

**XIV JORNADAS DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2018
Corrientes - Argentina

XIV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2018 Corrientes -Argentina / Estefanía Daniela Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.
548 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-344-3

1. Análisis Jurídico. I. Acosta, Estefanía Daniela II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.
CDD 340



ISBN N° 978-987-619-344-3

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliabros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Octubre de 2019

EL CASUISMO COMO FUENTE JURÍDICA EN EL DERECHO INDIANO

López Villagra, Edgardo Darío

dario.lovi@hotmail.com

Ramírez, Patricia Noemi

patriciaramirez1807@hotmail.com

Resumen

La tradición casuista se ubica temporalmente entre los siglos XV al XVII, siendo sus principales modelos el derecho romano y el propio derecho medieval. Hispanoamérica, en ese período, había heredado vigorosamente la creencia casuista que se sustentaba estructuralmente en el Derechos Común y en el mismo Derecho Castellano. Fue así que los juristas de aquella época aceptaron este modo de pensar o visión de los hechos jurídicos pues era la única manera que dentro de la cultura jurídica medieval lo podían valorar y adjetivar consistentemente.

Palabras Claves: Esclavitud, Casos, Jurisprudencia.

Introducción

La jurisprudencia romana no admitía la posibilidad de separar la teoría de la práctica. Cuando los pretores trataban un caso, el proceso por el cual se llegaba a una solución suponía una reflexión no sólo del derecho, sino también de la variedad de situaciones y particularidades que traía aparejado dicho caso en cuestión. Claro está, el casuismo en el derecho romano fue cambiando a los largo de los años, por lo que su legado pudo haber sufrido diversas alteraciones en los diferentes períodos de la historia. De hecho, la palabra casuismo, tal como se la conoce actualmente, surgiría recién en el siglo XIX, para hacer referencia a los casos particulares.

Para el pensamiento casuista, el foco estaba puesto definitivamente en el caso ya que en él se fundaba y sustentaba la ley y por él se llevaba a cabo la actividad judicial. En este sentido, Víctor Tau Anzoátegui retoma algunos refranes a modo de ilustrar esta dinámica creadora: *"A caso nuevo, consejo nuevo"* y *"las leyes que son justas en un caso, no lo suelen ser en otro"* (Tau Anzoátegui, 1992:47). De ello se desprende que el casuismo estaba sustentado en la mentalidad de aquella sociedad medieval. De tal modo que los problemas de la moral, el derecho, la guerra, el espíritu y demás esferas de la vida social, podían ser resueltos por el mismo casuismo. Y en este sentido, es posible hablar de un casuismo de Dios (un Dios que atiende en todo su esplendor a las necesidades espirituales y materiales de cada uno en particular) e incluso del casuismo desde la Teología Moral. Esto no es un dato menor, porque fueron dos doctrinas claves que habían sido transmitidas a la América Hispana. A tal punto que su influencia era necesaria para determinar la licitud de los actos tanto privados como públicos en la geografía del Nuevo Mundo. De esta forma, la moral cristiana permitía establecer o dilucidar las conductas que podían ser aceptadas para la tranquilidad y la conciencia de la sociedad colonizada. En este sentido, se debe recordar el particular y substancial espacio de poder que ocupó la Iglesia en la vida social, cultural y jurídica del Medioevo. Si bien después de la caída del Imperio Romano, Europa perdió la unidad política, la figura del Papa simbolizaría la manera en que los europeos continuarían unidos a través de la religión. De esta manera, el cristianismo se convertiría en el soporte de la moral universal de Occidente, y de ahí su enorme influencia en el espíritu de la legislación medieval.

Tanta importancia tenía el caso que en aquella época el Derecho era instruido y orientado a través de casos y no por reglas generales, como se hizo desde la codificación del derecho hacia fines del siglo XIX. Este último puede ser entendido como el rasgo definitorio del difícil proceso de racionalización del derecho occidental, a partir de los acontecimientos revolucionarios acaecidos en la Francia Borbónica. Esto se debía no sólo a la diversidad que englobaba la Monarquía, sino también a la prudencia esperada del juriconsulto cuando se consultaba sobre un hecho particular y a la fiel creencia de que el hecho hacía variar el Derecho (El Derecho consiste en Hecho). Fue por la misma diversidad, incluso, que el derecho heredado de los propios romanos pudo adaptarse con especial singularidad a los espacios tan diferentes y lejanos de los Reinos de Castilla y León y de la propia centralidad del Consejo de Indias y la Casa de Contratación.

