CASUISMO Y SISTEMA, TREINTA AÑOS DESPUÉS...

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AGUSTÍN CASAGRANDE. *Buenos Aires*
THOMAS DUVE. *Frankfurt am Main*
JORGE NÚÑEZ. *Buenos Aires*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO

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

Comisión Directiva

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

Miembros Titulares

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

Miembros Correspondientes

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

Miembros Titulares y Correspondientes fallecidos

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

INTRODUCCION

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

1. Objeto de la obra

Para descubrir el espíritu de determinado Derecho es preciso penetrar en capas profundas de la mentalidad y cultura de la sociedad. El proceso histórico de la compleja civilización española en América, desde el Descubrimiento a la Independencia, sólo puede ser acabadamente comprendido cuando al reconocimiento de superficie se une la exploración del subsuelo. En esta obra me propongo ir en busca de creencias e ideas que, palpitando por debajo de la legislación, la jurisprudencia o la actividad judicial, dan sustento y confieren peculiaridad al orden jurídico hispanoindiano y estimulan su transformación [1]. Las nociones de *casuismo* y *sistema* resultan, a mi juicio, aptas para aglutinar un estudio de estas características.

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

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

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

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

de razonar, sus métodos, las inclinaciones intuitivas. Por esta vía nos acercaremos a conocer el "espíritu" del Derecho indiano.

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

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

utilizando sus piedras, pero ateniéndose a un diseño moderno. Ya en 1952 Mariluz Urquijo advertía sobre la necesidad de reconstruir el juicio de residencia tal como surgía de la documentación manejada en vez de "trazar un sistema armónico, de líneas coordinadas y equilibradas proporciones", enfatizando el riesgo de sentar conclusiones universales [2]. Me complacería que el lector encuentre repetidas ocasiones para afirmar este paradigma metodológico.

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

En la necesidad de superar enfoque tan unilateral, es conveniente recordar el modo abierto con que Helmut Coing plantea la cuestión: el método científico de una ciencia determinada es —dice— "el conjunto de puntos de vista —tanto generales como concretos— que después de la experiencia adquirida en la disciplina, deben ser observados en la investigación y que son admitidos en la discusión en el cuadro del que cada ciencia positiva se desenvuelve" [3]. Dichos puntos de vista ofrecen un proceso de mutación al que hay

[2] MARILUZ URQUIJO, *Ensayo*, XVII.

[3] COING, "Trois...", 533.

que atender, pues históricamente el Derecho —o cualquier otra ciencia— ha sido pensado de diferentes maneras.

Agrietado ya aquel modelo científico —sin duda, admirable— que condujo a la ciencia jurídica a un pronunciado aislamiento del mundo social, el saber jurídico busca nuevos criterios o métodos que puedan auxiliar o suplantar a la declinante Dogmática. Una de sus vías es —como ocurrió en otras épocas— volver la mirada hacia el pasado para descubrir en la tradición jurídica anterior al siglo XIX el despliegue de variadas formas metódicas con particular énfasis en la decisión del caso [4]. Sin necesidad de acudir a ordenamientos extraños a nuestra tradición, se puede encontrar en el pasado algunos modelos que permiten la reflexión crítica sobre el estado actual del Derecho y la consiguiente renovación.

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

[4] ZULETA PUCEIRO, *Paradigma*, 276.

tendían y aplicaban las normas es un elemento indispensable para dar a ese género de estudios sólidas bases de elaboración.

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

2. Puntos de apoyo de la investigación

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

a) *La historiografía jurídica indiana*

El primero es, sin duda, el de los estudios de Historia del Derecho indiano, dentro de cuyos límites se ubica natu-

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

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

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

Entre los autores es bastante generalizada la referencia al casuismo como carácter propio de la legislación indiana

dictada en la Península [5], sin extender ese juicio a la expedida en América. Salvo excepciones, no aparece señalado el enlace del casuismo indiano con la mentalidad dominante en el Derecho común o en el castellano. Es más, algunos como Ots Capdequí, parecieran empeñados en trazar una separación. De tal modo, la impresión dominante que se recoge en esta cuestión, después de leer a nuestros principales historiadores, es que se trata de un casuismo legislativo, de procedencia peninsular, originado en la peculiaridad que ofrecía el Nuevo Mundo.

