

## EL HORIZONTE MÓVIL

Por ROMINA ZAMORA\*

**ACERCA DE THOMAS DUVE Y HEIKKI PIHLAJAMAKI** (Eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Global Perspectives on Legal History 3, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, 268 págs. Disponible en ([http://www.rg.mpg.de/gplh\\_volume\\_3.pdf](http://www.rg.mpg.de/gplh_volume_3.pdf)).

*Sumario:* I. EL DERECHO INDIANO COMO CATEGORÍA ANALÍTICA. II. CASUISMO Y SISTEMA. III. NUEVAS PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS. EL CONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO PROVINCIAL Y LOCAL.

### I. EL DERECHO INDIANO COMO CATEGORÍA ANALÍTICA

Este libro tiene su proceso de gestación original en un workshop realizado en Frankfurt en el año 2012, como un homenaje a Víctor Tau Anzoátegui y a la trascendencia que han tenido sus propuestas epistemológicas, que renovaron profundamente las formas de abordaje teóricas y metodológicas del derecho indiano.

Como toda compilación, aquí se discuten distintos temas, con distinta intensidad y diferentes enfoques, aunque todos coinciden, básicamente, en observar la cultura jurídica del mundo hispanoamericano de los siglos modernos. Ello tratando de superar un problema metodológico frecuente, que ha sido atribuir significados contemporáneos

---

\* Doctora en historia. Profesora adjunta de la Universidad Nacional de Tucumán. Investigadora del CONICET (Argentina). Miembro del PICT 2014-3408, "Tradición jurídica y discursividad política en el siglo XIX. La emergencia de una cultura estatal. Río de la Plata – Argentina". E-mail: [romina\\_zamora@hotmail.com](mailto:romina_zamora@hotmail.com)

al estudio de una realidad conceptualmente diferente, en la que quizás se utilizaban los mismos significantes, pero cargados de un sentido totalmente distinto.

Así, las discusiones de cada artículo giran en torno a tópicos que buscan hacer comprensible la lógica del funcionamiento jurídico de esa alteridad. La tradición histórico-jurídica en la que esta línea de estudios se entronca, aunque no todos los autores del volumen participen de ella, reconoce nombres propios de gran peso y valor. Desde la formulación del propio concepto de *derecho indiano* para referirse a las leyes vigentes en Indias, obra del historiador argentino Ricardo Levene en la década de 1910, el campo temático ha ido desarrollándose en las mesas de trabajo, en las publicaciones periódicas y en los encuentros internacionales propiciados por académicos destacados a ambos lados del Atlántico, en busca de la delimitación epistemológica y la profesionalización del trabajo del historiador del derecho indiano. Duve y Pihlajamäki, en la *Introducción* del volumen, señalaron cuidadosamente las diferentes generaciones que se fueron enriqueciendo a lo largo de las subsiguientes décadas del siglo XX, resaltando, para los años treinta y cuarenta, a las figuras de los españoles Rafael Altamira y José Ots Capdequí, tanto como los peruanos Jorge Basadre y Manuel Belaunde Guinassi, hasta la aparición de la figura destacada de Alfonso García-Gallo en 1950.

La institucionalización del campo disciplinar se produjo a partir de la creación del Instituto Internacional de la Historia del Derecho Indiano, fundado en 1966 por el propio García-Gallo, junto a Alamiro Ávila-Martel y Ricardo Zorraquín Becú, con Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martíre fungiendo como los jóvenes Secretarios. En 1973, tras la intervención del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene", se crearía el Instituto de Historia del Derecho en Buenos Aires, bajo la dirección de Zorraquín Becú, junto a José María Mariluz Urquijo en el rol de Vicedirector, Tau Anzoátegui y Martíre como Secretarios y Abelardo Levaggi, Tesorero.

Los historiadores del derecho indiano y del derecho en general, no pudieron escindir sus propuestas de comprensión del fenómeno jurídico de un contexto mayor de producción de sentido, en el que la historia de las tradiciones jurídicas sirvió, mejor que otras, de soporte para la construcción de una memoria histórica que justificara y diera sentido a situaciones concretas, que reclamaban un marco inclusivo supranacional