Materiales y método

Para el presente trabajo, resultado de una larga investigación, se empleó el método historiográfico.

Discusión y resultados

La extensión de la Monarquía española hacia el Nuevo Mundo supuso numerosas dificultades para la aplicación del Derecho europeo. A su llegada a las Indias y su consiguiente expansión hacia los diversos territorios, fueron sumándose otros factores que fortalecieron esta compleja realidad. Como por ejemplo la población aborígen y su proceso de conquista, con todo lo que eso significaba en términos de dominación imperial. Sin embargo, a pesar de todo, los conquistadores estaban predispuestos a atender a esta nueva realidad a la que se enfrentaban, de donde se desglosaba que cada comunidad descubierta o nueva debía tener su propio Derecho particular y éste, incluso, podía ser cambiante, versátil y adaptable a distintas circunstancias. Esto se fundamentaba en la existencia de una nueva realidad americana que no podía ser ordenada, como ya se ha aclarado, por leyes generales, pues ni en el mismo Reino de Castilla se aplicaban las mismas ordenanzas para todos. Se reconocía así el fenómeno del particularismo indiano, a la vez que se destacaban y se acentuaban las diferencias entre hecho indiano y la misma ley vigente en la península.

Esta oposición entre hecho y derecho era denunciado por juristas y letrados de la época (entre los que se puede destacar a Vasco de Quiroga o a Fray Jerónimo de Mendieta) que observaban y conocían al Nuevo Mundo. Jerónimo de Mendieta nació en el año 1525 en Victoria, Álava, País Vasco. A la edad de veinte años ingresó a la orden de San Francisco. Nueve años después se trasladó al Virreinato de la Nueva España, donde tuvo una activa participación en las cuestiones relacionadas con la evangelización. Su pensamiento está compilado en la *Historia eclesiástica indiana* (Mendieta, 2017). En esta obra se expone una crónica de la presencia española en América, como así también las profundas contradicciones que enfrentaba la cristianización de los naturales frente a los abusos de los funcionarios españoles. Tuvo un profundo compromiso respecto a la defensa de los pueblos indígenas. Sus continuas denuncias generaron profundas transformaciones en la legislación que aplicaban los españoles en América. Por eso se lo considera un protagonista importante en la historia del derecho indiano, que debe ser resaltado porque merced a su intercepción, muchas normas fueron morigeradas en su aplicación, fundamentalmente cuando eran los naturales los más afectados.

Vasco Vázquez de Quiroga y Alonso de la Cárcel, conocido como Tata Vasco entre los indígenas, fue un importante jurista español educado en la Universidad de Salamanca. Ocupó cargos importantes dentro de la estructura política del Imperio durante el siglo XVI. En 1513 fue nombrado visitador de la Real Audiencia y Chancillería de Valladolid. En 1531 fue nombrado oidor de la Audiencia de México. Desde los distintos cargos que le tocó ocupar durante su vida, manifestó una profunda sensibilidad respecto a las condiciones que sufrían los naturales en manos del conquistador español. Es por ello que se lo recuerda por haber adaptado la normativa castellana a la realidad hispanoamericana, con un sentido esencialmente humanista. Por todo ello su obra es perpetuada como fundamental ya que generó la posibilidad de aplicación del derecho castellano con las particularidades culturales y hasta geográficas del Nuevo Mundo.

Estos juristas consideraban que legislar desde la Península era inadecuado en tanto que, desde las enormes e infranqueables distancias, se desconocían las nuevas y diversas situaciones que se presentaban y que por tanto desbordaban los derechos civil y canónico y demás regulaciones legales peninsulares, teniendo como consecuencia su inaplicabilidad efectiva. La cuestión era que ni el Derecho Castellano ni las normas emanadas directamente del Consejo de Indias podían emplearse en América porque no se ajustaban a los casos debido al desconocimiento y la falta de comprensión de todas sus particularidades, que eran cuantiosas y variadas. En ese sentido, la lógica del pensamiento era “ni ley sin posibilidad de aplicación ni situación fáctica fuera de la juridicidad”.

