisprudenciales.<sup>40</sup>

38 JAVIER MALAGÓN BARCELO, *La literatura jurídica española del Siglo de Oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, México, 1959.

39 VÍCTOR TAU ANZÓATEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1997, pp. 69–84. Me remito a esas paginas donde me propuse abordar, en apretada síntesis, varias cuestiones alrededor del antiguo libro jurídico con el objeto de dar sentido orgánico a los esfuerzos realizados hasta ahora y de incorporar nuevos criterios de análisis para potenciar esta área de labor, que tiene como eje a las obras jurisprudenciales como textos de autoridad, fijadores del Derecho provenientes de diversas fuentes jurídicas y literarias.

40 Para esta cuestión me remito a DAISY RÍPODAS ARDANAZ, “Bibliotecas privadas de funcionarios de la Real Audiencia de Charcas” en *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1975, t. II, pp. 499–555.

#### 4. La *Política Indiana*, modelo de obra jurisprudencial

El tratamiento temático del libro jurídico indiano necesariamente debe culminar con la imagen de una obra en particular, que sirva para representar el género. En tal sentido, me ocuparé de la *Política Indiana* de Juan de Solórzano Pereira, que es, sin duda, la más importante obra jurisprudencial fijadora del ordenamiento indiano. Adelanto aquí sólo algunas ideas al respecto, que el lector podrá observar de modo particular, y a veces reiterativo, en varios estudios contenidos en el presente libro.

La obra de Solórzano se encuadra dentro de la literatura casuista, que permite observar ese mecanismo de argumentación aplicado a una realidad nueva, distinta y variada: el Nuevo Mundo o *Novus Orbis*. El autor decía que “entre los nombres que hasta hoy se han dado a nuestras Indias, ninguno hallo más convincente y significativo de su grandeza” que ese mismo. Aunque el enfoque estaba centrado en el Perú – ámbito que él conocía – su mirada se extendía hacia las demás provincias, con ejemplos y situaciones extraídos de su larga experiencia en el despacho de los asuntos en el Consejo de Indias. La vigencia de la obra se extendió por más de un siglo y medio, con amplia circulación. Así en 1736 decía Ramiro Valenzuela, a cargo de una nueva edición: “es uno de los libros principales para el gobierno y decisión de las causas y negocios de las Indias”.

En la *Política Indiana* se refleja, de manera cabal, el perfil del jurista que estamos tratando de esbozar, en donde se expresan y se perciben las posibilidades de avance y las limitaciones que tenía la acción del hombre de derecho como constructor del orden jurídico de ese tiempo. Solórzano fue un jurista comprometido con la delicada tarea de ocuparse de ese orden en las Indias, tanto por la vía legislativa como por la vía de la doctrina de autores, en el arco temporal central del siglo XVII. El Derecho indiano ya tenía para entonces suficiente desarrollo pero sus elementos estaban dispersos. Faltaba el jurista que trazara los criterios fundamentales de ese ordenamiento. No lo alcanzaron a realizar otros hombres de su tiempo y, en cambio, Solórzano lo cumplió acabadamente, prolongándose la autoridad de su pluma hasta los profundos cambios en la concepción jurídica del siglo XIX.

Un minucioso análisis sobre las fuentes librescas utilizadas en la elaboración de la *Política Indiana* permite a la investigadora Ana María Barrero sostener que dicha obra, junto con el libro predecesor *De Indiarum Iure*, “pueden ser considerados como un vehículo de transmisión de la literatura

jurídica europea y en especial del derecho común al continente americano”. Las citas de autores y obras en el texto de Solórzano abarcan una variedad que excede el área jurídica y alcanza a fuentes literarias de diverso carácter y autoridad, de índole sagrada, histórica, política, científica, etc. Dentro del campo jurídico es también muy amplia la mención que se hace de autoridades y doctrinas de distintas épocas, aunque naturalmente predominan la de los siglos XVI y XVII. Se suceden así las citas de juristas y escritores de los reinos hispanos, de Italia y otros países del derecho común, de distintas escuelas. Algunas de ellas provenían de textos de conocimiento directo por parte del autor, otras extraídas seguramente de los abundantes “repertorios de autoridades”. Era el apoyo necesario a la argumentación desarrollada en una cuestión o a la exposición de una idea o principio rector.<sup>41</sup>