de resemantización de las subjetividades locales. Tal es el problema que, con mucha agudeza señala Luigi Nuzzo, en su trabajo incluido en este volumen. En la década de 1950, cuando García Gallo proponía darle un método científico a la historia del derecho, enfocándose más en las continuidades que en las rupturas, él escribía en un contexto en el que la identidad española debía salirse de su tradicional encuadre de diversa y distinta, para integrarse en un paso jurídico común europeo. En la misma dirección, Nuzzo analiza el resto de la tradición europea involucrada en los procesos políticos de las unificaciones territoriales, mediante la estrategia de asumir un derecho común, el *ius commune*, pero como asunto de carácter nacional. Así, mientras Calasso en Italia estaba re-escribiendo la historia del derecho medieval a través del concepto de *ius commune*, y García Gallo estaba incluyendo a las Indias dentro de un sistema legislativo, católico y nacional, Carl Schmitt trazaba la historia de un *ius publicum europaeum* manteniendo su aproximación desde la territorialidad, expresando a la vez el deseo de un nuevo *nomos* y de un nuevo proceso de subdivisión espacial. Todos ellos fueron encontrando y terminando de delinear su marco de referencia en un derecho plenamente europeo, vinculado con los finos y brillantes hilos del *ius commune*, como tradición jurídica común a toda Europa que, con la inclusión de los territorios coloniales, dejó de ser un orden europeo para convertirse en uno universal.

Al enfocar el *ius commune* como problema, Nuzzo reproduce los mismos interrogantes para el derecho indiano. Reconociendo la centralidad de Altamira y Levene en la creación de una tradición historiográfica en torno a dicho concepto -entendido básicamente como sistema legal-, señala cómo esa comprensión dio una identidad a la disciplina, contribuyendo a conformar una conciencia nacional, a través de la reconstrucción de un derecho nacional positivo. Con esa indagación proyectada al siglo XXI, abre su artículo, a partir de una pregunta con respuesta incómoda: ¿de qué se trata el reconocimiento internacional otorgado por la ONU a la Declaración Universal de los derechos de los pueblos indígenas? ¿Cómo se ha asumido este problema en la formulación historiográfica del derecho llamado indiano?

Tamar Herzog asume esta pregunta, para cuestionar la utilización histórica del derecho en el proceso de desposesión de la tierra de los pueblos indígenas, en la época de la conquista y la transformación de la

figura de la propiedad de la tierra, pero tomando como punto de partida el análisis de las campañas de repoblación de los siglos XVII y XVIII. Asumiendo la trascendencia que juristas modernos de la talla de Solórzano Pereira o John Locke han dado, tanto a la propiedad de la tierra como al trabajo de los indios, la autora propone una hipótesis sugerente: siguiendo a la tradición historiográfica que insiste en la contribución de América a la consolidación de la propiedad privada, propone que fue precisamente allí donde la propiedad fue, no sólo santificada, sino asumida como un hecho a-histórico.

Desde el observatorio americano, señala que el derecho europeo, convertido en una suerte de derecho internacional, funcionaba principalmente para justificar la desposesión de los indios, haciendo caso omiso de los derechos ancestrales que, en este caso, no garantizaban su continuidad. Esto nos hace preguntarnos también sobre los efectos de la catástrofe demográfica indígena sobre la efectiva ocupación de la tierra, ya que más que considerar en los mecanismos de composición como uno de los más poderosos medios de desposesión nativa, nos lleva a pensar si no se trataba, más propiamente, del fenómeno de las tierras vacías por la elevadísima tasa de mortalidad de los indígenas, lo que dejaba a las tierras, en efecto, despobladas.

Herzog señala que, en el siglo XVIII, Jovellanos definirá la misma relación entre trabajo y propiedad de la tierra, tal como lo hicieron Solórzano, Locke y Vattel, insistiendo en que eso garantizaba el bien común, sacando al país del atraso e introduciéndolo en la modernidad, por lo que al final de este proceso, no sólo algunos nativos y europeos han sido desposeídos, sino que a ello se lo veía como producto de su propia negligencia, de su imposibilidad de ser "modernos". A pesar de las diferencias y del hecho que la propiedad no siempre fue inmediatamente transformada en España, la autora concluye que eventualmente, en tres lugares como Inglaterra, España e Hispanoamérica, la propiedad comunal indígena vio su fin en manos individuales de *outsiders*, que la transformaron en individual. Estas hipótesis tan contundentes nos obligan a repensar la mutabilidad histórica del concepto de propiedad en la vastedad del espacio americano y del europeo, en un momento tan pletórico de transformaciones como los siglos modernos, en los que el propio concepto del *bien común* fue uno de los ejes del cambio de

pensamiento, resultando tan sustancialmente diferentes entre el siglo XVI y el XVIII que difícilmente pueda reconocerse uno en el espejo del otro.

