

Teoría y práctica de la Ley. Apuntes sobre tres juristas indianos

Theory and practice of Law. Notes on three «Indiano» jurists

Francisco CUENA BOY

Catedrático de Derecho Romano

Departamento de Derecho Privado. Área de Derecho Romano

Facultad de Derecho. Universidad de Cantabria

cuenafj@unican.es

Recibido: 3 de mayo de 2006

Aceptado: 15 de mayo de 2006

RESUMEN

El sistema jurídico de las colonias españolas en América (el denominado “Derecho Indiano”) se caracterizaba por su destacado casuismo. Sin embargo, la legislación delegada siempre fue uno de los elementos esenciales de ese sistema jurídico, indispensable tanto para el pensamiento teórico sobre el derecho como para el funcionamiento práctico de las reglas. El propósito de este artículo es mostrar el valor antes mencionado de los decretos a través de las doctrinas y opiniones de tres juristas “indianos” del siglo XVI: Fr. Miguel Agia, Diego de Avendaño y Alonso de la Peña Montenegro.

PALABRAS CLAVE: Sistema jurídico, colonias españolas en América, casuismo, juristas indianos.

ABSTRACT

The legal system of Spanish colonies in America (the so-called “Derecho Indiano”) is characterized by its remarkable casuism. However, the statutory law always appeared as one of the essential elements of that legal system, as indispensable for the theoretical thought about law as for the practical performance of the rules. The purpose of this paper is to show this afore-mentioned value of the statutes through the doctrines and opinions of three “Indiano” jurists of the XVIth century: Fr. Miguel Agia, Diego de Avendaño and Alonso de la Peña Montenegro.

KEYWORDS: Legal system, Spanish colonies in America, casuism, “Indiano” jurists.

RÉSUMÉ

Le système juridique des colonies espagnoles en Amérique (l’ainsi nommé “Droit Indien”) se caractérisait par son fort casuisme. Toutefois, la législation déléguée a été toujours un des éléments essentiels de ce système juridique, aussi indispensable pour la pensée théorique sur le droit comme pour le fonctionnement pratique des règles. Le but de cet article est de montrer la valeur précitée des décrets à tra-

vers les doctrines et les avis de trois juristes “indiens” du XVI^{ème} siècle: Fr. Miguel Agia, Diego de Avendaño et Alonso de la Peña Montenegro.

MOTS CLÉ : Système juridique, colonies espagnoles en Amérique, juristes « indiens ».

ZUSAMMENFASSUNG

Die Rechtsordnung der spanischen Kolonien auf dem amerikanischen Kontinent (das so genannte „indianische Recht“) ist durch sein bemerkenswertes Fall-Recht (Kasuistik) gekennzeichnet. Gleichwohl erschien das Statutenrecht immer auch als eines der wesentlichen Elemente dieser Rechtsordnung, weil es für die Theoriebildung zu den Gesetzen wie auch für die praktische Ausformung der Normierungen unerlässlich war. Daher ist Ziel dieses Aufsatzes, den erwähnten Stellenwert der Statuten anhand der Lehrmeinung dreier „indianischer“ Juristen des 16. Jahrhunderts zu schildern: Fr. Miguel Agia, Diego de Avendaño sowie Alonso de la Peña Montenegro.

SCHLÜSSELWÖRTER: Rechtsordnung, spanischen Kolonien, Kasuistik, „indianischer“ Juristen.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La ley según fray Miguel Agia. 3. La epiqueya según Alonso de la Peña Montenegro y Diego de Avendaño. 4. La aplicación de la ley y las reglas del derecho en un orden casuista. 5. Conclusión.

1. Planteamiento

Mi punto de partida en este trabajo es la sugerente indagación del profesor Tau Anzoátegui acerca de la concepción y la aplicación de la ley en un orden jurídico casuista como lo fue paradigmáticamente el orden jurídico indiano¹. Asumo en su conjunto el planteamiento y los resultados alcanzados por el profesor Tau, a los que sólo deseo añadir algún matiz que señala la línea principal en la que aspira a inscribirse mi propia y pequeña aportación.

Observa el citado profesor lo siguiente:

la mente casuista apuntaba a resolver el caso planteado trabajándolo particularmente en torno a las circunstancias concretas. De ahí que las leyes omnicomprendivas no le fuesen necesarias y hasta pudiesen estorbar en la búsqueda de la decisión. No dudaba, pues, en apartarse de las mismas cuando no encajaban en el caso concreto².

No es mi intención discutir la verdad sustancial de esta afirmación. Sin embargo, para completar la idea que con ella se quiere poner de manifiesto considero nece-

¹ Vid. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires 1992, principalmente el cap. VI, I sobre “La ley dentro de un orden casuista” (pp. 319-358), y el cap. VIII, I sobre “La aplicación en un orden casuista” (pp. 486-541).

² TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.* (supra, n. 1), p. 319.

sario puntualizar en primer término que la ley, cuando existe, no es de ningún modo un dato despreciable para la mente casuista; en segundo lugar, que el apartamiento de la ley en orden a decidir el caso concreto nunca fue un trance cómodo que se pudiera dar en ausencia de alguna sólida justificación material ni menos aún consumarse por cualquier vía que prescindiera de las “reglas del arte”³; y por último, que el apartamiento de la ley, sobre no limitarse forzosamente a un solo caso particular o a una serie de ellos, era siempre una decisión de carácter excepcional a la que se acudía sólo en último término, a no ser que se quiera incluir en aquel concepto la extensión y la limitación de la norma legal -esto es, su interpretación extensiva o restrictiva-, igualmente sujetas, por lo demás, a reglas y procedimientos formales.

Trataré de mostrar lo ajustado de estas ideas sirviéndome de algunos ejemplos espigados de las obras de tres juristas indianos del siglo XVII que tienen de común su condición de hombres de iglesia: el dominico fray Miguel Agia⁴, el jesuita Diego de Avendaño⁵ y el obispo de Quito Alonso de la Peña Montenegro⁶.

2. La ley según Fray Miguel Agia

Algunos datos procedentes del tratado que compuso fray Miguel Agia sobre la *Real instrucción acerca del trabajo de los indios* de 24 de noviembre de 1601 serán suficientes para ilustrar la importancia central de la ley⁷. Antes de pasar a exponer

³ El propio profesor Tau apunta que el jurista indiano, a pesar de su reticencia ante las leyes generales y su inclinación por el trabajo particular sobre los casos concretos, no operaba con total libertad, pues no sólo quedaba ceñido por el marco de aquellas leyes sino que se guiaba en su razonamiento por algunos criterios directivos entre los que señala la expansión política y territorial de la Monarquía, la justicia administrada conforme a derecho, la evangelización, libertad y buen tratamiento de los indígenas y el incremento de la real hacienda: vid. TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.* (*supra*, n.1), pp. 325 ss.

⁴ Nicolás ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova* II, Matriti 1788, reimpr. Madrid 1996, p. 129: “MICHAEL DE AGIA, gente Valentinus, ordinis Minorum in Guatemalensi Occidentalium Indorum provincia, scripsit Latine: *De exhibendis auxiliis, sive de invocatione utriusque brachii*. Matriti 1600. in 4. Vernacula item lingua: *Tratado y pareceres sobre la Real Cédula del servicio personal de los indios*. 1604. in folio. Limae Indorum.”

⁵ Nicolás ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova* I, Matriti 1783, reimpr. Madrid 1996, p. 269: “DIDACUS DE AVENDAÑO, Segoviensis, presbyter Societatis Jesu, in Peruano regno Americae ad meridiem positae Sacrae Theologiae diu professor in collegio Limensi, cui quidem integrae provinciae praefuit. [Entre sus obras:] *Thesaurum Indicum, sive Generalem Instructorem pro regimine conscientiae in iis, quae ad Indias pertinent*: duobus tomis. Antuerpiae apud Jacobum Meursium 1668. folio.”