La circulación de esta literatura jurídica no produjo solo una simple transmisión unidireccional de autores y doctrinas del *Ius commune* hacia el Nuevo Mundo, ya que la aplicación local de esas teorías y lecturas fue variable según lugares y circunstancias. Es difícil precisar cómo realizó Solórzano su tarea sobre aquel aparato libresco que le servía de apoyo y también apreciar en qué medida aparecía la reflexión y creación propia derivadas de esas lecturas o de su vasta experiencia en la magistratura limeña. Lo que parece más evidente es que en diversas ocasiones debió acudir, fuera del núcleo conceptual del *Ius commune*, a la elaboración teórica para afirmar principios e instituciones del derecho indiano, cubriendo vacíos o reemplazando contenidos de aquella procedencia que no resultaban aplicables a la realidad del Nuevo Orbe.

Cabe también preguntarse, en punto a esta circulación de libros e ideas, cómo se leyó la *Política Indiana* dentro de la cultura europea del *Ius commune* y con qué resultados. Para esto contamos con un notable ejemplo, ofrecido por el profesor Ditlev Tamm, quien coloca a la obra de Solórzano en lugar relevante dentro de la literatura sobre derecho indiano de los siglos XVI y XVII, conocida en el norte de Europa. De modo particular, le asigna el papel de trasmisor del concepto político de unidad imperial de la Monarquía española, influyendo en quienes, hacia 1660, constituyeron como gobierno absoluto a la Monarquía compuesta de Dinamarca y Noruega, que contaba

41 ANA MARÍA BARRERO GARCÍA, “La literatura jurídica del barroco europeo a través de la obra de Solórzano Pereira”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 15, Santiago, 1989, pp. 65–85.

con varias dependencias de ultramar. Por lo demás, es curiosa la existencia de ejemplares de distintas ediciones de la *Política Indiana* y de otros autores de derecho indiano en la Biblioteca Real de Copenhague.<sup>42</sup> Este aporte levanta una punta del velo que mantiene oculta la presencia de juristas del Nuevo Mundo y sus obras en países europeos no españoles.

Finalmente deseo apuntar mi propia observación. Cuando años atrás estaba empeñado en una línea de investigación que buscaba penetrar y comprender la mentalidad casuista de aquella época y sus mecanismos de argumentación e invocación, utilicé para este ejercicio la *Política Indiana*. A medida que avanzaba en su lectura fui descubriendo mecanismos, enfoques e ideas que superaron ampliamente mis expectativas ofreciéndome un panorama esclarecedor del tema principal y suscitando cuestiones e interrogantes colaterales. Así observé como Solórzano trataba las diversas cuestiones, a veces dando prioridad a un enfoque conceptual, otras presentándola en torno a un caso, señalando las distintas opiniones, pronunciándose a veces por una de ellas con decisión, o por otra como más probable, y a veces dejando pendiente la solución. Las notas y apuntes acumulados como cosecha natural de tan provechosa lectura me permitieron desarrollar o enriquecer algunos de mis posteriores estudios.

## 5. Experiencia y prudencia en el jurista

El saber jurisprudencial adquirido en las aulas y en los libros específicos no era suficiente. Para alcanzar su plenitud el jurista necesitaba contar con ciertos atributos – experiencia y prudencia – y otros saberes humanos que si bien ya eran exigidos al letrado castellano, con más énfasis se indicaban para quienes se trasladaban al Nuevo Mundo. Algunos ejemplos concretos, especialmente de los tiempos iniciales de la colonización pueden ser útiles para introducirnos en el planteamiento de la cuestión.