Richard Ross, por su parte, hace una comparación de la evolución del derecho en las colonias inglesas y en las colonias americanas, analizando de qué manera en América del Norte las colonias desarrollaron sus propias concepciones de derecho, a diferencia de las de Hispanoamérica, que compartieron la misma tradición jurídica. Señala que en América del Norte no hay nada parecido a una discusión sobre Derecho Indiano, sino que el debate se ha dado en términos de constitución, distinguiendo tres tipos: la primera, una mezcla de ordenanzas, derechos, estatutos, instituciones de larga data y costumbres, organizando o *construyendo* un poder en la propia Gran Bretaña; un segundo tipo, la que cada colonia desarrolló para sí, y un tercer tipo, al que llama *la constitución imperial*, desarrollada a fines del siglo XVII, estructurando el gobierno entre británicos y sus colonia, a pesar de la cual, cada colonia siguió haciéndose cargo de sus problemas, mientras la corona y el parlamento atendían problemas generales que concernían a la guerra y la paz, la diplomacia y el comercio intercolonial.

El autor se pregunta porqué las colonias británicas no tuvieron la necesidad de inventar algo parecido al derecho indiano, o mejor dicho, por qué la historiografía no tuvo razones políticas e ideológicas para hacerlo. Considera que el concepto de derecho indiano permitió tratar la ley de las Indias Españolas desde una perspectiva pan-hispánica y cosmopolita, que escapaba a las limitaciones de una historiografía nacional, dando énfasis a la herencia cultural común de las naciones latinoamericanas. Claramente, no hubo una necesidad equivalente de desarrollar un concepto histórico-legal de este tipo para señalar una herencia común de las diferentes partes que constituyen a los Estados Unidos, ya que se trataba de una misma nación.

En este punto, Ross reflexiona sobre el éxito de la reorientación imperial de los siglos XVII y XVIII, camino hacia una *anglicización*, a través del cual las diferentes regiones convergieron hacia un *modo inglés* del derecho, ayudando a la formación de una profunda y consciente identidad británica. Pero también observa que, para el lado hispano, no hubo una transformación de este tipo en el derecho indiano, excepto del lado indio, comparando lo que él llama la *anglicización*, con la utilización que hicieron

los pueblos indígenas del derecho español, a lo que llama *mestizaje jurídico*. El autor considera que las comunidades indígenas y las colonias angloamericanas eran social o legalmente similares, por lo que se puede hallar un paralelismo en la dirección de las transformaciones jurídicas. Cabría señalar algunas variables que pueden ayudar a su comprensión, en tanto es difícil comparar el status de indio tal como lo definen Bartolomé Clavero o Thomas Duve, con el status, de los colonos británicos<sup>1</sup>. La misma inserción indígena en el orden jurídico hispano, según la hipótesis de Stern en su estudio tradicional sobre Huamanga, concluyó por debilitar la capacidad de resistencia de esos pueblos frente a la colonización, en tanto lo que Tau Anzoátegui llamó *el mestizaje jurídico* del siglo XVIII, no fue más que una invocación de ribetes utópicos que nutrió el discurso reformista tardío, sin llegar a ponerse en práctica<sup>2</sup>.

El tópico de la comparación entre las soluciones jurídicas dadas en América del Norte y en Hispanoamérica, también es desarrollado por Heikki Pihlajamäki. En su artículo sobre la occidentalización de las regulaciones de policía, parte de considerar que el derecho europeo ha sido el vehículo primario y el producto de la más temprana globalización moderna, pero que, al hablar de *trasplante de derecho*, los historiadores han trabajado mucho sobre qué reglas fueron llevadas y cuáles fueron olvidadas entre una jurisdicción y otra, o cuáles han ido cambiando en este proceso. Señala que los estudiosos de este tema han escrito sorprendentemente poco sobre las condiciones que obligaron al derecho trasplantado a cambiar, y cómo cambia. En ese contexto, señala el valor operativo de las normativas de policía para resolver la multiplicidad y la variedad de casos que se presentaban a lo largo y ancho de la extensa geografía americana, en el trayecto de varios siglos de dominación europea. Considera que, dentro de la rigidez normativa de los estados absolutos europeos de la temprana edad moderna, las ordenanzas de policía poseían una flexibilidad y rapidez, que fueron enormemente

<sup>1</sup> BARTOLOMÉ CLAVERO, *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*. México. Siglo XXI. 1994; THOMAS DUVE, "La condición jurídica del indio y su consideración como 'persona miserabilis' en el Derecho Indiano", en *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Università degli studi di Milano- Giufrè Editore, Milán, 2004.