⁶ Alonso o Alfonso de la Peña Montenegro (1596-1687), rector de la Universidad de Santiago de Compostela en 1644 y 1652 y obispo de Quito desde 1654 hasta 1687, expone los derechos de los indios y la forma de hacerlos valer en su obra *Itinerario para párrocos de indios*, publicada en Madrid en 1668 y reimpressa en al menos seis ocasiones hasta 1771; vid. el *Estudio preliminar*, pp. 19-71 de la edición del *Itinerario* citada *infra*, n. 9, a cargo de M. CORRALES PASCUAL, J.M. GARCÍA AÑOVEROS y C. BACIERO.

⁷ Fr. Miguel AGIA, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho sobre la verdadera inteligencia, declaración y justificación de una Cedula Real de su Magestad, su fecha en Valladolid en veyn-*

esos datos, será conveniente advertir que el hecho mismo de la redacción del tratado subraya la mencionada importancia, y que lo hace además en un caso especialmente significativo puesto que la ejecución de aquella real instrucción, que afectaba a la ordenación de una materia extraordinariamente sensible⁸, fue tan problemática como imperfecta, dados los graves inconvenientes que hubiera podido producir la aplicación general e inmediata de todos sus mandatos sin excepción⁹. La obra de Agia se inscribe en ese ambiente polémico y quizás desde esta óptica cobra un sentido más definido la insistencia de su autor en que las leyes, para ser buenas y justas, se deben encaminar “a quietud, paz y concordia”¹⁰. Pero vayamos por partes.

En dos diferentes lugares de su tratado se ocupa Agia de los requisitos que las leyes deben reunir. En el primero, dando a su exposición un alcance general, enumera las condiciones que las leyes deben tener “para ser buenas”¹¹. Abriendo y cerrando respectivamente la relación, encontramos ahí la necesidad de que las leyes se acomoden a la república y no la república a las leyes y la advertencia de que el legislador debe variar su forma según la variedad de la materia. Se trata de dos nociones comunes que no sólo encajan perfectamente con la concepción casuista de la ley puesta de manifiesto por Tau¹², sino que pertenecen a una sólida tradición intelectual cuyas más profundas raíces se hunden en el pensamiento de Aristóteles y en el ejemplo del derecho romano, como prueban las autoridades que aduce Agia en

te y quatro dias de Noviembre del año passado de seyscientos y uno, que trata del servicio Personal, y repartimiento de Indios, etc., Lima 1604, ed. de F.J. AYALA, *Servidumbres personales de indios*, Sevilla 1946. El texto de esta real cédula puede verse también en R. KONETZKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, vol. II/1, Madrid 1958, pp. 71 ss., con el número 48.

⁸ El tema del servicio personal de los indios fue siempre muy conflictivo desde su prohibición por real cédula de 22 de febrero de 1549 que cabe relacionar con la reforma de la encomienda y la introducción de la encomienda tributaria. La *Real instrucción* de la que se ocupa el *Tratado* de Agia era un intento de superar la poca inclinación al trabajo de los indígenas sin afectar más de lo necesario a su libertad; con esta finalidad, los repartimientos forzosos de indios quedaban prohibidos y se ordenaba que los indígenas se ajustasen para trabajar con quienes quisieran y por el tiempo que les pareciera oportuno; una cédula posterior (vid. la n. siguiente) permitió los repartimientos para algunas actividades económicas consideradas de interés común. Sobre este tema, vid. A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, México D.F. 1994, pp. 360 ss.

⁹ La posterior real cédula de 26 de mayo de 1609, sobre los servicios personales y repartimientos de indios, menciona el hecho de la suspensión de algunas de las órdenes de la cédula de 1601: vid. KONETZKE, *op. cit.* (*supra*, n. 7), p. 155; cfr. también Juan DE SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, II, II, 12-14 y II, V, 29-31; Alonso DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, II, II, VIII, 1. Cito la *Política* por la ed. de F. Tomás y Valiente y A.M. Barrero, Madrid 1996, y el *Itinerario* por la ed. del Consejo Superior de Investigaciones Científicas [*Corpus Hispanorum de Pace*, segunda serie], dos vol., Madrid 1995-1996.

¹⁰ Vid. *infra*.

¹¹ Nota marginal de la página 64: “Leyes para ser buenas, que condiciones han de tener”.

¹² Vid. especialmente TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.* (*supra*, n. 1), pp. 328 ss.

respaldo de cada una de ellas¹³. Ahora bien, enmarcadas entre esas dos ideas, en el mismo lugar encontramos también otras tres condiciones de la ley buena cuyo encadenamiento difícilmente será casual, dado el contenido y la intención del tratado, a saber: que las leyes han de ser útiles y provechosas, que se han de encaminar a la quietud, paz y concordia y -lo más curioso e inquietante, por no decir lo más aleccionador- “que sean tales que aya quien las guarde, y se puedan guardar”. Juntas las tres, tales condiciones parecen formar el aparato más formidable que se puede esgrimir contra la aplicación de una determinada ley, máxime cuando, mirado el contexto, la realización de las mismas no puede suponerse asegurada sin más por el propio legislador y cuando el jurista -o en general el letrado- se arroga la competencia y la facultad de juzgar sobre el terreno acerca del cumplimiento de todas y de cada una de ellas.

Si nos fijamos por un momento en las citas en que se apoya Agia al formular las exigencias de que estamos tratando, una nos llama particularmente la atención¹⁴. Se trata de un famosísimo texto del Digesto de Justiniano (D. 1.3.32), atribuido al jurista Salvio Juliano, activo en el siglo II de nuestra era, en cuyo primer párrafo se contiene una doctrina extraordinariamente enaltecida del valor normativo de la costumbre, hasta el punto de admitir la derogación de la ley no sólo por decisión del legislador sino por el tácito consentimiento de todos (*desuetudo*), visto que, como en el propio texto se dice, las mismas leyes obligan únicamente por el hecho de haber sido recibidas por la voluntad del pueblo¹⁵. Éste es el apoyo doctrinal invocado para aquella condición de bondad de las leyes consistente en “que sean tales que aya quien las guarde, y se puedan guardar”. Y si leemos tal requisito a la luz de la cita del Digesto que lo autoriza, como sin duda era intención de Agia¹⁶, la conclu-

¹³ Concretamente, ARIST., *Polit.* III, 7, para la acomodación de las leyes a la república, y D. 35.2.63.2 (*Nonnullam tamen pretio varietatem loca temporaque adferunt*) y C. 11.31 *in toto* (cfr. *nisi si qua civitas propriam legem habeat*, en la ley 1; *in provinciis... unumquemque eorum qui convenerint iubemus sententiam quam putent utilem patriae suae designare*, en la ley 3), para la necesidad de variar la ley según la variedad de la materia.

¹⁴ Las otras son el cap. *Erit autem lex*, dist. 4 (*Decreti Prima Pars*, dist. IV, cap. 2), para la exigencia de que las leyes sean útiles y provechosas, y ARIST., *Rhet. ad Alex.* 2, para la de que se encaminen a quietud, paz y concordia; la atribución de este último escrito al Estagirita no es del todo segura: cfr. la *Introducción* de A. TOVAR a su edición de la *Retórica* de Aristóteles, Madrid 1999, pp. XXXVI ss.

¹⁵ D. 1.3.32.1 (Iul. 84 dig.): *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, se etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*. Sobre el significado de esta doctrina en el derecho romano, vid. por todos F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1971, pp. 55 ss.

