

La cultura jurídica en el Perú virreinal

JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE

RESUMEN

En este artículo se ponen de relieve las peculiaridades de la cultura jurídica en el Perú virreinal. Esta se desarrolló en un contexto en el que los sujetos fundamentales de derechos no eran los individuos sino las corporaciones, y en el cual el orden social tenía un carácter trascendente, en el sentido de que tanto su estructura como su organización derivaban de un universo de creación divina, y por tanto la voluntad de los hombres no podía intervenir en ellas. En este sentido, se explican los atributos que debía tener un juez, quien ante todo debía ser un hombre bueno, cuyo personal arbitrio era decisivo para resolver las causas de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y sin estar sujeto al mandato de leyes generales.

PALABRAS CLAVE: Perú virreinal, cultura jurídica, administración de justicia en el Antiguo Régimen, literatura jurídica, arbitrio judicial

ABSTRACT

The specific characteristics of legal culture in viceregal Peru are the main topic of this article. In those times the bearers of rights were not the individuals but the corporations, and the social order was transcendent: its structure and its organization derived from a Universe created by God; therefore, the human will was not able to intervene in changing or modifying that social order. In this context, the judge was a very important man: above all, he had to be a virtuous person, because his personal criterion was decisive in ruling the lawsuits according to the particular circumstances of each case, and not being obliged by general laws.

KEY WORDS: Viceroyalty of Peru, juridical culture, administration of justice in Old Regime, juridical literature, legal discretion

INTRODUCCIÓN: EL REY COMO FUENTE DE LA JUSTICIA

SI QUEREMOS COMPRENDER LA CULTURA jurídica vigente en el Perú virreinal, se requiere de un esfuerzo no pequeño para despojarnos de nuestros propios paradigmas, que pueden actuar como *lentes*

deformantes en la percepción de realidades jurídicas pretéritas.¹ En efecto, los paradigmas jurídicos propios de nuestro tiempo —herederos de lo que fueron el pensamiento ilustrado y los procesos de codificación legislativa— son radicalmente distintos a los predominantes hasta el siglo XVIII, que respondían a una visión distinta del mundo y del hombre. Así, la Revolución Francesa simboliza el inicio de una concepción individualista de la sociedad, que deja atrás la visión corporativa hasta entonces vigente. Por tanto, y para el caso peruano, hasta antes del proceso de Independencia los sujetos fundamentales de derechos no eran los individuos sino las corporaciones: en otras palabras, la comunidad primaba sobre los individuos. Además, se entendía que el orden social tenía un carácter trascendente, en el sentido de que tanto su estructura como su organización derivaban de un universo de creación divina, y por tanto, la voluntad de los hombres no podía intervenir en ellas (Agüero 2007: 25-26).

Siguiendo una larga tradición proveniente de los tiempos medievales, a los cuerpos o corporaciones se les reconocía una serie de poderes políticos que les correspondían por naturaleza, y que les suponían una notable capacidad de autogobierno y de autonomía frente a otros cuerpos políticos, incluidos aquellos que pudieran abarcar más amplias dimensiones. Refiriéndose a

-
1. Al análisis de la cultura jurídica vigente en el Perú virreinal pueden aplicarse las frases de Paolo Grossi con respecto al estudio del derecho medieval, el cual, «precisamente por su tipicidad, exige [...] una absoluta disponibilidad por parte del observador, entendiendo por disponibilidad un baño interior que quite de los ojos lentes deformantes que no nos permitirán nunca el descubrimiento del rostro esencial de la experiencia histórica» (Grossi 1996: 32).

los poderes superiores en las sociedades previas al siglo XVIII, el historiador portugués António M. Hespanha afirma:

[...] toda la actividad de los poderes superiores —o incluso del poder supremo— se considera orientada hacia la resolución de un conflicto entre esferas de intereses, conflicto que el poder resuelve «haciendo justicia», o sea, atribuyendo a cada uno lo que le compete [...]. De ahí que, en el lenguaje jurídico-político medieval, la palabra que designa el poder sea *iurisdictio*. *Iurisdictio* es, ante todo, el acto de decir el derecho [...]. La elección de este punto de partida para la construcción de una teoría política concordaba con el propio sistema tradicional de legitimación del poder, basado en la existencia de un orden tradicional, definidor de las esferas jurídicas y políticas de cada uno y frente al cual el poder se debería plegar, adoptando no una actitud de creación/intervención, sino de observancia/mantenimiento. (Hespanha 1989: 237)

En efecto, el poder del monarca era, tradicionalmente, el de la jurisdicción (*iurisdictio*); en otras palabras, en lo fundamental su poder consistía en dar a cada uno lo suyo, manteniendo así el equilibrio social. Entre los escritores políticos españoles de los siglos XVI y XVII fue muy frecuente la afirmación de que el poder sobre los grupos humanos había tenido usualmente su origen en la usurpación y la violencia, y que lo que legitimaba a los gobernantes era el posterior ejercicio de la justicia. Así, era la justicia lo que hacía de una agrupación humana un reino, y por eso se decía que la administración de la justicia «es aquella por do los reyes reinan». O dicho de modo más rotundo: si no se

observa la justicia, «no son otra cosa los reinos, sino grandes compañías de ladrones» (Maravall 1972: 226).