<sup>2</sup> STEVE STERN, "Los indios frente a la justicia española", en *Los pueblos indígenas del Perú y el desafío de la conquista española*. Madrid, Alianza, 1986; VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos Horizontes en el estudio del Derecho indiano*. Instituto de investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997, pp. 102 y ss.

provechosas para la organización de la población y la creación de marcos municipales de derecho.

La principal hipótesis del autor parte de considerar que los colonizadores españoles y británicos en América, hicieron un uso frecuente de esa técnica particular, la regulación de policía. Su dispersión y variedad en el Nuevo Mundo condujeron a su globalización, o, dicho de otro modo, a la *menos profunda occidentalización* de este instrumento legal específico.

Pihlajamäki propone, en una visión amplia del imperio español, que el derecho colonial español fue sólo una de las versiones del orden legal colonial, que se podía dividir, a su vez, en las normas específicas de las Indias, llamadas derecho indiano o municipal; el derecho castellano y el derecho indígena. En ese marco, propone que las ordenanzas de policía de la temprana edad moderna intentaron crear y mantener el orden público, la disciplina y la estabilidad, al tiempo que promovían el bien común. La técnica legislativa moderna del *ius politiae* era adaptable a las circunstancias, concebidas dentro de un Estado moderno absolutista. Esta afirmación nos invita a pensar si los conceptos desarrollados por autores citados por Pihlajamäki, como Scholz o Stolleis para el caso alemán, pueden ser válidos para el estudio de la monarquía católica de los Austrias, caracterizada por su pluralismo jurídico e institucional.

## II. CASUISMO Y SISTEMA

Por su parte, los postulados más fructíferos de Tau Anzoátegui habían ido girando, precisamente, en torno al pluralismo de la monarquía católica. En el artículo anteriormente citado, Nuzzo señala cómo Tau, buscando la identidad de derecho indiano, fue descubriendo, por debajo de las creencias legalistas historiográficas más tradicionales, todo un universo de pluralismo jurídico, en el que la totalidad del derecho en Indias en los siglos XVI y XVII era un ordenamiento casuista, un orden pluralista dentro de una cultura común, tanto refractaria a la idea de sistema cuanto más lejana a la voluntad unificadora y centralista.

En sus libros más celebrados, *Casuismo y Sistema* (1992) y *Nuevos Horizontes en el Estudio del Derecho Indiano* (1997), Tau había percibido todos estos problemas, especialmente el modo casuista de resolución de los conflictos jurídicos e institucionales, lo que no sólo modificaba la tradicional utilización de la ley como única base válida de derecho, sino que, al mismo tiempo, ampliaba el conjunto de recursos que podían invocarse como fuentes. Tal era la amplitud de ese abanico que se desplegaba, que hizo caer en la cuenta a los especialistas, que la ley no era una más que uno de los recursos que daban forma a un orden normativo. No se trataba sólo de una cuestión heurística, sino que obligaba a replantear la forma de pensar la mentalidad dentro de la que se hallaba esa concepción de normatividad. Fiel a la tradición de Levene, la propuesta significó una nueva forma de abordaje, tan clara como compleja, que, esta vez, implicaba asumir esa relación entre el fenómeno jurídico y sus circunstancias económicas, políticas y sociales, dejando de pensar en términos legalistas. La novedad consistía en pensar en términos de una cultura jurídica, de una mentalidad operativa nutrida de fuentes normativas tan múltiples como los criterios posibles para su conjugación discreta en un determinado espacio local.

Precisamente, como señala Ezequiel Abásolo en la semblanza que traza sobre los aportes de Tau, un aspecto clave de su pensamiento es su noción flexible sobre cómo debe ser considerada la ley en Indias, a partir de comprender al derecho dentro de una elaboración social, reconociendo la presencia de fuerzas políticas y sociales en el origen y fortalecimiento del mismo, y preguntándose, a su vez, por el rol de jurista en este proceso. La más distinguida contribución de Tau, señala Abásolo, fue haber adoptado y alentado muchas otras investigaciones, ya que él, con generosidad, abrió el debate académico a otras líneas historiográficas y disciplinarias.