¹⁶ El cual insistirá una vez más en el mismo concepto en su “Tercero Parescer” sobre la real cédula de 1601 (pp. 117 s. de la ed. cit. *supra*, n. 7) citando de nuevo el pasaje de Juliano recogido en D. 1.3.32:

sión a la que llegamos no puede ser más admirable para la época en la que nos situamos: no es buena la ley que el pueblo no recibe ni está dispuesto a acatar; tal ley es inviable, no hay quien la guarde, no se puede guardar¹⁷. En este punto es oportuno recordar que toda esta reflexión está motivada por la conflictiva cédula real de 1601 sobre el servicio personal de los indios, que, como ya se apuntó, no pudo aplicarse en su integridad. ¿Quizá podríamos deducir que esa inobservancia parcial se debió a que no era una ley del todo “buena”, es decir, útil y provechosa, enderezada a quietud, paz y concordia y que pudiera aspirar a ser recibida y guardada por aquellos a quienes hubiera debido aplicarse? Agia no dice esto taxativamente, pero acaso al recoger la teoría que estamos viendo sobre las condiciones que han de tener las leyes para ser buenas (o sea, con el hecho mismo de darle cabida en su exposición) estuviera haciéndose eco de una opinión muy extendida que rechazaba la imposición de aquella norma.

De todos modos, la justicia de la real cédula de 1601 es analizada y comprobada ex profeso en otra parte del tratado de Agia¹⁸. El punto de vista es ahora parcialmente distinto, pues las observaciones sobre la bondad material se mezclan con otras referentes a los requisitos formales que la ley debe tener. El primero de estos requisitos -que la cédula cumple, como todos los demás que se indicarán, formales y materiales- es la justicia “por parte del legislador”, o sea, que la norma provenga de quien tiene “autoridad soberana para establecer, declarar y abrogar leyes”; además, el monarca la estableció administrando justicia, lo que es una “obligación precisa de los reyes”; contiene los cuatro actos que debe tener la ley justa: castigar, mandar, prohibir y permitir; y ordena con claridad y distinción lo que se ha de hacer. En lo que toca a los textos y autoridades con los que apoya Agia la enunciación de estos requisitos importa destacar sobre todo una cosa, y es que nuestro autor encuentra la formulación canónica del primero de ellos en tres leyes imperiales romanas recogidas en el título *de legibus et constitutionibus principum et edictis* del Código de Justiniano¹⁹. Las tres son de emperadores postclásicos, cuando el Principado había dado ya paso al Dominado y el casuismo jurisprudencial y legislativo propio de la

“las leyes aun despues de promulgadas, y siendo justas no obligan a su guarda y observancia, sino es estando primero rescibidas alomenos por la mayor parte de la República... porque se presume que el legislador establece la ley debaxo de esta condicion si fuere primero rescibida de los subditos”.

¹⁷ Concuera con esta idea una afirmación de Avendaño, basada sólo en la cita de teólogos y moralistas, según la cual “No hay nada más claro como que una ley no aceptada en modo alguno tiene valor, y que su inobservancia no puede castigarse”: Diego DE AVENDAÑO, *Thesaurus Indicus*, Amberes 1668, V, XXVI, 198 (trad. de A. Muñoz García: Diego DE AVENDAÑO, *Oidores y oficiales de hacienda. Thesaurus Indicus*, vol. I, tít. IV y V, Pamplona 2003); el traductor, p. 479 n. 3, conecta esta afirmación con el aforismo “se acata, pero no se cumple”, pero yo creo que puede tratarse, con más exactitud, de la situación previa que debidamente evaluada conduce a la decisión gubernativa de “obedecer, pero no cumplir” la ley.

¹⁸ Cfr. el “Segundo Parescer... que trata dela justicia desta dicha Cedula, en general y en particular” (pp. 73 ss. de la edición cit. *supra*, n. 7).

¹⁹ C. 1.14.1 (Constantino, a. 316), 9 (Valentiniano y Marciano, a. 454) y 12 (Justiniano, a. 529).

etapa clásica había sido suplantado por el predominio de la ley general y de su interpretación exclusiva por el emperador²⁰. Seguramente se podría decir algo interesante para la concepción casuista de la ley a partir de esta invocación de unas leyes incompatibles en principio con ella, ya que no dejan ningún margen para la interpretación ni mucho menos para el arbitrio judicial por parte de autoridades situadas por debajo del propio legislador²¹. En cuanto a los restantes requisitos, la función providente de la ley, consecuencia del cumplimiento de aquella “obligación precisa de los reyes” que consistía en cuidarse de la justicia, se basa en la cita de dos obras jurídicas de muy distinto signo y de un pasaje de Santo Tomás²²; del Aquinate asimismo y de los oportunos textos de ambos derechos se toman los cuatro actos de la ley justa²³; y la exigencia de claridad y distinción de lo ordenado por la ley se asienta de parecida forma sobre algunos textos de ambos *Corpora Iuris*²⁴; el más destacable de ellos, dado el contexto en el que se produce su cita, es aquel pasaje del Digesto en el que Neracio Prisco contrasta la necesaria finitud del derecho con la falibilidad del jurista en la interpretación del hecho: *cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat* (D. 22.6.2).

Pasando a tratar de los requisitos materiales de la ley justa, según Agia, la real cédula de 1601 los cumplía todos al haber sido establecida “por causas justas, por necesidad y utilidad pública” y al encontrarse “acomodada a las costumbres y ritos de las Indias”. Una de las pautas a las que debía atenerse el jurista indiano en su manipulación casuista de la ley era, conforme señala el profesor Tau, la libertad y el buen tratamiento de los indios²⁵. En el tratado de Agia esta misma idea se convierte en una atalaya desde la que se puede y se debe emitir un veredicto previo y general con respecto a si la norma que se analiza es o no justa. Contemplada desde esta altura, la real cédula sobre el servicio personal de los naturales pasa holgadamente el examen porque “contiene igualdad respectivamente entre los indios y españoles”²⁶, porque prohíbe la opresión de los indios y los abusos que se cometen contra ellos,

²⁰ Vid. al respecto A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile 2004, pp. 411 ss.

²¹ Sobre la utilización del arbitrio en el derecho indiano, vid. TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.* (*supra*, n.1), pp. 534 ss.

²² Luca DA PENNA († 1382), *In Tres Libros Comm.*, ad C. 10.72.4; Matthaeus DE AFFLICTIS (1448-1528), *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani* (1ª ed. 1499), *decisio* 265, nn. 80 y 81; THOM. AQUIN., *Summa Theol.* 2.II, q. 63.

²³ D. 1.3.7: *Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire*; cap. *Privilegia* y cap. *Omnis*, dist. 3 (*Decreti Prima Pars*, dist. III, cap. 3 y 4); THOM. AQUIN., *Summa Theol.* 1.II, q. 92, art. 2.

²⁴ Nov. 107, c. 1 (a. 541); cap. *Erit autem lex*, dist. 4 (*Decreti Prima Pars*, dist. IV, cap. 2); D. 37.10.9; D. 22.6.2 y 9.

²⁵ Vid. *supra*, n. 3.

²⁶ Dos igualdades por tanto: una entre o para los indios y otra entre o para los españoles.

lo cual es oficio propio de reyes²⁷, y porque respeta su libertad²⁸. Justa es también porque, quitando fuerzas y agravios, mira a la conservación de la república de Indias -“un cuerpo de república compuesta de indios y españoles vasallos del rey”- y porque pone orden y concierto (es decir, armonía y concordia) “en el cuerpo místico de estos republicanos”²⁹.

Hemos dicho que la ley no era un dato despreciable para la mentalidad casuista sino que tenía, incluso para ella, una importancia central. Lo visto del tratado de Agia no desmiente esta afirmación: su reflexión sobre la real cédula de 1601 no es tanto el fruto de una mentalidad casuista ni del enfrentamiento actual y efectivo con casos concretos a los que tal vez aquella determinada ley pudiera no convenir, sino que se ofrece desde un punto de vista mucho más amplio que entraña el análisis, teórico en buena parte, de la bondad de las leyes en general y de la justicia de una ley en particular. Una ley que era justa, como acabamos de ver, pero quizá no del todo buena³⁰.