Asimismo, se resaltaban también las dificultades que acogían a la Nueva España en lo referente a los procesos de decisión y/o aplicación de la ley peninsular. Por un lado, porque en la Península no se atendía a los temas indianos, y por otro, porque en numerosas oportunidades las circunstancias que se vivían en esos territorios dificultaban la comprensión de las disposiciones que se traían desde España, lo cual tenía como resultado que muchas de esas normas fueran inaplicables o inadecuadas a las situaciones. Ello se tradujo en la inobservancia de las mismas aun cuando había motivos fundados. Fue por esto que se defendía la presencia directa de un Ministro o Magistrado que pudiera enmendar o dar solución a los casos de los conquistados, sin intervención del Rey, abogando por una autonomía y descentralización que diera lugar a un derecho positivo propio que fuera capaz de atender a las particularidades indianas.

Una de las características que hacen a esas particularidades indianas mencionadas *up supra*, tiene que ver con la diversidad, que se manifestaba entre el Viejo y el Nuevo Mundo, pero también dentro del vasto territorio de éste último. Esta realidad era observada por los conquistadores que hacían relucir la separación entre una y otra Tierra, reafirmando la necesidad de establecer un ordenamiento nuevo que incluyera leyes y costumbres locales. Estas nociones fueron exhibidas por el mismo Virrey Don Antonio de Mendoza en el año 1547 quien, para relucir esta separación de mundos, expresó que los peninsulares no entenderían los negocios de la tierra nueva porque no entenderían a su gente y su lenguaje. De ello se desprendería la necesidad de conocer la diversidad y particularidad de las Indias. Para quienes gobernaban esas tierras, no les era fácil resolver las situaciones que se presentaban adecuándose estrictamente a la ley peninsular, sino más bien se veían obligados, por la misma realidad, a mantener una mente abierta para comprender las nuevas situaciones.

La diversidad no se daba exclusivamente entre las Indias y la Península, sino que incluía también a los múltiples territorios que iba conquistando la Corona Española. Es decir, la diversidad se podía observar entre el Perú y La Plata, porque cada población estaba sujeta a determinadas condiciones propias que las hacía diferente, al tiempo que entre cada provincia existía tanta diferencia que resultaba insostenible la adopción de leyes generales comunes a todas las regiones. Lo que se ponía de manifiesto era la vastedad e inmensidad de los territorios, así como también la lejanía del centro. Estas circunstancias implicaron un enorme desafío tanto para los juristas como para aquellos funcionarios con responsabilidad de ejercer justicia en las instituciones indianas, entre los que se encontraban Alcaldes en los Cabildos y oidores de las Audiencias fundamentalmente.

A través de las leyes de Indias se intentaba atender a estas cuestiones pero, al regir el precepto de “un solo Rey una sola Ley”, en muchas ocasiones se contradecían, trastocaban y confundían las leyes de Indias con las de la Península. Esa misma disonancia de principios intrínsecos conviviría durante todos los siglos de dominación peninsular en América.

Otra característica particular de las Indias estaba relacionada a la durabilidad o mutabilidad de las situaciones en el Nuevo Mundo. Las mismas se modificaban de manera acelerada, lo cual estaba en estrecha relación con la importancia económica, en términos estratégicos, de los recursos que cada región podía ofrecer al enriquecimiento imperial. El orden gubernativo también cambiaba junto a las mismas situaciones políticas. Esto era debido a que en numerosas oportunidades lo que sucedía era que un elemento que podía ser reprobado en un momento, luego era aceptado, denostando la complejidad de los cambios que se producían. Como consecuencia de estas circunstancias, el sano consejo presente en la propia legislación castellana, como así también las mismas ordenanzas dispuestas para regir la vida de los indios, mutaban para ajustarse a estas realidades tan versátiles como inestables. A raíz de ello, quedaba en evidencia la necesidad de que las leyes, pragmáticas y ordenanzas, provisiones generales y particulares, se fueran creando y estipulando conforme a las necesidades de cada tiempo.