Entre los años ochenta y noventa, la historiografía del derecho en general, y la del derecho indiano en particular, fue actualizando sus temáticas y sus formas de abordaje, revisando la comprensión que habían tenido las generaciones anteriores, asumiendo fenómenos como la globalización, el Estado, las relaciones internacionales o la creación jurídica desde otra perspectiva, signada tanto por las nuevas formas metodológicas de abordaje, como por contextos políticos e ideológicos diferentes. Para la historia de los siglos modernos, eso se reflejó en una nueva forma de

aproximarse a las fuentes del derecho dentro de un espectro mental más amplio, a sus mecanismos insertos en estructuras socio-culturales, e incluso a una nueva forma de pensar el Estado moderno.

Muchas de estas cuestiones son abordadas por García Pérez, utilizando como disparador la discusión sobre el uso del término colonia y la naturaleza de la relación entre las Indias Occidentales y la corona de Castilla. Al reflexionar sobre las categorías historiográficas que se suelen utilizar para definir el status político de los territorios americanos, García Pérez se encuentra, por un lado, con el problema de la evolución historiográfica del uso o no de la condición de colonia y, por el otro, con todo el problema que implicaba la definición de una relación política para considerar la creación de un Estado moderno. El debate sobre lo colonial, indica el autor, fue reabierto en los albores del siglo XXI, ya no sólo en términos jurídicos o iushistóricos, sino sobre todo en términos de la nueva historia política y de la historia económica. Observa que, más allá de las conclusiones epistémicas, el uso del término colonial ha venido implicando, no sólo una cuestión de propiedad conceptual sino sobre todo una posición política y una opción ideológica, dentro de los mismos debates académicos, como si al negar la condición de colonia se estuviese justificando el abuso de los españoles sobre los indios.

García Pérez propone que es conveniente ver la diferencia entre el proceso de integración de las Indias en la monarquía hispana en los siglos XVI y XVII, y las consecuencias del establecimiento de la nueva dinastía en el siglo XVIII, tanto en América como en los otros territorios de la monarquía universal. Sobre todo porque la relación con las Indias bajo los Austrias estuvo signada por el pluralismo, en tanto se trataba de la monarquía católica universal, en la que cada reino mantenía sus derechos y libertades originales a través de una unión por accesión. Pero en realidad, la falta de reinos cristianos consolidados en el Nuevo Mundo - a diferencia de otros territorios anexados a Castilla, como Navarra la vieja-, hizo que no se los considerase como pares, sino como meras extensiones de la monarquía. El caso americano, pero no sólo éste, sino también los de otros territorios peninsulares como los de Granada o de Murcia, mostraban la rigidez de las categorías legales usadas, que hacían evidentes las limitaciones de las teorías del derecho concebidas cuando el mundo era sólo uno: el Viejo. Con la llegada de los borbones, la corona estuvo interesada en modernizar su administración, sin considerar realmente las

limitaciones estructurales de la antigua constitución de la monarquía. A pesar de los esfuerzos reformistas y sistematizadores, la estructura de gobierno de la corona mantuvo su pluralidad institucional, su casuismo y su estructura jurisdiccional.

Esta concepción también es compartida por Brian Owensby, en su trabajo sobre el teatro de la conciencia en el derecho vivo en las Indias, afirmando que el derecho en la modernidad temprana encontraba, en la conciencia, un elemento vital para fundar todo el edificio de la justicia. Owensby parte de que la idea política que permitía la estabilidad de todo el ordenamiento socio jurídico era, propiamente, la figura del rey, o más concretamente, la conciencia del monarca católico y piadoso. Esto implicaba la convergencia de los asuntos públicos y privados en el núcleo del orden político.

La conciencia del rey, delegada en los ministros de justicia, no era solamente la letra de la ley, sino que era una pieza central del espíritu de las sentencias y la recta conducta del juez, ya que el obrar humano, como fruto de la prudencia, se valoraba con una consistencia superior a la propia valoración de la ley. Pero lo que la pesquisa documental del autor demuestra, son los múltiples modos a los que apelaban los ministros de justicia para obliterar las prohibiciones del fuero interior, declarando que habían sido absueltos por sus confesores o, directamente, dejando de confesarse, declarando no tener problemas de conciencia. Los abusos de estos delegados del rey, junto a los de los particulares o de ellos mismos actuando como particulares, no en nombre del rey sino con licencia del rey, han sido la más profunda amenaza para la construcción de un orden social en el Nuevo Mundo.