En todo caso, una ley cuyas disposiciones se aplicaron de forma incompleta debido a que su total puesta en práctica se consideró inconveniente de antemano y para todo un conjunto de situaciones que hubiera debido regular. Pero también y por eso mismo, una ley que en la parte en que dejó de aplicarse no pudo ser objeto de interpretación, corrección o incluso desvirtuación casuista. Al final, una idea pugna por abrirse paso: por paradójico que pueda parecer, la suerte corrida por la real cédula de 1601 no deja de ser un buen testimonio de la importancia de dicha ley y de la importancia que se concedía a las leyes generales en general.

²⁷ Agia cita a este propósito ARIST., *Eth. ad Nichom.* VIII, 10; can. *Reg. officium* y can. *Amministratores*, 23, q. 5 (*Decreti Secunda Pars*, causa XXIII, quaest. 5, cc. 23 y 26); can. *Ab imperatoribus*, 23, q. 3 (*Decreti Secunda Pars*, causa XXIII, quaest. 3, c. 10).

²⁸ No se adivina la razón por la cual cita aquí Agia un fragmento del Digesto que enumera una serie de instituciones cuyo origen se sitúa en el *ius gentium*: D. 1.1.5.

²⁹ Gratianus, cap. 7, dist. 89 (*Decreti Secunda Pars*, dist. LXXXIX, cap. 7): *Ad hoc dispositionis provisio gradus diversos et ordines constituit esse distinctos, ut, dum reverentiam minores potioribus exhiberent, et potiores minoribus directionem impenderent, vera concordia fieret ex diversitate contextio, et recte officiorum gereretur administratio singulorum. Neque universitas alia poterat ratione subsistere, nisi huiusmodi magnus eam differentiae ordo servaret. Quia vero creatura in una eademque qualitate gubernari vel vivere non potest, celestium miliciarum exemplar nos instruit, quia dum sunt angeli, sunt archangeli, liquet, quia non equales sunt, sed in potestate et ordine (sicut nostis) differt alter ab altero.*

³⁰ Cfr. A. GARCÍA GALLO, *La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI*, en AHDE 21 (1951) = ID., *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid 1972, p. 209: “[En Indias] las leyes se dictaban para un mundo diferente del peninsular, con situaciones y problemas distintos, y sólo conocidos por los informes que obraban en la Corte. El desconocimiento frecuente de la realidad, las informaciones erróneas o tendenciosas y aun cierto idealismo en los gobernantes, daban lugar, no pocas veces, a que el monarca dictase leyes que en abstracto eran justas y convenientes, pero que en la realidad de las Indias aparecían injustas y perturbadoras”.

3. La epiqueya según Alonso de la Peña Montenegro y Diego de Avendaño

“La epiqueya -explicaba Diego de Avendaño- limita y, por decirlo así, enmienda la generalidad con la que habla” la ley³¹. Esta cita nos advierte que la epiqueya, de la que trata el profesor Tau englobándola bajo el nombre más amplio de equidad³², no es exactamente lo mismo que la interpretación benigna o equitativa de las normas legales. Su virtualidad más específica se relaciona, en efecto, antes con la rectificación y suplemento de la ley que con la interpretación y aplicación concreta de sus preceptos, al menos, en la medida en que la epiqueya supone un recurso argumental dirigido a justificar la cesación de la obligatoriedad de los mismos ante casos determinados³³. Para discernir esta noción será necesario, por lo tanto, preguntarse en primer lugar en qué tipo de casos es lícito hacer uso de un recurso de esta naturaleza.

En términos generales, a la epiqueya se acude cuando el cumplimiento de la ley es en sí mismo injusto, aunque la ley no lo sea, o bien cuando puede dar lugar a consecuencias nocivas o indeseables. De la Peña lo expresa diciendo, por ejemplo, que si se ofrecen casos con tales circunstancias, que la observancia de la misma ley puede ocasionar pecados, en estos casos no obliga la ley; que la corrige la epiqueya; y también que en “aquellos casos singulares en que fuera dañoso atarse a las palabras de la ley” la epiqueya permite “obrar contra las palabras expresas” de ella³⁴. De igual modo señala Avendaño que, no pudiendo extenderse la ley a lo perjudicial, es en estos supuestos donde encuentra aplicación la epiqueya, correctora de la ley en lo que ésta pueda fallar.

Aún debemos hacernos otra pregunta: identificado un caso de esta naturaleza, ¿qué otra clase de circunstancias deben concurrir para que sea aceptable separarse de la ley en virtud de la epiqueya? Ante todo, el campo de acción de ésta se circunscribe exclusivamente a la ley humana positiva sin extenderse también a la ley natural³⁵. La razón es que sólo la ley humana es defectible puesto que no está a su alcance prevenir todos los casos que podrían acontecer. En consecuencia, señala Peña Montenegro, si ocurre algún caso con tales circunstancias que fuera imposible o muy dificultoso ajustarse a la ley, entonces entra la epiqueya corrigiendo el defecto

³¹ *Thesaurus Indicus*, V, XXVIII, 238; todas las citas de Avendaño contenidas en la presente sección se refieren a este lugar.

³² Vid. TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.* (*supra*, n. 1), pp. 529 ss.

³³ Cfr. *Itinerario*, III, IX, VI, 4: “Y así en semejantes casos se ha de entender que el decreto que generalmente habla, los exceptúa por la epiqueya”.

³⁴ *Itinerario*, III, X, XII, 4 y IV, I, V, 1-2, respectivamente; vid. también III, IX, VI, 6.

³⁵ Vid. no obstante *Itinerario*, III, IX, VI, 7: “los preceptos divinos, como son fundados en caridad, admiten interpretación por epiqueya, cuando son contra caridad”; cfr. J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, München 2001, pp. 16 s., sobre la aplicación de la epiqueya a la interpretación del derecho natural.

de la misma ley, que no explicó lo que se debía hacer en semejante caso³⁶; idea que Avendaño corrobora apuntando que la epiqueya “suple lo que la ley no pudo prever porque no puede descender a todos los casos”. A tenor de estas citas, presupuesto de la utilización de la epiqueya es el descubrimiento o la constatación de lo que con terminología moderna indicaríamos como una omisión o laguna de la ley. Laguna o vacío legal que no puede ser de cualquier tipo, sino sólo de aquel de cuyos precisos contornos da cuenta Peña recordando la enseñanza común conforme a la cual “cesa la obligación de la ley en todos aquellos casos en que... no es visto estar comprendidos en ella, aunque sus palabras los comprendan”.

Como muy bien dice el autor del *Itinerario*, la expuesta era una doctrina común en la época. En cuanto a su procedencia, las citas del propio Peña y las de Avendaño, reflejan el origen de la misma en el pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás³⁷. Al primero se debe la teorización inicial de lo *epieikès* como corrección y suplemento de lo justo legal, es decir, de la ley allí donde resulta insuficiente o defectuosa en razón de su generalidad: la ley escrita encuentra un límite en la propia generalidad con la que se expresa, que hace que su aplicación -propiamente general, pero no exhaustiva- se tenga que detener ante aquellos casos que escaparon inevitablemente a la previsión del legislador; son esa minoría de casos, que el filósofo ve como lagunas de la ley particular y escrita, los que se solucionan con recurso a lo *epieikès*³⁸. En línea con el Estagirita, Santo Tomás insiste en la imposibilidad de establecer una regla que no falle en ningún caso debido a la contingencia e infinita variabilidad de los actos humanos para los que las leyes se dan; el legislador hace la ley atendiendo a los casos que suceden con mayor frecuencia, sin posibilidad de preverlos todos, y por eso no debe cumplirse aquélla en una situación tal que su cumplimiento fuera injusto y contrario al bien común³⁹.