Así, gobernar era primordialmente juzgar, en un contexto en el que aún no había aparecido —ni podía haberlo hecho— la noción de división de poderes. Siempre es útil, en este sentido, la clásica distinción, planteada por Max Weber, entre una administración de carácter patrimonial propia del Antiguo Régimen y una de carácter burocrático posteriormente, caracterizada la primera por una borrosa distinción entre las esferas pública y privada. Por tanto, la actividad política era entendida en buena medida como parte de los asuntos personales del gobernante, lo cual explica, por ejemplo, la extendida práctica de la venta de cargos públicos (Weber 1978: 1028-1029). De acuerdo con el ideal patrimonial, el mayor atributo de la soberanía era la administración de justicia, en la que el rey era el juez supremo. En consecuencia, las que hoy entendemos como funciones ejecutivas y legislativas tenían como origen la autoridad judicial. Además, es claro que los diversos órganos de gobierno en el Perú virreinal combinaron las atribuciones judiciales con las administrativas, como son los casos de la Real Audiencia, los Cabildos y los corregimientos de indios, entre otros.² En esa misma línea, Pedro Molas sostiene que «la administración se identificó durante siglos con la justicia», y que se entendía que el primer deber de un rey era el de administrar justicia, tal como lo

2. Tal como afirma Charles Cutter, el régimen colonial se caracterizó por ser un gobierno de jueces, en el cual casi todos los agentes de la administración ostentaron algún tipo de autoridad judicial. En la cúspide estaba el rey, cuyo primer deber era el de proveer de justicia al reino (Cutter 2000: 58).

afirmaron las ordenanzas reales de Castilla de 1484: «El propio oficio del rey es hacer justicia» (Molas 1980: 87).

En Castilla, Alfonso x el Sabio fue un monarca decisivo en la génesis de lo que más adelante sería la organización judicial jerárquica al incorporar la noción de *oficio* de la cultura jurídica romano-canónica. Así se pudo establecer formalmente el oficio de juez —empezando por los denominados *alcaldes de Corte*—, con un ámbito jurisdiccional propio. Dicho en otros términos, con la recepción de la noción de oficio se pudo ya organizar —en la Castilla medieval— un cuerpo de jueces con atribuciones y jurisdicción definidas, y claramente diferenciados de la persona del monarca, entendido como juez supremo (Garriga 1994: 34, 44).

Ahora bien, hacer justicia no significaba que el monarca creara el derecho; lo que hacía era decirlo: *ius dicit*. El príncipe interpretaba lo que era una dimensión superior y preexistente; su potestad en el ámbito jurídico era fundamentalmente interpretativa. En este sentido, el buen monarca debía ser *aequus*, y la equidad consistía en adecuarse a «lo justo en correspondencia con la naturaleza de las cosas» (Grossi 1996: 108). No olvidemos que la justicia se contaba entre los valores absolutos propios de la cosmovisión medieval, la cual tenía certezas inquebrantables relacionadas con pensamientos orientados a la eternidad. Y esta es precisamente una de las claves de la cultura jurídica anterior al siglo XVIII: existía el convencimiento de la existencia de una justicia absoluta, pero a la vez se sabía que no iba a poder conocerse nunca completamente. En definitiva, había la conciencia —como afirma Manlio Bellomo— de que las leyes eternas de

Dios y las leyes falibles de los hombres estaban íntimamente vinculadas, como unidos están el oro o la plata en una moneda. Sin embargo, se entendía también que, al igual que en la moneda, debía distinguirse el valor del metal del valor del medio de intercambio (Bellomo 1999: xxiv-xxv). Por tanto, si bien la justicia era un valor absoluto, la labor de decirla estaba envuelta en un alto grado de falta de certeza. La *incerteza* es, pues, una de las más importantes características de la administración de justicia en el Antiguo Régimen.

La idea del monarca como fuente de la justicia fue compartida en los diversos reinos europeos durante la Edad Media y también durante los inicios de la modernidad. Entre muchos ejemplos, mencionaremos el de la Inglaterra de los siglos xvi y xvii, donde se recogió con frecuencia la tan repetida metáfora de la fuente como símbolo del patronazgo real sobre los súbditos, y de los favores que estos podían recibir del rey. La monarquía era vista como una inagotable fuente de beneficios, la cual tenía su legitimación en el propio Dios, origen último de la vida y de la justicia (Peck 1990: 1). Sin embargo, si bien el rey era la fuente de la justicia, y su tarea primordial era *decir la justicia*, no podía caer en la arbitrariedad, y tenía una serie de limitaciones, como los preceptos de las leyes natural y divina, a los que no podía contravenir en su labor de «dar a cada uno lo suyo». La función primordial del rey no era la de hacer progresar la sociedad o la de lograr grandes innovaciones; su papel se limitaba a ser *mantenedor de la justicia* garantizando los derechos establecidos, tanto de las corporaciones como de los particulares. Debía, por tanto, «*conservar*, siendo sólo el árbitro de los conflictos sociales y garante de los equilibrios establecidos» (Hespanha 1989: 406).

Así, la primordial tarea del rey era la de mantener un orden, que se identificaba con la justicia, en un contexto caracterizado por la pluralidad y el conflicto jurisdiccional (Garriga 2007: 65).

Esa pluralidad era consustancial al derecho indiano, que fue el ordenamiento jurídico vigente en la América española. Este estaba integrado por preceptos de origen diverso, provenientes —entre otras raíces— de la legislación real, del derecho canónico, de la religión, de la moral y de la propia sociabilidad. Se trató, por tanto, de un orden jurídico «integrado, pluralista y a la vez inseparable», en el que las obligaciones que se creaban surgían incluso —y con gran fuerza— de los propios vínculos espirituales (Martiré 2005b: 30).