### **III. NUEVAS PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS. EL CONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO PROVINCIAL Y LOCAL**

Marta Lorente, en un trabajo interesado en la historia del constitucionalismo, pone la lupa sobre la idea de vestigios o remanentes coloniales en el derecho nacional y sobre la existencia, o no, de una época de transición entre dos órdenes jurídicos. Llama la atención sobre un

hecho histórico que considera innegable: el primer constitucionalismo, voluntariamente, incorporó una notable cantidad de elementos propios de un antiguo estado de las cosas; elementos que pueden ser considerados perfectamente como componentes plenos de un nuevo orden que, gradualmente, se fue desarrollando a ambos lados del Atlántico. Si se los ha llamado *vestigios*, ello tiene más que ver con una voluntad de estabilizar la esfera hispánica dentro de una nueva noción de ley y, consecuentemente, de código, y no con que nos hallemos efectivamente, ante remanentes sin transcendencia. Todos los primeros textos constitucionales a ambos lados del Atlántico, estaban dando validez constitucional a un abanico de antiguas concepciones y a viejos mecanismos institucionales.

Lo que Lorente llama "tomarse el constitucionalismo en serio", implica asumir algunos supuestos de base, como por ejemplo, que la historia de la codificación no puede estudiarse por separado de la historia de la constitución. El valor de nuestro pasado más reciente prácticamente ha desaparecido de la historia jurídica moderna, que se vuelve evidente cuando, por ejemplo, la constitución de Cádiz define algunas "circunstancias específicas", que no remiten a un entramado nuevo y propio del resguardo de los derechos individuales, sino que luce familiar para quien estudia la historia del derecho colonial y sus privilegios corporativos. Del mismo modo se puede entender, más cerca en el tiempo, el fallo de la Corte Suprema de Chile, que en 2007 le dio jerarquía constitucional a la continuidad entre las reales audiencias y los tribunales republicanos. Con la presentación de este caso chileno, Lorente abre su estudio, para señalar que el término *inmemorial* presente en un auto acordado por un Tribunal Constitucional creado por la Corte Suprema de Chile, se utiliza para resguardar una práctica institucional de larga data, propia de un Estado que se ha sentido heredero del poder doméstico del Antiguo Régimen. Esta relación nos obliga a re-pensar una historia del gobierno de la justicia, de una manera que difiere mucho de lo que conocemos como estatalidad, para obligarnos a pensar en términos de jurisdiccionalidad. De hecho, ambos conceptos, jurisdiccionalidad y poder doméstico, están más cerca del tipo de gobierno que se manejó en las Indias, como elementos estructuradores del orden de antiguo régimen. Pero estaban situados, sin duda, en las antípodas del concepto de Estado.

Con esto, Lorente nos invita a tomarnos *el casuismo* en serio y asumir sus efectos sobre el constitucionalismo, en tanto ella encuentra que la solidez del sistema continuó siendo amenazada por la tradición casuística durante muchas décadas del siglo XIX, dada la acumulación de regulaciones, que si bien podía considerarse como un mero tecnicismo dentro del uso y la práctica de los juristas, sin embargo afectaba y anulaba el nuevo modo de concebir el poder político, en tanto determinaba los instrumentos necesarios para ejercitarlos. Se pregunta, entonces, por el tránsito desde una constitución formal a una material, y en la misma línea de razonamiento, cuál ha sido esa antigua constitución de la monarquía hispánica, para investigar no sólo en torno a los usos discursivos que ha tenido en la época de *transición*, sino, y sobre todo, cuestionando su propia esencia.

Considerando este nuevo punto de partida propuesto por Lorente, la historia del derecho debe realizar, por lo menos, tres cambios sustanciales en su práctica epistémica: en primer lugar, dejar de lado el orgullo nacional, asumiendo que los *derechos patrios* no pueden encontrar su origen en las primeras constituciones, sin tener en cuenta las características de las instituciones que comenzaron a diseñar esos textos y a establecer unas nuevas prácticas políticas e institucionales. En segundo lugar, la historia del derecho debe ser capaz de explicar cómo algunos términos como ley/legislación, gobierno, justicia, representación y responsabilidad, deben ser interpretados en su propio contexto y no de manera aislada. Finalmente, debe asumir el problema de la dificultad de definir la fundación del derecho (y del Estado) moderno.