Otras dos condiciones pone Peña para usar de la epiqueya en los casos particulares: la ausencia del legislador -o sea, la dificultad de acudir a él en consulta a causa

³⁶ *Itinerario*, IV, I, V, 3.

³⁷ De la Peña, *Itinerario*, III, IX, VI, 6 y IV, I, V, 3 se la atribuye a los teólogos o los doctores con Santo Tomás; Avendaño recuerda a ARIST., *Eth. ad Nichom.* III (pero V en realidad), 10 (1137a 31-1138a 3), y a THOM. AQUIN., *Summa Theol.* 1.II, q. 96, art. 6, y 2.II, q. 120, art. 1; de Aristóteles podría haber añadido también la *Retórica*, I, 13 (1374a 27-1374b 23); y de Santo Tomás, su comentario a la *Ética a Nicómaco*, V, 16.

³⁸ Sobre la doctrina aristotélica de lo *epieikès*, vid. V. FROSINI, s.v. *Equità (nozione)*, en *Enciclopedia del Diritto* 15, Milano 1966, pp. 69 ss.; una síntesis reciente y muy eficaz en GUZMÁN BRITO, *op. cit.* (*supra*, n. 20), pp. 295 ss.; son útiles también las observaciones de E.G. ZAHND, *The Application of Universal Laws to Particular Cases: a Defense of Equity in Aristotelianism and Anglo-American Law*, en R.O. BROOKS and J.B. MURPHY (eds.), *Aristotle and Modern Law*, Trowbridge 2003, pp. 265 ss.

³⁹ Vid. F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epieikeia nel medioevo latino. Un contributo alla storia dell'idea di equità*, Milano 1976, pp. 77 ss.; menos preciso R. PIZZORNI, *La filosofia del diritto secondo S. Tomaso d'Aquino*⁴, Bologna 2003, pp. 59 ss.; vid. también ZAHND, *op. cit.* (*supra*, n. 38), pp. 271 s.

de su lejanía, circunstancia con la que había que contar regularmente en Indias⁴⁰- y la amenaza de un peligro inminente para la honra, la hacienda o la vida si no se actúa con la prontitud necesaria. La primera de ellas se deja relacionar sin dificultad con la doctrina aristotélica de lo *epieikès*, ya que la corrección de la ley que este concepto supone consiste en decidir el caso al que no se adapta la formulación general de la norma de la misma manera en que se presume lo hubiera hecho el legislador de haber estado presente y de haber tenido conocimiento de él.

De lo anterior se desprende que la epiqueya se enfrenta con los problemas que plantea la universalidad de la ley prestando atención particular a lo que la ley misma no contempla -esto es, aportando una solución justa a los casos que caen fuera de ella, aunque puedan estar comprendidos en sus palabras-, y por eso he dicho al principio que no sería correcto identificarla sin más con la interpretación benigna o equitativa de la norma⁴¹. Sin embargo, en Alonso de la Peña se observa con bastante claridad que la epiqueya es también un principio interpretativo cuyo marco de actuación queda definido por una determinada concepción de la ley, siendo esta concepción lo que proporciona la base técnica para exceptuar, precisamente por razón de la epiqueya, la obligatoriedad de la norma general en un caso determinado o en una serie de ellos⁴².

En efecto, como campo propio de la epiqueya, el autor del *Itinerario* se refiere a aquellos casos respecto de los cuales cabe considerar que no caen bajo la ley aunque parezcan estar comprendidos en o bajo sus palabras. Afirmación ésta de la que, precisamente, las palabras con las que la ley se expresa emergen como uno de los elementos de los que está compuesta ella misma⁴³. Pero, cuando realmente ocurre que los *verba* legales parecen incluir *prima facie* el caso particular planteado, ¿qué otro elemento contiene la norma que haga posible afirmar que un caso semejante debe quedar, en definitiva, fuera de ella? En los pasajes del *Itinerario*, este otro elemento, que nuestra formación de juristas nos ha acostumbrado a denominar el “espí-

⁴⁰ Cfr. en este mismo sentido, *Itinerario*, III, IX, VI, 10 y 11.

⁴¹ Siendo la *aequitas canonica* -en el plano de la hermenéutica legal- un concepto equivalente en gran medida a las ideas de *benignitas*, *humanitas* o *charitas* (cfr. P. FEDELE, s.v. *Equità canonica*, en Enciclopedia del Diritto 15, Milano 1966, pp. 149 s.), es destacable la falta de textos de derecho canónico entre los apoyos que invocan Peña Montenegro y Avendaño cuando hablan de la epiqueya.

⁴² Contrasta con lo dicho en el texto la separación demasiado neta de interpretación y epiqueya que defendía el agustino Casimiro Díaz en su *Espejo de Parrochos de Indios* (primer cuarto del siglo XVIII); merece la pena transcribir por entero la cita de este autor que hace TAU ANZOÁTEGUI, *op. cit.* (*supra*, n. 1), p. 533: la epiqueya sirve “para temperar el rigor de las leyes en lances y casos apretados”; la interpretación “mira a dar el sentido a la ley, cuando sus palabras son dudosas, pero la Epiqueya aunque la ley sea clara, y sin necesidad de interpretación declara en los casos particulares no obligar”; la interpretación “mira a la ley, la Epiqueya mira a las circunstancias y personas”.

⁴³ De la Peña se refiere a este elemento con expresiones gráficas y significativas como “el semblante y corteza de la ley” o el “semblante que parece por defuera en la letra de la regla de la ley”: vid. *Itinerario*, III, IX, VI, 6, 10-12.

ritu” de la ley, es aludido mediante expresiones y términos que en conjunto causan un poco de perplejidad, y ello porque tanto lo llama Peña la “intención del legislador” o el “sentido” de la ley cuanto lo concreta en el “pensamiento” de quien promulgó la norma o en “los motivos y causas que tuvieron los legisladores” cuando hicieron las leyes⁴⁴; es decir, lo restringe únicamente al pensamiento o la intención del legislador histórico.

En rigor, esta forma de entender el espíritu o el sentido de la ley, reduciéndolo al pensamiento del legislador histórico, no es atribuible a Aristóteles ni a Santo Tomás⁴⁵. Por otro lado, aun a pesar de esta peculiaridad, el discurso de Peña sobre la epiqueya presupone un concepto de la ley como compuesto de dos elementos - uno exterior o formal y otro interno de carácter intelectual o volitivo- que no difiere apenas, en su esquema global, de la enseñanza aristotélica acerca de la diferencia y relación entre la palabra (*lógos*) y el pensamiento (*dianoia*) del legislador; una enseñanza que Santo Tomás reproduce y sigue en lo esencial⁴⁶. La operatividad de la epiqueya se anuda pues a esta noción técnica y a la dialéctica que se establece entre los dos elementos que la constituyen como consecuencia de aquel problema singular que consiste en determinar si la ley incluye o no el caso planteado. De tal forma, según Peña, que la epiqueya va contra las palabras expresas de la ley, lo que considera indispensable con el fin de descubrir e interpretar el pensamiento y la intención del legislador ante un caso extraordinario que él no pudo prevenir. Con ello no se trata meramente de dar a dicho caso una solución benigna o equitativa, por más que esta idea no quede siempre tan patente en el lenguaje que utiliza el obispo de Quito⁴⁷, sino de hallar para el mismo una solución conveniente, prudente y sobre todo justa. Solución justa, entiéndase bien la idea, ante la ausencia de una ley que lo discipline (pues en el fondo esto es lo que implica el ir contra las palabras de la ley: sostener que la norma legal no se refiere al caso), pero incluida dentro de lo que se presume hubiera podido ser la intención o el pensamiento del legislador si tal caso excepcional no hubiese escapado a su capacidad de previsión.

⁴⁴ *Itinerario*, III, IX, VI, 6 y 11; IV, I, V, 3; en III, X, XII, 2, el concepto parece ser la voluntad de la ley: “bien podrá el confesor corregir la ley por la epiqueya juzgando que *no quiso* comprender casos con tan apretadas circunstancias” (énfasis mío).