UNA JUSTICIA DE HOMBRES Y NO DE LEYES: LOS TRATADISTAS JURÍDICOS

Acertadamente se ha dicho que la justicia en el Antiguo Régimen fue una «justicia de hombres», en contraposición con el legalismo propio de la concepción liberal posterior: «justicia de leyes».³ En efecto, hasta fines del siglo XVIII —y en el caso peruano, hasta la Independencia— no había triunfado la ley escrita como la principal fuente del derecho. Por tanto, en los siglos virreinales hubo otras fuentes tan o más importantes que la ley, como la doctrina jurídica, la jurisprudencia —las sentencias judiciales— y la costumbre. La doctrina jurídica tuvo especial fuerza en la formación del criterio de los jueces, en un contexto en el que las circunstancias de los casos par-

3. A esta idea responde el título del libro coordinado por Marta Lorente Sariñena: *De justicia de jueces a justicia de leyes* (Lorente 2007: 33).

ticulares eran especialmente valoradas a la hora de discernir justicia. Si se tiene en cuenta que por entonces la «dinámica jurídica» se entendía en términos de «hermenéutica del orden trascendente», la determinación del derecho estaba vinculada a la capacidad de interpretación, lo cual precisamente dio gran fuerza a la doctrina (Agüero 2007: 33).

La doctrina se expresaba en la denominada *literatura jurídica*, que se desarrolló en el contexto del predominio de la tradición jurídica del *ius commune* o derecho común europeo. Este supuso la combinación del derecho romano —a través del Corpus Iuris justiniano— y del derecho canónico, que en Castilla fue recogida fundamentalmente por las célebres Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Ese derecho común se fue combinando, en el mundo medieval, con el derecho feudal y con los estatutos ciudadanos, particularmente importantes en los casos de las urbes italianas. Se trataba de un orden jurídico plural, en el que tuvieron creciente importancia las opiniones de los juristas. En torno al siglo XII e inicios del XIII esas opiniones fueron revisitando la forma literaria de la *glossa*, es decir, de la incorporación de notas explicativas a palabras o frases de textos legislativos. A las glosas de un jurista se añadían las de otros, de modo que en los mismos libros —muchas veces utilizados en la enseñanza— se iban sumando anotaciones diversas, generándose en no pocas ocasiones confusión o desorden (Montanos 2000: 45).

Posteriormente apareció la escuela de los *comentaristas*: fue trascendental, porque los *comentarios* de esos juristas no fueron meras glosas de las normas recogidas por los derechos romano o canónico, sino que incorporaron los derechos locales y las circunstancias de los casos, llegando a contraponer al *ius*

commune un *ius proprium* o derecho particular. Así fue surgiendo lo que podría denominarse un *derecho nuevo*, en cuyo contexto fueron adquiriendo más relevancia dichos comentarios. Por eso se ha señalado que se trata de un «derecho de juristas», y al haber tenido su origen en Italia, se le conoció como *mos italicus*. Tuvo gran éxito sobre todo por su pragmatismo y su apego al estudio de casos concretos, y gracias a él se logró además el afianzamiento del *ius commune*.⁴ Por eso no puede entenderse el derecho común como un simple *derecho romano modernizado*, ya que los textos romanos fueron en muchos casos simplemente la «cobertura prestigiosa» de una construcción jurídica que se revelaría autónoma, de la mano de los comentarios de los juristas, y en el contexto de las novedades económicas y sociales de los tiempos medievales (Grossi 1996: 32-33). Si bien la tradición jurídica del *ius commune* fue la más importante en la Europa medieval, y mantuvo su influencia en los inicios de los tiempos modernos, debemos mencionar otras corrientes jurídicas que fueron surgiendo con el tiempo, y que también llegaron a tener vigencia en América, como la neoescolástica española y el humanismo jurídico (Barrientos 1993: 11). Sin embargo, en el siglo XVII peruano la cultura jurídica estuvo dominada por la tradición del derecho común.

En las Indias, y particularmente en el virreinato del Perú, surgió una literatura jurídica producida por autores americanos

4. Posteriormente el *mos italicus* fue criticado por muchos humanistas del Renacimiento, quienes propugnaron un derecho no tan casuista, y más teórico y *profesoral*, a lo que se conoce como *mos gallicus*. Sin embargo, el éxito del *mos italicus* fue rotundo, precisamente debido a su «pragmatismo y apego a la realidad» (Escudero 1995: 414-415).

y peninsulares residentes en el Nuevo Mundo, quienes en el contexto del sistema del *ius commune* analizaron las cuestiones jurídicas suscitadas en estos específicos territorios. Es decir, junto con la literatura jurídica generada en España, apareció en América otra, referida más concretamente a los asuntos propios (Barrientos 2000: 209). En efecto, la literatura jurídica en la Lima del siglo xvii —al igual que la literatura jurídica indiana en su conjunto— tuvo como rasgo fundamental, además de su adhesión al derecho común, el del ya referido *mos italicus*: la orientación práctica de sus textos; estos no trataban los asuntos de una manera abstracta ni teórica, sino de modo concreto. Tal como afirma Bernardino Bravo Lira:

Estos juristas no abordan los temas de un modo teórico, sistemático y abstracto, sino práctico, tópico, concreto. Se mueven, pues, en un terreno inmediato a la realidad. Toda su labor versa sobre la práctica que viene a ser un pleno intermedio entre lo necesario, que es objeto de la ciencia propiamente dicha y lo azaroso, que por su naturaleza escapa a toda ciencia. Es el terreno de «lo general», «lo que sucede la mayoría de las veces», «lo que puede ser de otro modo». En él no cabe ni la certeza plena de la ciencia ni la incertidumbre absoluta del azar. La jurisprudencia barroca es, en el sentido más puro y literal un *ars*, el *ars boni et aequi*, en el que cabe solo una cierta certidumbre.⁵

En efecto, para los juristas del tiempo del barroco el derecho no era una ciencia sino un arte, que se caracterizaba por tener

5. Citado en Luque Talaván 2003: 214.

como punto de partida situaciones y problemas reales y concretos, y no premisas teóricas. En este sentido, el casuismo es una característica fundamental de la cultura jurídica colonial.