Víctor Tau, más allá de lo operativa que haya resultado la oposición entre casuismo y sistema, desde hace años viene, además, profundizando su perspectiva a partir de la teorización y el estudio del derecho indiano provincial y local. Para comprender la situación de los espacios periféricos de la monarquía hispánica, se vuelve imprescindible acercarse, no solo a la estructura normativa y doctrinal, sino sobre todo a la mentalidad de la sociedad. Es esa praxis social y ese conocimiento empírico que lo que acompaña y hace posible la acción de los operadores jurídicos, a partir de la práctica cotidiana. La experiencia socio-jurídica debe ser incorporada como marco de referencia imprescindible para definir el concepto de cultural legal local

Para ello, han sido necesarios algunos desplazamientos conceptuales, partiendo principalmente del valor otorgado a la autonomía político-legal de las regiones periféricas. Si bien esta idea, postulada por Antonio Manuel Hespanha, ha permitido modificar la antigua imagen de un derecho indiano centralizado y uniforme, esa propuesta también obliga a pensar, como propuso Bartolomé Clavero, que las ciudades comenzaron a asumir un rol más destacado en la creación y en la aplicación de su propio sistema<sup>3</sup>. Sobre la base de la variedad del casuismo hispanoamericano, es necesario atender a la diversidad de realidades y al juego de la multiplicidad de poderes jurisdiccionales, que contribuyeron al desarrollo de lo que se puede llamar como un peculiar sistema provincial y local.

De esta manera, Tau vuelve a abrir un nuevo campo de estudio. Esta aproximación al fenómeno local del derecho es el elemento principal en la continuidad de la cultura jurídica de las Indias después de su emancipación. Al igual que Lorente, Tau considera falaz desconocer el peso específico de estas mentalidades en el período llamado de *derecho patrio* o de *transición*.

La cultura jurídica en Indias no puede ser concebida, según esta propuesta, como una mera reflexión normativa sobre la inmensa geografía americana integrada a una monarquía con sede en Europa, sino que es importante comprender que el derecho indiano se mantuvo vigente más allá de las emancipaciones nacionales, demostrando que se trataba de mucho más que una relación política. Es necesario pensar en una mentalidad jurídica más flexible y múltiple, que surge necesariamente al acercar la lupa. Si ponemos el foco en un área específica, concebida como una formación natural, podemos observar los diversos niveles y la multiplicidad de poderes periféricos con genuina autonomía jurídica. Quienes estaban a cargo de la administración del derecho a nivel provincial y local, más que meros recipientes de una autoridad real

---

<sup>3</sup> ANTONIO MANUEL HESPANHA, *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político, Portugal, siglo XVII*, Madrid, Taurus Humanidades, 1989; BARTOLOMÉ CLAVERO, "Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia", estudio preliminar de *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla, 1603-1632*, (edición facsimilar), Audiencia-Diputación-Universidad-Fundación ElMonte, Sevilla, 1995, pp. 5-95.

graciosamente delegada, eran verdaderos guardianes de una autoridad alternativa.

Esta idea viene siendo desarrollada en sus últimas publicaciones, como *La potestad normativa en la ciudad durante la colonización española* (2003), *El estudio del derecho indiano provincial y local. Su base documental* (2005), como en su visión historiográfica (2008), o sus problemas terminológicos e históricos (2005), entre otros. Al mismo tiempo, ha dado lugar a una nueva generación de investigadores que asumen sus postulados para ponerlos a prueba en el cruce con diferentes teorías o con diferentes conjuntos de textos locales. Para abordar la variedad, Tau ofrece una propuesta metodológica con seis objetivos específicos, que constituyen, cada uno, una materia y una forma de abordaje sobre variables que no suelen estar entre el utillaje mental de los historiadores del derecho, que obligan a pensar que el orden normativo trasciende el campo habitualmente restringido por la dogmática.

El primero de ellos es la *condición política de la ciudad y de la provincia*. Las raíces del sistema local se pueden encontrar en la ciudad, entendida a la vez como república y como corporación, con su propia entidad y su derecho exclusivo. Esta nueva aproximación nos obliga a considerar diferentes mecanismos de poder, en órdenes que pueden llamarse más propiamente horizontales que verticales, en los que debemos reconocer la existencia de campos de acción reservados a cada esfera de poder. El segundo objetivo se trata de *considerar las condiciones locales de producción de la ley*. Frente a la pregunta sobre cuál ha sido la actitud asumida por la corona ante la cantidad de normas creadas en las diferentes esferas locales del vasto territorio hispanoamericano, Tau propone como hipótesis de trabajo, pensar que, de acuerdo al estilo de gobierno, y dada la imposibilidad material de controlar todos los rincones de sus dominios políticos, la corona consintió o subrepticamente aprobó, el autogobierno provincial y local, y por tanto, la producción legislativa subsecuente, en la comprensión de que los reinos, provincias y ciudades gozaban de poderes jurisdiccionales y normativos que no podían ser ignorados, al tiempo que las autoridades provinciales y locales continuaron reconociendo y manteniendo su lealtad hacia la autoridad política suprema del rey. La implementación de la ley debe ser abordada desde el modo en que era comprendida en la vida cotidiana local, considerando