La experiencia, como necesario atributo del jurista, se consideraba – más en los siglos XVI y XVII – como un elemento imprescindible en la decisión de un asunto público. Sobre todo se hacía evidente entre los juristas castellanos que al salir de sus tierras observaban otras realidades en los diversos

42 DITLEV TAMM, *Clásicos del derecho indiano en Dinamarca. Un estudio sobre el derecho indiano de la época entre 1550 y 1650*. Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2012, pp. 6–27.

territorios de la Monarquía donde desempeñaban funciones al servicio del rey.<sup>43</sup>

El gran toque de atención lo había dado el virrey Antonio de Mendoza en un informe al rey sobre la situación de México en 1550. En tono vigoroso exponía el irreparable mal que causaba la falta de experiencia en ministros y magistrados: “Provee S. M. a mi y otros como yo por virreyes y gobernadores, siendo nuevos en los cargos y no teniendo experiencia; envía oidores que allá no se proveerán por alcaldes mayores, y fiale un mundo nuevo sin ninguna orden ni razón ni cosa que parezca a lo de allá, ¿qué espera S. M. que ha de suceder a dos mil leguas de donde está sino dar con todo en el suelo y que se acabe haciendo experiencias antes que lo entienda?”<sup>44</sup>

Experiencia sobre las distintas comarcas, experiencia en los negocios y pleitos eran reclamos generalizados en los siglos XVI y XVII para completar el conocimiento teórico del letrado.<sup>45</sup> “No basta – decía Cabrera – la más aguda especulación del Derecho para la inteligencia y determinación de los pleitos y negocios: es necesario haber reducido a experiencias y demostraciones prácticas, las doctrinas, conclusiones y reglas que se tratan y disputan en la Universidad.”<sup>46</sup> La carencia de experiencia era considerada una de las causas de fracaso de los letrados en el gobierno. Otro autor del seiscientos entendía por sabios y doctos en derecho “a aquellos a quien la lección de libros, y la experiencia de negocios, y noticia de pleitos, les han dado autoridad para poder hablar y decir su parecer para el acierto de los casos y ocasiones ocurrentes...”<sup>47</sup>

Mucha era la atención que se prestaba al obrar humano en el gobierno y justicia de una sociedad regida por un orden jurídico, basado en una concepción casuista, en donde el gobernante y el magistrado gozaban de un amplio margen de discrecionalidad. La presencia decisiva de esa acción

43 Sobre esto, véase PELORSON, *Los letrados juristas...*, cit., pp. 375–376.

44 LEWIS HANKE, *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria, México*, t. I. BAE, Madrid, 1976–1978, pp. 57–58.

45 JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “El saber profesional de los agentes de la administración pública en Indias”, en *Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América Española. Siglos XVI, XVII y XVIII* (VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano), Valladolid, 1984, p. 252.

46 CABRERA NÚÑEZ DE GUZMÁN, *Idea de un abogado...*, cit., p. 2.

47 PEDRO DE REINA MALDONADO, *Norte claro del perfecto prelado, en su pastoral gobierno*, Madrid, 1653, t. 1, p. 326.

humana era clave en una sociedad dinámica, en donde la variedad de casos y ocasiones exigían la adecuación de las normas a las situaciones dadas. Solo a través de determinadas virtudes morales se podía alcanzar que ese obrar fuese positivo. En este sentido es que Bermúdez de Pedraza decía que “los juristas son verdaderos religiosos, no en el hábito, sino en el ánimo, usando de equidad y justicia”.<sup>48</sup>

Aunque era una situación generalizada en el orbe hispano, la mayor valoración hacia ese obrar humano, con fuerza incluso superior a las mismas leyes, se daba en las Indias, principalmente en el siglo XVI. Así se puede recordar la conocida queja del licenciado Diego Tellez enviada al rey, sobre la conducta de los oidores de la Audiencia novohispana, en la que intentaba que las altas autoridades comprendieran que una tierra nueva y lejana requería otra gobernación a la existente en los reinos peninsulares y que los oidores que se designasen “sean de edad perfecta, honestos, temerosos de Dios y de sus conciencias tengan siempre vuestra alteza delante los ojos”.<sup>49</sup>