Las obras de literatura jurídica peruana del tiempo del barroco solían basarse —al igual que en España— en el derecho romano y en el canónico, y en las opiniones de los glosadores y comentaristas, todo lo cual nos indica la influencia del derecho común. Es interesante notar que a medida que fueron pasando los años se hicieron más numerosos los textos referidos a la legislación real, y no tanto ya a los textos romanos y canónicos. Esto es, sin duda, un indicador de la mayor fuerza que fueron adquiriendo las leyes reales. Además —y paralelamente— se fueron haciendo más numerosas las obras de carácter práctico, referidas sobre todo al ámbito procesal.

La *auctoritas* era la noción que sustentaba el prestigio de las obras de literatura jurídica. Se trata de una noción clave, y difícil de entender hoy en día, ya que daba apoyo a opiniones y pareceres que no provenían del poder político, pero que adquirían fuerza vinculante. Así, esas opiniones eran aceptadas por la sociedad sin haber sido producto de la sanción del gobernante, lo cual es inconcebible en nuestro tiempo, marcado por el legalismo. La importancia de la *opinión* no se daba solo en el ámbito jurídico, sino también en los ámbitos de otras disciplinas que daban gran valor a la doctrina de los autores. Así ocurría con la filosofía, la teología, la moral y la política: dado que era difícil arribar a certezas categóricas —al igual que en el derecho—, las opiniones de los autores gozaban de gran prestigio como vías que permitían la fijación de posturas (Luque Talaván 2003: 85-86).

Por tanto, la cultura jurídica virreinal tenía en las opiniones de los autores una fuente fundamental. A la vez, sin embargo, no fueron pocas las voces de quienes consideraron excesivamente numerosos los pareceres jurídicos que se publicaban, llegando a percibir un peligro en esa proliferación de opiniones, que podía causar confusión.

Ya con el reformismo borbónico del siglo XVIII —y su afán por lograr que lo jurídico se redujera a lo legal— se dio el triunfo del legalismo en España. Lo irónico es que ese triunfo legalista fue fruto de muchas *opiniones de doctores* que criticaban precisamente la fuerza de la literatura jurídica como fuente del derecho. Así, los autores jurídicos utilizaron su enorme poder para convencer a la sociedad de que no deberían tenerlo. Lo lograron, ya que a partir de la segunda mitad del siglo XVIII se afianzó el predominio de la ley escrita, emanada del monarca (Puy Muñoz 1962: 35).

LA LEY

En el orden jurídico medieval no existía la *legalidad* como valor, es decir, no se entendía la ley escrita como una forma aceptada, justa y racional para ordenar la vida del hombre en sociedad y resolver los conflictos que se pudieran presentar. En ese contexto, en el que la costumbre tenía tanta importancia, las leyes eran entendidas, en el mejor de los casos, como intentos de búsqueda de la justicia con referencia a casos particulares. Por tanto, en el eje del orden jurídico medieval no estaba la ley, sino la justicia, como el valor supremo. Decir *per legem* no era lo mismo que decir *per iustitiam*. Y la justicia era un valor absoluto y sobrenatural. Tal como afirma Bellomo, «la *iustitia* está siempre en el centro.

Los instintos y la violencia de los hombres deben ser refrenados y gobernados por la fuerza vinculante de los supremos mandamientos de la fe. Las normas terrenales son consideradas o como corrupción de la *iustitia* o como una actuación marginal de esta; por tanto, no puede basarse en ellas ni desarrollarse una *scientia iuris* autónoma y distinta» (Bellomo 1999: 56).

Desde nuestra perspectiva legalista, ese predominio de otras fuentes del derecho, como la costumbre —norma particular y flexible, de acuerdo con las características de cada caso—, nos puede parecer incomprensible en la medida en que nuestro concepto de la ley entiende que esta ofrece una serie de garantías como la generalidad, la abstracción y la predictibilidad. Sin embargo, el orden jurídico medieval prefirió pagar el precio de la incertidumbre y de la falta de sistematización, y solucionar cada caso particular de acuerdo con sus peculiares circunstancias, sin referencias a normas generales (Grossi 1996: 78).

No obstante, más adelante, y a medida que se fueron afirmando los primeros Estados modernos en la Europa occidental, sus gobernantes fomentaron la importancia de la ley escrita, dado que esta era precisamente expedida por ellos mismos, y su afianzamiento garantizaba, a su vez, la autoridad de los monarcas. No cabe duda, por tanto, de que durante los tres siglos virreinales la Corona procuró lograr el predominio de la ley escrita sobre las otras fuentes del derecho. Fue ese un proceso lento y complejo, que ha sido estudiado por diversos autores, y en especial por Víctor Tau Anzoátegui (Tau Anzoátegui 1992). La lentitud y la complejidad se debieron a varios factores, como las resistencias presentadas por la tradición jurídica no legalista,

o las dificultades que se afrontaban para el adecuado conocimiento del virreinato, sobre todo en relación con la lentitud de las comunicaciones. El virrey Toledo, uno de los gobernantes más preocupados por el fortalecimiento de la autoridad real en el Perú, entendió que para ese fortalecimiento era fundamental la exaltación de la importancia de la ley escrita. No obstante, al mismo tiempo manifestó su desaliento porque muchas de esas normas eran contradictorias, o se habían expedido atendiendo a circunstancias que ya habían variado, lo cual evidentemente generaba mucha confusión en su gobierno. Por eso propuso elaborar un registro de todas las provisiones y reales cédulas que estuvieran en manos de los agentes de la administración, con el fin de poner orden (Levillier 1921: 424), en un intento que podríamos entender como precursor de lo que cien años después sería la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias.