⁴⁵ Por lo que respecta a Aristóteles, vid. GUZMÁN BRITO, *op. cit.* (*supra*, n. 20), pp. 298 s.

⁴⁶ Vid. ARIST., *Rhet.* I, 13 (1374b 13); THOM. AQUIN., *Summa Theol.* 2.II, q. 60, art. 5, obj. 3 y ad 2; 2.II, q. 120, art. 1, obj. 3, art. 2 ad 1. En la base de su método hermenéutico, los juristas romanos conciben también la ley como compuesto de *verba* y *sententia*, pero esto no quiere decir que tomaran de Aristóteles semejante construcción: vid. GUZMÁN BRITO, *op. cit.* (*supra*, n. 20), pp. 302 s.; *ibid.*, pp. 45 s., sobre la ley como compuesto de *verba* y *sententia*; e *ibid.*, pp. 167 ss., sobre la relación entre estos dos elementos.

⁴⁷ En efecto, Peña diferencia alguna vez la epiqueya de la interpretación benigna en el sentido de atribuir a la primera una función correctora de la ley y reconocer a la segunda el único efecto de posibilitar la dispensa de su cumplimiento: vid. *Itinerario*, III, X, XII, 2 y 4; en alguna otra ocasión, en cambio, ambas nociones parecen confundirse en su discurso: vid. *Itinerario*, III, X, X, 8; IV, I, V, 1.

Hasta qué punto es obligado ver en todo esto una manifestación característica de la prescindencia de la ley, dictada por una mentalidad casuista, es algo que se podría juzgar mejor a la luz de las ideas tomistas que no sólo afirman la sumisión de la justicia legal a la dirección de la epiqueya, sino que reconocen que la epiqueya es parte principal de la justicia legal cuando por ésta se entiende aquella justicia que se conforma a la ley considerada tanto en su letra como en la intención del legislador⁴⁸. De cualquier modo, y por lo demás, el recurso a este instrumento correctivo de las leyes escritas no estaba libre de peligros y debía venir envuelto en la mucha precaución que el propio Peña Montenegro no se olvidaba de recomendar: a mucha costa de prudencia se ha de usar de la *epikeia*, porque no se ha de perder el respeto a las palabras de la ley, usando de ellas conforme a su antojo; ni se han de observar tan rigurosamente, que, por guardar el orden del Derecho, se permita que den en tierra mayores intereses⁴⁹.

4. La aplicación de la ley y las reglas del derecho en un orden casuista

Varias de las *regulae iuris* que se relacionan con la aplicación de las normas presuponen una concepción de la ley que en nada se aparta de la que acabamos de comprobar en nuestro breve examen de la epiqueya. El vocabulario de los escritores, en particular por lo que respecta al modo de designar el elemento intelectual o volitivo de la norma, no es enteramente uniforme, pero la idea en la que todos coinciden es, en palabras de Solórzano Pereira, la siguiente: que la ley y la mente o intención de ella son una misma cosa y que ésta se tiene y reputa por su alma y médula y se ha de atender mucho más que sus palabras⁵⁰.

Partiendo de esta noción, no es de extrañar que una de las reglas más productivas fuera precisamente la que reza en su formulación más escueta *ubi eadem ratio, ibi idem ius*. Oportunidades para la aplicación de este aforismo encontramos tanto en las páginas del *Thesaurus* de Avendaño como especialmente en las del *Itinerario* de Peña Montenegro, y quizás lo más atractivo sea observar cómo en alguna de esas ocasiones se entabla una especie de competencia de la que sale victorioso aquel aforismo frente a otra sentencia que se le enfrenta. Veámoslo.

Debido a los “gravísimos inconvenientes que se experimentan de tales ocupaciones”, el Concilio Limense III (1583) había prohibido a los doctrineros sembrar sin

⁴⁸ THOM. AQUIN., *Summa Theol.* 2.II, q. 120, art. 2, in corp.: “nam legalis iustitia dirigitur secundum epieikeiam”; y ad 2: “Si enim iustitia legalis dicatur quae obtemperat legi sive quantum ad verba legis sive quantum ad intentionem legislatoris, quae potior est, sic epieikeia est pars potior legalis iustitiae”.

⁴⁹ *Itinerario*, III, IX, VI, 12.

⁵⁰ *Política*, III, XXIII, 27; AVENDAÑO, *Thesaurus Indicus*, II, VIII, 95, parafrasea de esta forma a Solórzano: “que el motivo de la ley es su espíritu y médula, y se ha como su alma, y la expresión de la ley es como su cuerpo o apariencia; y que en ese motivo consiste toda la fuerza, sustancia y virtud intrínseca de la ley”.

permiso del obispo en el territorio de su beneficio o jurisdicción⁵¹. Ante esta prohibición, el problema que Peña se plantea es si la pena por la contravención de la mencionada norma debe extenderse también al doctrinero que “compra, para sembrar, una estancia fuera de la jurisdicción de su beneficio, pero tan cerca de él, que se aprovecha de la industria y trabajo de sus feligreses”⁵². Importa consignar esta descripción porque en ella se nos informa de lo que era la *ratio* de la prohibición: se trataba de proteger a los indios de la doctrina impidiendo que el cura se aprovechara de su trabajo para el laboreo de la finca. Pero la letra del precepto no había contemplado expresamente la hipótesis del doctrinero que hacía esto fuera de su jurisdicción, y así se podía dudar si tal hipótesis caía o no bajo la prohibición y bajo la pena correspondiente. ¿Qué camino tomar? Ante una conducta que podríamos calificar de fraude a la ley, Peña optará por la solución basada en la *ratio legis*, pero no sin antes desembarazarse de la dificultad ofrecida por otra regla hermenéutica que aparece en escena al llamado de la naturaleza penal -y odiosa por tanto- de la prohibición conciliar: “la ley penal se ha de restringir y no extender”⁵³. Bien es verdad que el asunto se puede considerar desde otro punto de vista: teniendo por finalidad la protección de los indios, se trataba de un precepto favorable para ellos y por lo tanto de una norma cuya extensión se podía pretender con apoyo en la segunda parte de aquella misma regla que prescribe la restricción de las normas penales: *favores sunt amplianda*. Ésta es la vía que seguirá Peña alegando que “el precepto del Concilio es favorable para los indios, aunque parezca penal para los curas”, y que por esta razón “es mejor extenderle en favor de todo un pueblo, que ir contra él en favor del cura que es particular”. Superado de esta forma el obstáculo, ya no le queda sino basar en la identidad de razón (*propter identitatem seu maioritatem rationis*) la extensión de la pena establecida por el Concilio al supuesto del cura que compra una estancia fuera de su jurisdicción y hace trabajar en ella a la gente de su doctrina: pues militan los mismos inconvenientes que si sembrara en su mismo beneficio, y aun mayores, pues por estar más lejos, será mayor el trabajo y más penoso a los indios.

La prohibición de consumir tabaco antes de comulgar o celebrar impuesta por el Concilio Limense III (1583) proporciona una nueva ocasión para el encuentro entre dos reglas interpretativas, la ya mencionada sobre la identidad de razón y la que veda toda extensión de los estatutos⁵⁴. El asunto era esta vez que la prohibición establecida por el citado sínodo, a diferencia por ejemplo de la norma paralela del Concilio Mejicano III (1585), había mencionado expresamente sólo a los sacerdo-

⁵¹ “Doctrinas” o “doctrineros” era el apelativo que se aplicaba a los curas de indios, distintos de los curas de españoles.

⁵² Vid. para todo *Itinerario*, I, III, V, 1-2.

⁵³ Sobre la interpretación de las leyes odiosas o penales, vid. SCHRÖDER, *op. cit.* (*supra*, n. 35), pp. 69 s.