Era aún más patético el reclamo, que en el mismo sentido, hacían en 1550 otros dos experimentados observadores de la realidad americana. El virrey Antonio de Mendoza consideraba que en vez de expedir provisiones y órdenes contradictorias y mutables, todo se remediaba “con solo proveer personas calificadas que tengan en razón y justicia la tierra”.<sup>50</sup> En coincidencia Andrés de Tapia, uno de los primeros conquistadores de Nueva España, encarecía que el rey y el Consejo de Indias enviasen a las Indias personas de calidad, en las que “deje a su arbitrio que haga y deshaga leyes, sino presto acabará las Indias de Nueva España y Perú como se han acabado las demás”.<sup>51</sup> Es bien cierto que estos reclamos – casi angustiosos – se hacían en situación de emergencia, en momentos en que la colonización se encontraba en una de sus más tempranas y profundas crisis, pero los testimonios – aun con intensa carga de emotividad – son reveladores del aprecio concedido al buen obrar humano por sobre las mismas leyes.

En fin, la constante preocupación por este aspecto también quedó registrada en las estrofas de Juan de Castellanos, que atribuía los gobiernos

48 BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal...*, cit., p. 32.

49 FRANCISCO PASO Y TRONCOSO (ed.), *Epistolario de Nueva España 1505–1818*, México, 1939–1942, t. XIV, pp. 155–156.

50 HANKE, *Los virreyes españoles...*, México, I, cit., pp. 57–58.

51 PASO Y TRONCOSO, *Epistolario de Nueva España...*, cit., t. VI, p. 8.

desacertados de los letrados, además de la falta de experiencia, a la “gran soltura de conciencia”. De ahí que una persistente literatura moral y política durante el siglo XVII y el mismo XVIII, se ocupara de inculcar en ministros, jueces y abogados hábitos de rectitud y moralidad en el desempeño de los oficios. Así la pluma crítica de Juan Francisco de Castro sentenciaba que no había empleo en que “más se necesite rectitud de intención, verdad, fidelidad, consumada prudencia y pureza de costumbres”.<sup>52</sup> Literatura que seguramente logró morigerar hábitos, atajar abusos y contribuir a una mejor preparación moral, pero que en su reiteración misma testimonia también como se infringían esos preceptos.

La prudencia era un atributo que condensaba otros, dando lugar a un particular desarrollo tanto en las esferas del Derecho, como en la Política o la Moral. No en balde aquella denominación de jurisprudencia o jurisprudente. No es posible componer la imagen del jurista sin referirse a ella. Los humanistas – dice Piano Mortari – vieron en la prudencia la principal de las virtudes civiles. Así la conducta moral, la acción política y la decisión jurídica eran el fruto esperado de la prudencia.<sup>53</sup> Juan Luis Vives consideraba que era “la cosa más necesaria en todas las circunstancias de la vida” y se preguntaba: “¿quién que carezca de gran prudencia podrá ver o definir la equidad de las cosas? ¿qué podremos decir entonces de muchos que son a la vez expertísimos en derecho y absolutamente carentes de prudencia...?”<sup>54</sup> Si bien la inspiración venía del pensamiento clásico, estaba fuertemente enraizada en la concepción del mundo que tenía el jurista medieval. La línea aristotélica – tomista la proyectaba claramente sobre la época.

Según se pensaba, la ciencia jurídica no se agotaba en la teoría. Era tan solo un presupuesto para el obrar iluminado e informado en cada caso. De ahí que los vocablos *prudentia* y *prudentia iuris* sirvieran entonces para definir el saber del jurista. La prudencia – recuerda Piano Mortari – era la doctrina con la que el jurista indicaba si el hecho era lícito o ilícito. En esto la preparación técnica se unía a un fino sentido de lo concreto. De ahí que

52 JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus interpretes...*, libro III, discurso VI (1765), ed. 1829, t. I, pp. 263–267.