Todos los proyectos tendentes a poner orden y difundir las leyes escritas suscitaron elogios, como fue el caso de Juan Luis López, magistrado de la Audiencia de Lima a fines del siglo XVII, quien encomió la labor de ordenamiento legislativo realizada por el virrey duque de la Palata al publicar las Ordenanzas de Tomás de Ballesteros. Consideraba López que las ordenanzas y leyes municipales habían padecido «cien años de injuria en el olvido, y hacían muy trabajoso el despacho en los tribunales de justicia».⁶

6. López, Juan Luis: *Discurso Iuridico Historico-Politico, en defensa de la Jurisdicción Real...* Lima, 1685 (John Carter Brown Library, B682 L864p 1-SIZE). Si bien Juan Luis López había sido cercano al duque de la Palata ya antes de pasar al Perú, su comentario sigue siendo revelador de la importancia que le daba al ordenamiento de las leyes.

Sin embargo, a pesar de los afanes por fortalecer la importancia de la ley escrita como fuente del derecho, lo cierto es que la tradición no legalista siguió gozando de buena salud hasta el siglo XVIII, como lo demuestra la vigencia del principio según el cual la ley podía obedecerse y no cumplirse: los casos particulares y sus circunstancias pesaban más que los criterios generales de una ley. Es más, la propia legislación para las Indias se expedía teniendo muy presente que su aplicación debía darse «en cuanto hubiere lugar y permitiere la diversidad y diferencia de tierras y naciones», tal como lo dispusieron las Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571, que se recogieron posteriormente en la recopilación de leyes de Indias de 1680 (Martiré 2005b: 31). Sin embargo, hubo también virreyes que se mostraron opuestos al fortalecimiento de la ley, o que la consideraron un obstáculo en su labor gubernativa: por ejemplo, el marqués de Montesclaros, en la primera década del siglo XVII, defendió su potestad de ejercer su autoridad por encima de los dictados de la ley escrita (Latasa 1997: 13), y el conde de Santisteban, en carta dirigida al monarca en 1663, manifestaba su convencimiento de que el Perú no debía ser gobernado por leyes generales.⁷ En efecto, había toda una tradición jurídica detrás, que para el caso peruano podríamos personificar en Juan de Matienzo, quien en su *Gobierno del Perú* había atribuido el mal gobierno —con referencia a los asentamientos mineros— al riguroso cumplimiento de la ley escrita, considerando que lo primordial era que prevaleciera «la presencia y buen entendimiento» de los ministros, además de

7. Véase la carta del virrey Conde de Santisteban al rey: Lima, 9 de julio de 1663. Archivo General de Indias (Sevilla), Lima, 64.

su experiencia, en un contexto caracterizado por la mutabilidad de las situaciones (Tau Anzoátegui 1992: 80).

EL JUEZ: *IUDEX PERFECTUS*

En el contexto ya descrito, en el que la noción de ley general no presidía aún el orden jurídico, y en el que la justicia se iba definiendo de acuerdo con las circunstancias de los casos, el juez se erigía como un personaje muy poderoso. El criterio de conciencia era central en su labor de discernir justicia, ya que no estaba atado a la observancia de la ley escrita, y podía además basarse en otras fuentes jurídicas. Prevalecía, por tanto, una visión *casuista* del orden jurídico, en virtud de la cual la consideración de las peculiaridades de cada caso era lo fundamental a la hora de administrar justicia. En ese contexto, el juez gozaba de mayor libertad para resolver. Se ha dicho con razón que entonces, más que nunca, el señor del proceso era el juez (González y Lozano 1985: 85). Teniendo en cuenta que la justicia era un valor inmutable y eterno, los jueces eran vistos, en definitiva, como ministros de Dios (Castillo de Bobadilla 1704: vol. II, lib. III, cap. I, n.º 5).

Ese juez tan poderoso debía reunir una serie de características, que pueden resumirse en cinco atributos: ciencia, experiencia, entendimiento agudo, rectitud de conciencia y prudencia (Tau Anzoátegui 1992: 488). Como vemos, tres de los cinco atributos están referidos a características de la personalidad del individuo que va a administrar justicia: el entendimiento agudo, la rectitud de conciencia y la prudencia. Además, como es obvio, ese personaje prudente, recto e inteligente debía conocer la cultura

jurídica y tener experiencia en ella porque, en definitiva, un punto crucial de su misión era articular las diversas fuentes que nutrían el orden jurídico. Lo fundamental, empero, era que se tratara de un hombre bueno, y en ese sentido se hablaba del juez perfecto: el *index perfectus*. Por eso, en esta *justicia de jueces* —y no de leyes, como la de nuestros días— las virtudes personales del magistrado adquirirían —reiteramos— un papel central. Incluso se podía aceptar que un juez no fuera letrado, ya que el administrar justicia dependía más de la *conciencia* que de la *ciencia*, toda vez que la justicia estaba asociada al orden trascendente de la *aequitas*, alimentado por la religión. Así, un tratadista de fines del siglo XVIII resumía las condiciones del juez del siguiente modo: «No hay sabiduría perfecta donde el temor de Dios falta [...]: con él se alcanza el acierto en cuanto bien se desea, y se gradúa el Juez de prudente, y docto [...]».⁸

Al administrar justicia, ese *juez perfecto* tenía como uno de los medios más importantes para realizar su trabajo a la propia literatura jurídica. Es decir, para analizar las peculiaridades de cada caso para descubrir la justicia, el juez tenía una ayuda fundamental en su propia biblioteca. Es verdad que dicha biblioteca incluiría recopilaciones de leyes y de normas de diverso tipo, pero estaba en su mayor parte integrada por textos que contenían las ya aludidas y fundamentales opiniones de los juristas sobre los más diversos asuntos. Tan importante era la biblioteca para un juez, que existió la prohibición de embargar los libros que fueran propiedad de letrados, por ser aquellos las armas

8. Frases de Manuel Silvestre Martínez recogidas en: Garriga 2007: 83.

más importantes con las que mantenían a las sociedades en paz y en justicia (Rípodas 1976: 504).