⁵⁴ Vid. *Itinerario*, III, VI, VII en toda su extensión.

tes, sin hablar para nada de los individuos seculares⁵⁵, por lo que muy bien se podía entender que a éstos les seguía estando permitido comulgar aunque hubiesen tomado tabaco. Semejante criterio se basaba en la consideración de que las normas provenientes de concilios provinciales, siendo sólo estatutos y no leyes del ordenamiento común y general⁵⁶, no se podían extender más allá de lo expresado por sus palabras: *verba statuti non possunt extendi ultra id quod exprimunt*. De triunfar este planteamiento, el posible reconocimiento de una identidad de razón entre las personas expresamente nombradas y las omitidas en la norma -los sacerdotes y los seculares, respectivamente- ya no hubiera tenido ninguna utilidad, pero Peña se resiste a liquidar tan fácilmente la cuestión. Es verdad que sólo tardíamente, ya concluyendo casi la sección que dedica al problema, nos deja ver que la *ratio* de la prohibición era la irreverencia que significaba tomar tabaco antes de la celebración de la misa o de la comunión y que esa *ratio* era evidentemente común a clérigos y seculares. Pero esta postergación se debe únicamente a la necesidad de neutralizar primero el argumento basado en la regla de la aplicación literal y estricta de los estatutos⁵⁷. Cancelación que consigue admitiendo que las normas estatutarias no son extensibles de unas personas a otras, pero negando que la solución por él propugnada -o sea, “que el decreto del Concilio comprende y veda a los seculares la comunión como a los sacerdotes la celebración”- pueda significar una extensión de tal naturaleza: esto, dice Peña, no es extender la ley de unas personas a otras, a que repugnan los doctores y principios del Derecho, sino que la misma ley comprende a los unos y a los otros, juntando las personas omisas con las nombradas expresamente *ex identitate rationis*; y entre otros refuerzos cita muy oportunamente una ley del Digesto de la que claramente resulta, respecto de una norma prohibitiva además⁵⁸, lo correcto de incluir bajo la disposición de una ley a personas que los *verba* legales no nom-

⁵⁵ Es muy notable la forma en que Peña refiere este dato (en el núm. 6): el decreto del Concilio Limense sólo “habla con los sacerdotes”, la prohibición “no habla con” el secolar.

⁵⁶ *Statuta stricte sunt interpretanda*. La formulación general de la regla esconde un panorama bastante más complejo: frente a las normas del ordenamiento común y general (en nuestro ejemplo el formado por el *Corpus Iuris Canonici* y la legislación pontificia), los estatutos (consideración que se dispensaba a las disposiciones de los concilios provinciales) se concebían normalmente como normas de grado inferior, elementos de un derecho especial que no podía aplicarse analógicamente (a *casus omisssi* por ejemplo: vid. n. siguiente) y cuya interpretación extensiva era bastante controvertida; cfr. F. CALASSO, *Introduzione al diritto commune*, Milano 1951, pp. 72 s., para las opiniones de Bártolo y Baldo al respecto.

⁵⁷ *Quod non dicit statutum, nec nos dicere debemus*, había opinado Baldo en su comentario a la ley 25 *De nuptiis* del Código de Justiniano (C. 5.4.25), como puntualmente recuerda Peña.

⁵⁸ Se trata de D. 14.6.14, relativo al senadoconsulto Macedoniano, sobre el cual dice Juliano lo siguiente: *dixi, etiamsi verbis senatus consulti filii continerentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere*. Ésta es la única parte del fragmento que interesa al discurso de Peña, por lo que podemos desentendernos de un análisis más minucioso que sin duda nos llevaría a matizar la fuerza del argumento que el autor del *Itinerario* extrae de él.

bran expresamente, siempre que en ellas concurra la misma razón que en las expresamente nombradas: *propter identitatem rationis*.

Otra de las reglas que guardan estrecha relación con la primacía del espíritu de la ley, por encima de su cuerpo o apariencia -es decir, de sus palabras- es aquella que decreta la inaplicación de las normas cuando llega a apreciarse la ausencia de la *ratio* o finalidad para la que están constituidas: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*. Diego de Avendaño utiliza esta regla para abrirse paso en un tema intrincado y de indudable trascendencia cual era el registro y retención de las bulas pontificias por el Consejo de Indias⁵⁹. El motivo de esta práctica y la *ratio* de las leyes en que se fundaba era evitar que la paz espiritual y temporal en Indias pudiera verse perturbada a causa de alguna bula dictada por conocimiento insuficiente de la realidad⁶⁰. Aun escribiendo *pro domo sua*, Avendaño no desdeña en absoluto la sensatez y consistencia de tal motivo, que encuentra incluso incorporado en algunas disposiciones del derecho pontificio⁶¹. Pero razona que en Indias cesa la finalidad citada porque quienes allí habitan, “ya que lo tienen presente, pueden conocer el asunto mejor que quienes están separados de él por una inmensa distancia” (clara referencia al Consejo de Indias). Por lo tanto, “al cesar el motivo de la ley, cesa su obligación”, máxime cuando, como era el caso, el motivo de las leyes discutidas cesaba no sólo respecto de algún caso sino en general: “respecto de la comunidad y no sólo respecto de algunos particulares”.

Algo semejante a una falla parcial de la *ratio legis* detecta también Avendaño en el fondo de la deficiente aplicación de las disposiciones regias que habían prohibido el cultivo de la vid en Indias⁶². Lo que fallaba en este caso era el motivo de proteger el comercio de vino con España, que venía a ser no el único pero sí el principal de aquella prohibición. En estas condiciones, o sea, faltando el motivo principal, que es el que “proporciona el fin y la causa de una disposición”, entiende el jesuita que el fundamento de ésta cae⁶³.

Una ley de derecho común (C. 10.15.1.1) concedía a cada cual libre facultad para buscar tesoros en sus posesiones y usar lo hallado con tal de no emplear para ese fin sacrificios impíos u otras prácticas prohibidas legalmente. En un tema de indudable importancia económica, pero para un caso no previsto por leyes especiales, la apli-

⁵⁹ *Thesaurus Indicus*, II, VIII, 93-95.

⁶⁰ El sistema del *exequatur*, que requería la previa aprobación del Consejo para que las disposiciones papales pudieran ser aplicadas en Indias, fue introducido por Carlos I en 1538; vid. al respecto DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op. cit.* (*supra*, n. 8), pp. 282 s.

⁶¹ Cap. *Si quando* y cap. *Super litteris, De rescriptis*.

⁶² A lo que hay que sumar aquello de que la ley no aceptada carece de valor y no puede castigarse su incumplimiento: vid. *supra*, n. 17.

⁶³ *Thesaurus Indicus*, V, XXVI, 200: “al cesar la causa por parte de la ley, cesa ésta... aun cuando no se trate de la causa principal... Mucho más, por tanto, cuando es la causa principal”.

cación de dicha norma en Indias hubiera impedido al que se valía de procedimientos diabólicos la retención de la mitad del hallazgo que una ordenanza de 1572 había establecido para los descubridores de tesoros. Pero Avendaño excluye la extensión por analogía de aquella ley alegando que el caso al que se refiere es otro y el motivo no es tampoco exactamente el mismo: “Y donde falta de cualquier modo la similitud, no es válido el argumento con base en ella, por más que la disimilitud sea pequeña”⁶⁴. Así pues, se trataba en su opinión de un caso en el que la regla *ubi eadem ratio, ibi idem ius* resultaba inoportuna.