53 VICENZO PIANO MORTARI, “Pensieri di Alciato sulla Giurisprudenza” en ídem, *Diritto. Logica. Metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, pp. 354–356.

54 JUAN LUIS VIVES, *Causas de la decadencia de las artes (1531)*, Edición, Buenos Aires, 1948, p. 418.



el prudente fuese considerado, tanto en la antigüedad clásica, como en el medievo y entre los humanistas – tal el caso de Alciato, objeto específico de estudio de aquel autor – como el hombre de acción capaz de adaptar los principios universales del saber a la situación de la vida práctica, que es individual y particular. Así aparecía como atributo necesario al político, al moralista y al jurisconsulto, ya que en estas tres esferas, sujetas a esa reflexión y a la experiencia, las soluciones quedaban supeditadas a los casos tal como se fuesen presentando, ya que no había reglas prefijadas que establecieran aquellas de modo absoluto.<sup>55</sup>

## 6. El cambio de escenario

En estas páginas aparece registrada la fuerte presencia del jurista en el escenario del saber, donde convivía con otros autores y pensadores, como teólogos, filósofos, políticos, literatos y eruditos varios, etc. El juego de esos diversos saberes integraban un universo intelectual con estrechos contactos entre las leyes, los cánones, la teología dogmática y la moral, la política y la economía, a menudo superpuestas, complementarias y a veces en difícil pugna. Esto daba una enorme riqueza al campo del pensamiento y explica el papel que desempeñaba el hombre de derecho como agente activo en el tejido social de su tiempo, especialmente en el novedoso ámbito del Nuevo Mundo.

El perfil trazado de este jurista castellano-indiano se fue desvaneciendo cuando el escenario del saber se modificó en consonancia con el gran movimiento de transformación general de la sociedad occidental ocurrido hacia fines del siglo XVIII, que se extendió a lo largo de las décadas siguientes. Ya era visible el avance de un modelo distinto de concebir el Derecho. Se estaba produciendo, en palabras de Santos M. Coronas, una evolución “desde el antiguo orden doctrinal, judicial y consuetudinario del *ius commune* hasta la nueva filosofía de la razón”.<sup>56</sup>

Bajo el estímulo de la filosofía, la economía y la política, se fueron estableciendo nuevos saberes formativos de los juristas con la pretensión de

55 Sobre esto, véase también ROBERTO I. PEÑA, *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba (1614–1807)*, Córdoba, 1986, pp. 142 y ss.

56 SANTOS M. CORONAS, “Jovellanos y el método jurídico”, en *Jovellanos, el valor de la razón (1811–2011)*. Edición coordinada por Ignacio Fernández Sarasola y otros autores, Gijón, 2011, p. 323.

alcanzar la uniformidad y certeza del Derecho mediante la construcción de nuevas reglas y principios que lo sustentaran. Bajo la égida de una fuerte teorización política, el Estado fue reconocido como agente productor exclusivo de dichas reglas. Se pudo así establecer un orden legal asentado principalmente sobre las constituciones y códigos, seguido de una importante construcción iusteórica de juristas europeos de la época que fue recibida y adoptada dentro del orden hispano y particularmente en los nuevos Estados que surgieron en la América española al producirse la desmembración de la Monarquía.

La nueva legalidad requería de un tipo de jurista distinto al actuante en los siglos precedentes. En estas condiciones quedó desplazada una parte sustancial de la literatura jurídica existente y fueron condenados al olvido los grandes juristas del derecho castellano-indiano que habían mantenido una larga vigencia. Con todo, ese cambio no fue súbito ni total. Mediante un constante ejercicio de revalorización pervivieron en el tránsito del orden tradicional a la legalidad contemporánea diversos rasgos del antiguo mundo de los letrados.

# 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