Con respecto al trabajo de los jueces, una de las características más difíciles de entender por nosotros es la de la práctica de la *no motivación* de sus decisiones; es decir, los jueces no estaban obligados a manifestar los motivos y razonamientos —conocidos como la *causa*— de sus sentencias. No fue esta una peculiaridad del derecho indiano o castellano, sino que fue una posición defendida desde siglos atrás por el derecho común, y vigente en la mayor parte de los territorios europeos. En un contexto en el que el juez era considerado representante del rey, y aun del mismo Dios, y en el que además se le consideraba un hombre bueno —*index perfectus*—, que iba a discernir justicia de acuerdo con las circunstancias de cada caso —y en última instancia, según su conciencia—, la no motivación protegía la sentencia, y protegía también al juez frente al posible error de la causa. Precisamente el gran temor era que se descubriera un error del juez en la causa. Garriga y Lorente explican lúcida-mente el núcleo del problema:

[...] si todos sienten como un peligro claro la *causa falsa* es porque nadie tiene certeza acerca de la causa verdadera. Cualquiera que esté mínimamente familiarizado con el Derecho jurisprudencial del Antiguo Régimen convendrá en que la incerteza jurídica, como una de sus principales notas distintivas, dificultaba enormemente motivar las sentencias (al modo como hoy lo entendemos). De hecho, allí donde se motivaba muy a menudo esta operación constituía un acto propio y separado de la sentencia o decisión. (Garriga y Lorente 1997: 104)

Había también una razón más práctica para la no publicación de los motivos de las resoluciones judiciales. De acuerdo con la ya larga tradición del *ius commune*, las opiniones de los juristas sobre los más diversos asuntos eran numerosísimas, y los abogados solían citar a muchos de esos autores en apoyo de sus respectivas posiciones, reclamando que los jueces resolvieran en su favor. Casi podría decirse que había opiniones respaldando todas las posiciones. Debido a esa abundancia de opiniones —propia, por lo demás, de ese *derecho de juristas*— en Castilla se decidió unificar los pareceres mayoritariamente coincidentes bajo el concepto de la *communis opinio doctorum* (la opinión común de los doctores), e incluso se estableció una jerarquía de autores. El propósito de estas medidas fue ordenar el panorama de las opiniones de los juristas. En este sentido, la no publicación de los motivos de las sentencias buscaba evitar polémicas jurídicas, que podían ser interminables.⁹

La garantía de la justicia no estaba en las decisiones del juez, sino en su persona: si era un hombre bueno, prudente, con experiencia y conocedor de la tradición jurídica, existía la seguridad de que iba a discernir justicia adecuadamente con referencia a cada caso concreto que tuviera que abordar, y finalmente de acuerdo con su conciencia. Esto es especialmente notorio en el caso de los jueces de apelación: muchos autores consideraron que ellos podían resolver incluso contra lo probado, si de acuerdo con su conciencia así lo pensaban. Citaremos a Castillo de Bobadilla, quien afirmó que los jueces superiores «representan la persona

9. Honores Gonzales, Renzo. «La fundamentación de las sentencias en el mundo hispánico: una visión histórica». Manuscrito inédito.

Real, y como el Rey juzgan según Dios en la tierra [...]; no están sujetos al rigor del derecho, ni a juzgar siempre por lo alegado y probado» (Castillo de Bobadilla 1704: vol. II, lib. V, cap. III, n.º 58). Tan importantes eran los jueces de las Audiencias que sus sentencias se equiparaban a las del rey, y se consideraban pronunciadas por él, ya que se expedían con su nombre y con el sello real. Sobre la apelación de las sentencias de los oidores, Castillo de Bobadilla afirma:

[...] y así como sería sacrilegio intentar semejante demanda contra la sentencia del Príncipe, del cual presume la ley que tiene en su pecho y noticia todos los Derechos, lo sería intentarla contra la del Presidente y Oidores, que como dice otra ley, son parte de su cuerpo, y quien los ofende, ofende al Príncipe: y por esta tan grande dignidad de los dichos oficios, no se apela de ellos sino que de equidad se suplica, como de lo proveído por la persona Real [...]. (Castillo de Bobadilla 1704: vol. II, lib. V, cap. III, n.º 57)

En definitiva, «la justicia no residía en el Derecho, sino que nacía del juez» (Garriga 1994: 389). En otras palabras, el juez señalaba en cada caso dónde estaba la justicia. Por eso era tan importante la noción de *arbitrium iudicis*: para entender la justicia en el Perú colonial debe valorarse el papel central del arbitrio del juez, mediante el cual adquiriría más fuerza la ya referida interpretación judicial frente al valor normativo de los preceptos generales. Así, el juez podía «modular la justicia, templar el rigor de las penas impuestas por las leyes, dispensar la observancia de ciertas formas procesales, valorar determinadas condiciones

de oportunidad y conveniencia para fundamentar una decisión» (Agüero 2007: 47-48).