Numerosas eran las dificultades que se presentarían ante leyes uniformes, lo cual motivó el debate en torno a la preferencia por leyes escritas o a la conveniencia de que los Gobernadores se valieran de su buen juicio y arbitrio. Queda claro que toda intención de homogeneidad y de aplicación general de disposiciones emanadas de la Península tropezaba indefectiblemente con las barreras que se alzaban en toda la amplitud del territorio conquistado. Y ello se debía a que era innegable el recurso a las soluciones casuistas, pues ellas se encontraban en un punto medio en el que el buen legislador acomodaba las leyes y preceptos en base al lugar y a las personas a quienes se aplicaba. Dicha solución equilibraba las dos posturas. El Consejo podía ir adaptando las reglas en base al descubrimiento de las nuevas realidades.

Una tercera característica tenía que ver con la distancia, por un lado entre la América y la Corona Española; y por el otro entre las provincias y sus gobiernos. Esta distancia implicaba demoras para resolver las situaciones y casos que se producían naturalmente lejos de los centros gubernativos. Además, cuando las resoluciones provenían del Rey, la complejidad para tomar una decisión era aun mayor porque la información que llegaba al Reino no siempre era precisa, a la vez que el Rey no tenía experiencia ni conocimiento de la gente, costumbres, negocios e idiosincrasia de las tierras nuevas. Como consecuencia, en algunas oportunidades, las normativas que provenían de la Península no eran observadas. Un caso ilustrativo se encuentra en la defensa de la tierra de los indios rebeldes. En este sentido, para resguardar las poblaciones, los Gobernadores debían oír al Cabildo y al Consejo de guerra y resolver con parecer de la Real Audiencia. Sin embargo, el amparo de la lejanía hacía que aquéllos obraran por sí y sin recurrir al arbitrio legal indicado.

La diversidad, la mutabilidad y la distancia, se complementaban para reforzar el recurso del casuismo en las Indias, justificando la negación a utilizar leyes generales ya sea que se crearan para el Nuevo Mundo o que provinieran de la Península. De hecho, los legisladores consideraban que dichas normas sólo eran posible establecerse para los casos comunes, pero no para la infinidad de casos singulares. Incluso el Rey se mostraba incómodo ante la promulgación de determinadas leyes generales, sobre todo las prohibitivas. Fue por ello que se le daba suma relevancia al tema de la aplicación de la ley en donde resultaba más conveniente que fueran los ministros quienes atendieran las situaciones conflictivas que se pudieran presentar.

Conclusión

La desconfianza hacia las reglas generales se presentaba por las marcadas diferencias que existían en cada provincia, no sólo por sus características geográficas sino también por las situaciones de los indígenas de cada lugar. En los distintos Virreinos se presentaba la misma discusión en torno a la imposibilidad de dictar leyes que comprendieran todos los casos que pudieran suceder. Pero más allá del rechazo hacia las leyes generales, se debe señalar la existencia de determinados criterios directivos, como la expansión territorial y política de la Monarquía, la administración de justicia conforme al Derecho, la evangelización y el buen trato a los aborígenes y el incremento de la Real Hacienda. Ellos servían de guía para el razonamiento del jurista al momento de encauzar las soluciones y atender a los casos particulares.

En relación al rechazo por las leyes generales, resulta interesante mencionar la postura de Francisco Cuena Boy, quien realiza tres aclaraciones: la primera, que la ley, cuando existía, no era despreciable para la mente casuista; en segundo lugar, que para los juristas y decisores de los diferentes casos no era cómodo apartarse de la ley cuando no estaba sólidamente justificado al tiempo que tampoco podían consumarse por cualquier vía que prescindiera de las “reglas del arte”. Por último, remarca la excepcionalidad de apartarse de la ley ya que sólo se acudía a ese recurso una vez agotadas todas las instancias.

Referencias bibliográficas

Mendieta, J. de (2017). *Historia eclesiástica indiana*. Barcelona: Linkgua Digital.

Tau Anzóategui, V. (1992). *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Filiación institucional: Proyecto de Investigación PI 17G002, El contralor de los funcionarios públicos a través del juicio de residencia en el actual derecho provincial argentino. Antecedentes y prospectivas, 01/01/2018-31/12/2021.