Con la primacía del espíritu sobre la letra de la ley guarda relación igualmente el aforismo *ubi non conveniunt verba, nec convenit dispositio*, aunque se trate ahora, aparentemente, de una relación de contrariedad. Avendaño acude a esta regla⁶⁵, deduciéndola de un pasaje del Digesto (D. 39.2.4.6), en el curso del tratamiento que dedica a la concesión bienal de la *Bula de la Santa Cruzada*⁶⁶. Con su alegación, no obstante, lo que pretende nuestro autor no es de ningún modo cuestionar aquella primacía, sino destacar que por lo común el motivo de la ley queda bien plasmado por medio de sus palabras, por lo que, no habiendo elementos de juicio suplementarios en los que fundar una interpretación diferente, en ellas y por ellas debe ser reconocido: si se alega que hay que atenerse más a la intención que a las palabras, quienes así piensan deben mostrar cómo han averiguado la intención del pontífice, que en ninguna parte la manifestó contraria a su disposición, como sucede a veces.

Freno para la excesiva libertad del intérprete eran, por otro lado, las numerosas reglas que desaconsejaban cualquier intervención que pudiera desvirtuar la aplicación de las leyes en sus propios términos, resultado que sin más se consideraba indeseable en principio. Por derecho propio entran en este capítulo una serie de brocados que, desde puntos de vista diferentes, muestran un indudable aprecio por la generalidad como aspecto importante de la ley: *lex generaliter loquens, generaliter est intelligenda*⁶⁷; *exceptio firmat regulam in contrarium, quoad alios casus non exceptos*⁶⁸; *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (quod lex non dicit, nec nos dicere debemus; incluso quod lege non cavetur, in praxi non habetur)*⁶⁹.

⁶⁴ *Thesaurus Indicus*, V, IX, 70-72.

⁶⁵ *Thesaurus Indicus*, V, XXVIII, 215.

⁶⁶ Se trata de la facultad concedida a la Corona por Gregorio III en 1573 de ingresar en la Real Hacienda la limosna que pagaban los particulares para poder consumir carne en tiempo de ayuno; la concesión duraba dos años; vid. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op. cit.* (*supra*, n. 8), pp. 280 s.

⁶⁷ DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario*, V, I, XIII, 5, apoyándose en D. 6.2.8; otra cita igualmente pertinente hubiera sido D. 37.5.1.1.

⁶⁸ DE LA PEÑA MONTENEGRO, *ibid.*, apoyándola en D. 3.7.12.43. Lo que daba ocasión para la cita de esta regla y la de la anterior es la discusión acerca de si era posible a los provinciales de Santo Domingo dispensar la simonía en virtud de una bula de Pío V, de 1571, que les facultaba para absolver de todas las irregularidades sin exceptuar aquélla. Pese a la dirección que marcan las reglas indicadas, Peña (en el núm. 6) concluye con otros argumentos que no la pueden dispensar.

⁶⁹ AVENDAÑO, *Thesaurus Indicus*, IV, XVIII, 152; cfr. también V, XXVIII, 282.

Para no alargarnos mucho más, nos limitaremos a señalar los numerosos casos en los que Avendaño se acoge a la regla *odia restringi*, cuya importancia en el orden sistemático va mucho más allá de la interpretación de una u otra ley en particular⁷⁰, pero de la que él se sirve, en líneas generales, con el propósito de delimitar estrechamente el ámbito personal o material de aplicación de alguna norma penal o prohibitoria⁷¹. Su intento de justificar una relativa relajación de los oficiales reales en exigir el pago de gabelas por importación y exportación de mercancías mediante la alegación de aquella otra regla que erige a la costumbre en intérprete privilegiado de la intención del legislador⁷². O en fin, su utilización de las reglas de origen romano y de seguro significado sistemático sobre la necesaria coordinación entre leyes de diferentes tiempos⁷³.

5. Conclusión

El ejemplo de fray Miguel Agia nos ha servido para mostrar la importancia que los juristas indianos otorgaban a las leyes generales, de las que una vez entradas en vigor no podían obviamente prescindir. Claro es que las leyes eran muchas y de muchos tipos y el obligado cumplimiento de sus mandatos también asumía formas diferentes, algunas de las cuales pueden dar una impresión de respeto exiguo no tanto por la ley cuanto por el texto de la misma. Pero esto puede ser sólo una impresión de no muy sólido fundamento. El manejo casuista de las leyes dependía en gran parte del carácter casuista de la propia legislación, de la excesiva proliferación de normas y de la contingencia y escasa durabilidad de éstas; también, seguramente, de la consistencia íntima de un ordenamiento gobernado más por la aspiración a la justicia y el sentido de lo conveniente que por la voluntad de un legislador humano⁷⁴. Siendo esto así, sería posible sostener que aquel manejo no significa verdadero desprecio o desconfianza frente a la ley en sí misma, sino el procedimiento más adecuado para tratar con ella.

⁷⁰ Vid. al respecto B. BRAVO LIRA, *Odia restringi. Forma y destino de una regla del derecho en Europa e Iberoamérica durante la Edad Moderna*, en *Ius Commune* 19 (1992) pp. 81 ss.; J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del derecho indiano del descubrimiento colombino a la codificación I. Ius commune-ius proprium en las Indias occidentales*, Roma 2000, pp. 133 s., 158 s., 286 s.

⁷¹ *Thesaurus Indicus*, III, IV, 28; IV, II, 11; V, I, 10, donde la regla expresamente invocada -que las leyes penales “han de entenderse con la obligación mínima”- es trasunto de D. 48.19.42: *interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*; V, IX, 66, donde es de destacar también la mención de una opinión muy común, no necesariamente seguida por Avendaño, según la cual “la ley penal no obliga antes de la sentencia del juez”; V, 22, 181.

⁷² *Thesaurus Indicus*, V, VI, 24. *Optima est legum interpretis consuetudo*, dice la regla en cuestión extraída de D. 1.3.37; el uso que le da Avendaño supera probablemente el límite de lo que esa regla significa.

⁷³ *Thesaurus Indicus*, V, 14, 111. Sobre el significado de estas reglas, contenidas en D. 1.3.26-28 (Avendaño cita sólo D. 1.3.26 y 27), vid. GUZMÁN BRITO, op. cit. (supra, n. 20), pp. 258 s.

⁷⁴ Tomo la idea y casi también la expresión de SCHRÖDER, op. cit. (supra, n. 35), p. 15.

Por otro lado, el trabajo del jurista con las leyes tiende a ser siempre riguroso y a favorecer la aplicación no sólo justa de las normas, sino respetuosa con las palabras que la constituyen formalmente y sobre todo con el pensamiento, el motivo o la intención que internamente le dan su fuerza. Sobre la base de este concepto de la ley y de la relación entre sus dos elementos, se instituye un juego técnico, exquisito con frecuencia, que demuestra eficazmente lo muy en serio que se tomaban la ley los juristas casuistas. El uso de la epiqueya no suponía tanto el apartamiento de una ley aplicable al caso concreto que la vida hubiese planteado cuanto el reconocimiento de un supuesto no previsto por aquélla. La mayoría de las reglas interpretativas que hemos visto utilizar a Peña Montenegro y Avendaño, sin excluir la que prescribe interpretar de forma estricta las normas de naturaleza estatutaria ni tampoco la que ordena restringir la aplicación de aquellas que puedan considerarse odiosas, no buscan eludir la aplicación de la ley cuando ésta es aplicable, sino facilitar el cumplimiento de la norma favoreciendo su ajuste al caso; con frecuencia, incluso, de lo que se trata es de extender la aplicación de una disposición determinada. No vamos a negar que la interpretación legal es un arma poderosa y que, siendo ése su interés, el intérprete puede probar a desembarazarse de lo que la ley dice o de lo que se le puede atribuir que dice. Pero incluso cuando éste es su objetivo, el propio intérprete se impone límites para alcanzarlo, límites de carácter técnico-jurídico que le señalan el camino del que no debe salirse, y si finalmente consigue su propósito, nunca lo habrá hecho sin mostrar respeto hacia la ley, de la que habrá llegado a prescindir sólo sobre la base de buenos argumentos.