Dado que lo decisivo era la persona del juez, hubo una serie de criterios que se fueron estableciendo con respecto a su desempeño. Ya en la Península, en tiempos de los Reyes Católicos se habían establecido tres principios fundamentales en cuanto al régimen jurídico de los jueces de apelación: el desempeño del oficio con carácter exclusivo, y con un salario que evitara la tentación de la codicia; el relativo *aislamiento* de los jueces, para que no establecieran demasiadas vinculaciones sociales, y para ofrecer una imagen de imparcialidad; y el carácter colegiado de las decisiones, fundamentado en el secreto de las mismas (Garriga 1994: 141). Especialmente abundante fue la legislación relativa al aislamiento de los ministros de las Audiencias americanas, lo cual ha sido ya estudiado para el caso del tribunal limeño.¹⁰

Se entendía que había cuatro adversarios fundamentales del *index perfectus*: el temor, la codicia, el odio y el amor. Si primaban las pasiones, no podía haber justicia, ya que la persona privada se sobreponía a la persona pública del juez (Garriga 2007: 85).

Con el triunfo de las ideas liberales tras la Independencia, la ley vencerá al juez: en efecto, el juez ya no sería más que «la boca de la ley». Concebida como expresión de la voluntad de los ciudadanos, la ley obligó a los jueces a adherirse a las conclusiones de un silogismo, con lo cual la jurisprudencia perdía su tradicional fuerza (Garriga y Lorente 1997: 99).

10. Véase, por ejemplo, De la Puente Brunke 1990.

CONCLUSIONES

La cultura jurídica en el Perú virreinal deja ver una paradójica convivencia entre certeza e *incertezga*. Por un lado, la justicia era un valor absoluto y cierto, propio de un orden creado por Dios, y que no podía ser alterado por la voluntad del hombre. Sin embargo, el *decir la justicia* constituía una labor envuelta en un alto grado de incertidumbre, y estaba solo garantizada por las virtudes personales del juez. Además, el secreto era un elemento fundamental, y hasta constitutivo, de esa cultura jurídica. En palabras de Garriga, el secreto era «la clave que sostiene el templo de la justicia»: en efecto, se mantenían en secreto la *causa* —las motivaciones— de las decisiones judiciales; el secreto cubría también el voto individual de cada magistrado, en los tribunales colegiados, y cubría además el propio ámbito en el que los votos se producían. El rey Felipe v llegó a decir en 1701 que «el secreto es el alma de las resoluciones», y la legislación establecía penas muy severas para quienes incurrieran en el «delito de no guardar secreto» (Garriga 2007: 89).

Para el espíritu barroco la apariencia era la esencia, y se vivía en un mundo de imágenes y de representaciones; ese mundo «no veía la justicia en la adecuación de la sentencia a la ley, sino que la hacía depender del comportamiento justo exteriorizado por los magistrados que la pronunciaban, y no porque pudiera prescindir de las leyes en este trance, sino porque descansaba en el entendido de que los magistrados que se comportan de la forma jurídicamente debida y actúan por el procedimiento establecido adoptan decisiones ajustadas a derecho: *administran la justicia*» (Garriga 2007: 90).

Desde nuestra perspectiva legalista nos resulta difícil entender que la alta discrecionalidad de la que gozaban los jueces no generara incertidumbre y una sensación de falta de seguridad en la administración de la justicia. Sin embargo, reiteramos que se trataba de un contexto social radicalmente distinto, donde no primaba la igualdad ante la ley, y donde los titulares de derechos eran fundamentalmente las corporaciones, más que los individuos. Es interesante cómo algunos autores se preguntan, a pesar de todo esto, si resultan rescatables ciertas características de la justicia colonial con referencia a problemas de hoy. Por ejemplo, Aguirre y Salvatore se cuestionan si la justicia colonial pudo haber sido más benévola y permeable con respecto a las demandas de los indígenas que lo que es hoy el modelo judicial vigente. Es una pregunta interesante, porque las comunidades indígenas parecen preferir sistemas judiciales que privilegien la armonía *comunal*, lo cual requiere un alto grado de discrecionalidad en el juez, al igual que el preferir la compensación por los daños sufridos frente al mero castigo (Aguirre y Salvatore 2001: 12). Además, es una pregunta que nos revela que el estudio de la cultura jurídica virreinal puede brindarnos luces para afrontar los problemas de hoy.

REFERENCIAS

AGUIRRE, Carlos y Ricardo D. SALVATORE

- 2001 «Introduction. Writing the History of Law, Crime, and Punishment in Latin America». En: Ricardo D. Salvatore, Carlos Aguirre y Gilbert M. Joseph (eds.). *Crime and Pu-*

nishment in Latin America. Law and Society since Late Colonial Times. Durham–Londres: Duke University Press.

AGÜERO, Alejandro

2007 «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional». En: Lorente Sariñena: 2007, pp. 21-58.

2008 *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALVARADO, Javier (ed.)

2000 *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*. Vol. I. Madrid–Barcelona: Marcial Pons.

ASPELL, Marcela

2008 «Historia del profesor al que le arrebataron sus libros. Córdoba del Tucumán, siglos XVIII-XIX». En: Soberanes Fernández y Martínez de Codes 2008: 57-85.

BARRERO GARCÍA, Ana María

2008 «El marco institucional de la Monarquía Católica a la luz de los “Emblemas” de Solórzano Pereira». En: Soberanes Fernández y Martínez de Codes 2008: 87-101.

BARRIENTOS GRANDÓN, Javier

1993 *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

2000 «La literatura jurídica indiana y el *Ius Commune*». En: Alvarado 2000: 199-285.