un proceso en el que intervenían conocimientos tanto legales como locales, surgidos de la experiencia local.

El tercer punto está referido a la *justicia y la cultura jurisdiccional*. Para ello, puntualiza la necesidad de explorar en la praxis las propuestas teóricas de Alejandro Agüero. La cultura jurisdiccional no es sólo una forma de concebir la estructura institucional sino que se trata de una forma de concebir el poder, montada sobre la base de un orden social trascendente y de la supremacía de la comunidad por sobre los individuos, en la que tenían fuerza operativa la primacía de la religión, la relación entre las palabras y las cosas y una forma tópica de razonamiento. La cultura jurídica estaba estructurada sobre un discurso del poder político exclusivamente relacionado con la idea de justicia, como una potestad distribuida en el cuerpo social.

*La familia y el orden de la casa* es el cuarto punto. Siguiendo la vieja propuesta de Otto Brunner, sobre el valor de la casa grande y el padre de familia como estructurantes del orden social. Ese esquema familiar que prevalecía en Europa como modelo de la casa noble, que fue transferido al Nuevo Mundo, sufriendo, por supuesto, los cambios en adaptación requeridos por las nuevas condiciones y transformaciones, según los diferentes procesos de colonización. Así se fueron gestando la diversidad de modos de estructurar las casas, que caracterizaron a las familias españolas y criollas más típicas, de manera tan diferente en las diversas latitudes. También es importante notar, junto a la *casa grande*, la existencia de la *casa plebe*, cuya presencia es menos visible en los documentos, pero que era parte integrante y profunda del engranaje de las costumbres y prácticas sociales.

El quinto punto que propone Tau, es prestar atención al concepto *de propiedad y a la explotación común de los recursos*. No hay que perder de vista, no sólo la complejidad del concepto entre las poblaciones indígenas, sino la complejidad del concepto propiamente europeo de propiedad, sobre el que se suele hacer tabla rasa y considerarlo como sólo uno, el moderno e individual, sin tener en cuenta las persistencias de formas medievales y pre-capitalistas que saltan a la vista. Las fronteras entre lo que podía ser definido como objeto de propiedad individual o de explotación comunal eran muy borrosas, y fueron mutando a lo largo de

los siglos, con notables diferencias entre las percepciones que se tenían al comienzo de la conquista con respecto a las del siglo XVIII.

El último punto es la *relación entre lo particular y lo general en el derecho canónico*. Sus reglas gobernaban la vida y la muerte, y acompañaban a las personas desde el bautismo hasta la extremaunción. La relación entre la concepción universal de esas normas, destinadas a gobernar todo el mundo católico, y el alcance de sus aplicaciones particulares, que requiere adaptaciones y ajustes, hace que el estudio del derecho canónico pueda ser una experiencia clarificadora para un programa de estudio como el que se está planteando aquí. Siguiendo los planteamientos de Thomas Duve, Tau señala la importancia de la dialéctica entre, por un lado, los logros de las autoridades en el trasplante del derecho canónico y, por el otro, la pluralización propia de la cultura legal; esta dialéctica, además, puede contribuir a descubrir la dimensión atlántica de la historia del derecho, más allá de los estudios sobre la recepción unilateral de la cultura jurídica europea en las Indias.

Los dos últimos trabajos de este volumen comparten un mismo propósito. Si Duve y Pihlajamäki buscaron arrojar luz sobre los Nuevos Horizontes, Marta Lorente y el propio Víctor Tau Anzoátegui, volvieron a abrir ese horizonte de renovación, empujándolo hacia adelante. Ambos profundizan los desafíos heurísticos de la disciplina en el siglo XXI e identifican las nuevas líneas de fuerza dentro de una nueva perspectiva teórica y metodológica, sobre las que están trabajando sus propios equipos de investigadores y que seguramente estarán en las agendas de los historiadores del derecho por varios años.