En este punto cabe anotar el aporte de dos estudiosos, diferente en sí, pero coincidente en cuanto a buscar una comprensión más amplia de ese fenómeno. En uno de sus tan singulares estudios de la década del cuarenta, Rafael Altamira se propuso demostrar la existencia de una autonomía y descentralización legislativa en las Indias [6]. Llevado por este propósito dedicó parte sustancial de su examen a poner en evidencia, con el acopio de numerosos testimonios, la peculiaridad de la legislación indiana, sentida tanto en España como en América, como consecuencia de la diversidad de las tierras y las situaciones. Altamira enlazaba este desarrollo americano con la idea ya existente en la tradición jurídica castellana. Aunque el maestro español prefiere acogerse a otras voces más técnicas, no hay duda de que estamos en presencia de una forma de exteriorización del casuismo. Tal estudio, por su aporte documental y por sus reflexiones, resulta de indudable valor en la consideración de aspectos parciales de nuestro tema.

A su vez, José M. Mariluz Urquijo presentó el casuismo legislativo como un fenómeno dominante en el mundo jurídico de entonces —no sólo en el ámbito indiano—, en el que la agudeza del jurista estaba presente para apreciar los matices de cada caso y resolver los problemas conforme a las exigencias particulares, a diferencia de la acti-

[5] ZORRAQUIN BECÚ, *Historia*, I, 218.

[6] ALTAMIRA, "Autonomía...".

tud del jurista actual, más atento a la uniformidad del Derecho [7]. Este juicio, aparte de su contenido valorativo, apunta a mostrar al jurista en un papel ciertamente creativo y no mecánico en la solución de los problemas que se le planteaban. Si tenemos en cuenta que fue Mariluz quien, con gran perspicacia, utilizó una singular página de fray Luis de León enaltecedora del casuismo —que examinaré en su momento— podemos sostener que aun habiéndose ocupado del tema de modo incidental —en realidad lo hizo para advertir acerca de las dificultades e inconveniencia de recrear sistemáticamente el juicio de residencia, asunto de su investigación entonces— fue él quien, en 1952, expresó con más claridad el concepto del casuismo indiano.

Para algunos autores el casuismo abarca toda la esfera jurídica, otros subrayan su presencia en determinados sectores, como el político-administrativo [8], el Derecho privado, o el desplegado en concretas instituciones [9]. Desde otro punto de vista, el casuismo legislativo ha sido apreciado como peculiaridad regional. Así ya en 1924 lo ponía de relieve Ricardo Levene, quien señalaba el vano intento de unidad que había perseguido la Recopilación de 1680, pues la diversidad jurídica de los reinos o provincias no sólo se mantuvo, sino que se hizo más profunda [10]. De igual modo, para García-Gallo, el Derecho provincial indiano subsistió aun después de la Recopilación [11]. Esta idea del Derecho provincial es seguida por la generalidad de los autores. Uno de ellos, Malagón Barceló, la compara con el Derecho provincial del Imperio romano [12].

En cuanto a la presencia del casuismo a través del tiempo, la ambigüedad de algunos historiadores llevaría a supo-

[7] MARILUZ URQUIJO, *Ensayo*, XVI.

[8] ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia*, I, 121.

[9] Idem, 218.

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

[11] GARCÍA-GALLO, "Problemas", 89.