- 2004 «El cursus de la jurisdicción letrada en las Indias (ss. XVI-XVII)». En: Feliciano Barrios (coord.). *El gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*. Cuenca: Fundación Rafael del Pino—Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 633-708.
- BELLOMO, Manlio
1999 *La Europa del derecho común*. 2.^a ed. en español. Roma: Il Cigno Galileo Galilei.
- BRIDIKHINA, Eugenia
2007 *Theatrum mundi. Entramados del poder en Charcas colonial*. La Paz: Plural—Instituto Francés de Estudios Andinos.
- CASTILLO DE BOBADILLA
1704 *Política para Corregidores, y Señores de Vassallos, en tiempo de paz, y de guerra. Y para Juezes Eclesiásticos y Seglares, y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes*. Amberes: s. d.
- CLAVERO, Bartolomé
1996 «La monarquía, el derecho y la justicia». En: Enrique Martínez Ruiz y Magdalena de Pazzis Pi (coords.). *Las jurisdicciones*. Madrid: Actas.
- CUTTER, Charles R.
2000 «The Legal System as a Touchstone of Identity in Colonial New Mexico». En: Luis Roniger y Tamar Herzog (eds.). *The Collective and the Public in Latin America. Cultural Identities and Political Order*. Brighton—Portland: Sussex Academic Press.

- DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO, Rafael y Marina MANTILLA TROLLE (eds.)
2008 *Libro de Reales Órdenes y Cédulas de Su Magestad. Audiencia de la Nueva Galicia, siglo XVIII*. Zamora: El Colegio de Michoacán–Universidad de Guadalajara–El Colegio de Sonora.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio
1994 *Manual de historia del derecho indiano*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ESCUDERO, José Antonio
1995 *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*. Madrid: s. d.
- GARRIGA, Carlos
1994 *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2007 «*Justicia animada: dispositivos de la justicia en la monarquía católica*». En: Lorente Sariñena 2007: pp. 61-104.
- GARRIGA, Carlos y Marta LORENTE SARIÑENA
1996 «La vinculación del juez a la ley». En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, pp. 97-142.
- GONZÁLEZ, María del Refugio y Teresa LOZANO
1985 «La administración de justicia». En: Woodrow Borah (coord.): *El gobierno provincial en la Nueva España. 1570-1787*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

GROSSI, Paolo

1996 *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons.

HESPANHA, Antonio M.

1989 *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*. Trad. de Fernando Jesús Bouza Álvarez. Madrid: Taurus Humanidades.

1996 «Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna». En: *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, vols. 3-4, pp. 63-100.

LATASA VASSALLO, Pilar

1997 *Administración virreinal en el Perú: gobierno del marqués de Montesclaros (1607-1615)*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

LEVILLIER, Roberto

1921 *Gobernantes del Perú. Cartas y papeles. Siglo XVI. Documentos del Archivo de Indias. Tomo III*. Madrid: s. d.

LORENTE SARIÑENA, Marta (coord.)

2007 *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

LUQUE TALAVÁN, Miguel

2003 *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Historia.

MARAVALL, José Antonio

1972 *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*. T. II.
Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente.

MARTIRÉ, Eduardo

2005a *Las audiencias y la administración de justicia en las Indias*. Ma-
drid: Universidad Autónoma de Madrid.

2005b Discurso inaugural en el XV Congreso del Instituto In-
ternacional de Historia del Derecho Indiano. En: Manuel
Torres Aguilar (coord.). En: *Actas del XV Congreso del Ins-
tituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Córdoba:
Diputación de Córdoba–Universidad de Córdoba.

MOLAS RIBALTA, Pedro

1980 «La Chancillería de Valladolid en el siglo XVIII. Apunte
sociológico». En: Pedro Molas Ribalta y otros: *Historia
social de la administración española. Estudios sobre los siglos XVII
y XVIII*. Barcelona: Consejo Superior de Investigaciones
Científicas, Institución Milá y Fontanals.

MONTANOS FERRÍN, Emma

2000 «El “sistema” de derecho común: articulación del *ius
commune* y del *ius proprium* en la literatura jurídica». En:
Alvarado 2000: 35-60.

PECK, Linda Levy

1990 *Court Patronage and Corruption in Early Stuart England*. Bos-
ton: Unwin Hyman.

PRODI, Paolo

2008 *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho.* Buenos Aires–Madrid: Katz.

PUENTE BRUNKE, José de la

1990 «Los odores en la sociedad limeña: notas para su estudio (Siglo XVII)». En: *Temas Americanistas*, 7, pp. 11-13.

PUY MUÑOZ, Francisco

1962 *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760).* Granada: Universidad de Granada.

QUIROZ-PÉREZ, Lissell

2009 «Du service du Roi au service de la République: Haute Magistrature et Construction de l'Etat au Pérou (1810-1870)». Tesis de doctorado. Universidad de París.

RÍPODAS ARDANAZ, Daisy

1976 «Bibliotecas privadas de funcionarios de la Real Audiencia de Charcas». En: *Memoria del Segundo Congreso Venezolano de Historia, del 18 al 23 de noviembre de 1974.* T. II. Caracas: Academia Nacional de la Historia, pp. 499-555.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis y Rosa María MARTÍNEZ DE CODES (coords.)

2008 *Homenaje a Alberto de la Hera.* México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor

1992 *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

VALLEJO, Jesús

1998 «Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *ius commune*». En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, pp. 19-46.

VILLARROEL, Gaspar de

1738 *Gobierno eclesiástico pacífico, y unión de los dos cuchillos pontificio, y regio*. Madrid: s. d.

WEBER, Max

1978 *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*. Vol. II. Berkeley–Los Angeles–Londres: University of California Press.