[12] MALAGÓN BARCELÓ, *La literatura*, 22.

ner su permanencia inmutable. Hay quienes lo acentúan en los orígenes o primera época, fijándolo en la primera mitad del siglo XVI [13], o extendiéndolo a toda la centuria. La aparición de ordenanzas de diverso tipo ya en aquella primera mitad [14], o la labor de don Juan de Ovando en la década de los sesenta, constituyen hitos en los cuales se fijan a veces la superación del casuismo inicial y aun el surgimiento del elemento sistemático. Para unos, esto se hizo manifiesto en la Recopilación de 1680 y para otros en la Ordenanza de Intendentes de 1782. José Miranda —al caracterizar el orden político— prefiere atenerse a una división en dos etapas, la de los Austrias con predominio de una mentalidad casuista, y la de los Borbones, donde se impuso la racionalización [15]. De modo general, Ots Capdequí, al trazar las características del Derecho indiano, establece en primer lugar "un casuismo acentuado y, en consecuencia, una profusión legislativa extraordinaria" y, en segundo lugar, "una tendencia asimiladora y uniformadora". Afirma que, aunque esta última línea fue pretendida por los Austrias y más aún por los Borbones, la realidad se impuso y la diversidad se hizo patente [16].

Según se advierte, en general la incidencia de las concepciones casuista y sistemática ha sido reducida al campo legislativo, siendo la promulgación de determinados cuerpos orgánicos la señal que orienta el Derecho indiano hacia un cambio de concepción. Otros estudiosos han puesto su atención en el cambio dinástico de la Monarquía. Estas apreciaciones, más allá de su aceptación relativa, resultan insuficientes, pues están limitadas a enfoques estrechos, ya reducidos al plano legislativo, ya dando valor absoluto al cambio dinástico. De cualquier modo, muestra atención al proceso evolutivo y al cambio histórico. La dificultad de establecerlo con precisión en cualquiera de los momentos

13 García-Gallo, "Problemas", 87.

14 García-Gallo, "Génesis", 133.

15 Miranda, 145-146.

16 Ots Capdequí, *Manual*, 330; *Historia*, 88.

o hechos indicados —o en otros distintos— nos lleva a una extremada cautela en este aspecto, al punto de renunciar a fijarlo rígidamente, y elegir, en cambio, hacerlo de modo flexible, según sean los niveles, buscando sólo ciertas aproximaciones.

En general, nuestros historiadores no han entrado, al menos de manera decidida, en el terreno valorativo. De quienes lo han hecho, recogemos aquí dos juicios opuestos. Diego Luis Molinari afirmaba en 1922 que el legislar por casos introdujo tal anarquía en el mundo curial que hubo de buscarse la solución en "la recopilación metódica" de las leyes [17]. Esta expresión induce a mostrar al sistema como superador de los problemas provocados por el casuismo. Distinta era la apreciación que ya en 1924 sustentaba Ricardo Levene, al afirmar que "la legislación de Indias fue particularista y progresista, es decir, destinada a resolver los casos que se presentaban y abierta a las nuevas prescripciones que sin cesar sucedían a las antiguas para mejorarlas o simplemente complementarlas, en un movimiento de reformas que no terminó sino con la dominación misma" [18]. El casuismo es aquí valorado de modo muy distinto. No veía Levene en él un caos legislativo, pero tampoco lo negaba. Su visión se articula de otra manera: la apertura que tenía hacia los problemas nuevos, le permitía tender a un continuo progreso, mediante un incesante movimiento de reformas.

Estas estimaciones pueden cerrarse con un aspecto no contemplado expresamente en los juicios anteriores. En efecto, Alfonso García-Gallo atribuye "el casuismo y contradicción frecuente de la legislación indiana... al deseo de atender a la realidad" [19]. En otro trabajo anterior, de manera más amplia afirma que la nueva legislación "se va formando a medida que los problemas surgen o se plantean

[17] MOLINARI, *Introducción a...*

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

[19] GARCÍA-GALLO, "Problemas...", 84.

acuciantes en un lugar cualquiera: es por ello una legislación casuística, ocasional, que va remendando o poniendo parches allá donde la fuerza de la realidad acusa fisuras en el ordenamiento vigente. Ante la ausencia de un plan general, en cada ocasión, en cada lugar y en cada momento, se determina lo que parece mejor; aunque a veces, por la distinta forma de plantearse un mismo problema, la solución difiere de uno a otro lugar" [20].

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

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

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

[20] García-Gallo, "Génesis...", 132-133.

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

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

b) *Los estudios históricos sobre el Derecho europeo*

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

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