

EL CONCEPTO DEL DERECHO SEGUN LOS FISCALES DE LA SEGUNDA AUDIENCIA DE BUENOS AIRES (1784-1810)

por

Abelardo Levaggi

1. INTRODUCCIÓN

Suelen los autores, al referirse al Derecho de la Ilustración, caracterizarlo con conceptos extraídos de las obras escritas por juristas y políticos representativos de ese movimiento, y decir, en consecuencia, que el Derecho, en esa época, a diferencia de la anterior, tiene en la ley a su fuente principalísima, que la ley se impone al súbdito con el poder omnímodo de la voluntad del príncipe, que el súbdito le debe una obediencia ciega, que la ley adquiere un nuevo sentido de generalidad racional, que la costumbre agoniza frente a la fuerza avasalladora de la ley.

Los doctrinarios del despotismo ilustrado se expresan —en efecto— en estos o parecidos términos, con la intención de halagar al príncipe y de ganarse sus favores.¹ Un Conde de la Cañada escribe, en este sentido, que “la potestad de establecer leyes reside privativamente en el príncipe, y en la misma ha de estar necesariamente su revocación. Los vasallos son notoriamente inferiores, y sólo les toca obedecer al soberano, mas no enmendar ni reformar sus establecimientos; pues si se les reconociese la potestad y autoridad de alterarlos y revocarlos, vendríamos a reconocer en el pueblo una superioridad incompatible con la soberanía del príncipe”.²

La tendencia que existe en el continente europeo en el siglo XVIII lleva la dirección indicada, como consecuencia de un conjunto de factores que no es oportuno recordar.³

Pero la duda que subsiste radica en el grado de correspondencia que haya entre la doctrina política y la vida jurídica. Si ésta refleja, realmente, las orientaciones de aquélla, o se sigue guiando por los criterios tradicionales, prestándoles escasa atención a las novedades que escriben los autores. Porque no podemos cometer la ligereza de confundir doctrina política con Derecho.

Leyes de este tiempo hablan a veces un lenguaje que parece coincidir con la sobredicha doctrina. Por ejemplo: “todas las leyes del reino,

SIGLAS:

AGN = Archivo General de la Nación, Buenos Aires.

AHPBA = Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.

AC = Antonio Caspe.

JMP = José Márquez de la Plata.

MGV = Manuel Genaro de Villota.

¹ Luis SANCHEZ AGESTA, *El pen-*

samiento político del despotismo ilustrado, Madrid, 1953.

² *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 3ª ed., t. I, Madrid, 1845, p. 6.

³ John GILISSEN, *La loi et la coutume dans l'histoire du Droit depuis le haut moyen âge. Rapports généraux au VIe. Congrès international de Droit comparé*. Hambourg, 30 juillet - 4 août 1962, Bruxelles.

que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso";⁴ "se les guarde y cumpla cuanto expresa esta cédula como en ella se contiene, sin embargo de cualesquiera ordenanzas, leyes, estilos o costumbres en contrario, pues quiero que se esté, o pase precisamente por lo que aquí va dispuesto, y que a su tenor sin excepción alguna se arreglen exactamente, todos los tribunales y juzgados";⁵ o "guarden, cumplan y ejecuten, y hagan guardar, cumplir y ejecutar... obedeciendo y haciendo obedecer exactamente y con prontitud sus órdenes y determinaciones, sin permitir su contravención en manera alguna".⁶

Sin embargo, el lenguaje no es totalmente inédito. No es una novedad la firme voluntad de los reyes por hacer cumplir estrictamente sus leyes.⁷ Apelando a un testimonio literario, puede leerse en *La Estrella de Sevilla* de Lope de Vega, que "el vasallo no la pide / al rey; sólo ejecutar, / sin vello y averiguallo, / debe la ley el vasallo; / y el rey debe consultar".⁸

Por otra parte, continúa vigente la ley de Partidas que declara sin valor a las leyes que disponen "alguna cosa contra la ley de Dios, o contra derecho, señorío, o contra gran pro comunal de la tierra, o contra bondad conocida".⁹ Justamente, por este motivo, las ordenanzas de intendentes, "in fine", después de mandar que se tenga "todo lo contenido en ella por ley y estatuto firme y perpetuo y guardándolo y haciéndolo observar inviolablemente, sin embargo de otras cualesquiera leyes, ordenanzas, establecimientos, costumbres o prácticas que hubiere en contrario, pues en cuanto lo fueren, las revoco expresamente y quiero no tengan efecto alguno; prohibiendo, como prohíbo, el que se interprete o glose en ningún modo porque es mi voluntad se esté precisamente a su letra y expreso sentido"; dejan a salvo y permiten que "se pueda suspender la práctica de lo que dispone cuando no haya razón de dudar del perjuicio que de ella resultaría". Un instrumento fundamental del despotismo ilustrado, como son las ordenanzas de intendentes, es así tan "legislación de tanteo" como la del siglo XVI.

Para despejar la incógnita apuntada, hay que investigar en los documentos de aplicación del Derecho, qué concepto se tiene del mismo y qué uso se hace de él. De todas las fuentes posibles, considero especialmente valiosas a las vistas de los fiscales y, luego, a los dictámenes de los asesores, dado que generalmente las sentencias no llevan fundamentos propios.¹⁰ Muy poco es, sin embargo, lo que se ha investigado y publicado al respecto.

En base a un apreciable caudal de vistas de fiscales que actuaron en la Audiencia de Buenos Aires, reunidas tras varios años de investigación,¹¹ intentaré dar respuesta a aquellos interrogantes y establecer

⁴ 12 de junio de 1714. Nov. Rec., III, ii, 11.

⁵ Real cédula del 6 de noviembre de 1789. AHPBA, *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, v. I, La Plata, 1929.

⁶ Real cédula del 28 de septiembre de 1809. *Idem*, v. III.

⁷ Alfonso GARCIA GALLO, *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, págs. 206-214, en *Estudios*

de historia del Derecho indiano, Madrid, 1972.

⁸ III, x.

⁹ I, i, 18.

¹⁰ A. LEVAGGI, *La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano*, en *Revista de Historia del Derecho*, 6, Buenos Aires, 1978, pp. 45-73.

¹¹ La primera parte del material la publiqué en: *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Ma-*

cómo es el Derecho que se practica en las Indias en tiempos de la Ilustración y en qué medida está influenciado por las doctrinas políticas en boga.

2. AUTORIDAD DE LAS LEYES

El problema de la autoridad de la ley, entendida como manifestación de la voluntad del príncipe, está presente en la documentación. La solución al mismo, no puede ser otra que la tradicional: por la obediencia debida al príncipe por el vasallo, la ley debe ser también obedecida.

Los fiscales hablan de que "las resoluciones del soberano, son el norte y pauta por donde todo vasallo ha de dirigirse y arreglar sus procedimientos",¹² y agregan, con referencia a su observancia, "que sujetándose todos sostienen la verdadera felicidad pública y particular".¹³ Propio del fiscal es "salvar su respeto a las disposiciones del soberano".¹⁴

Al tratarse de la instalación de la segunda audiencia, para que las leyes sean cumplidas, contempla el fiscal la necesidad de tener los siguientes cuerpos: "las leyes de Indias, Castilla, y Partidas del rey Don Alonso, el del Derecho canónico, y las Ordenanzas del Perú".¹⁵

Los tribunales tienen que ser los primeros en sujetarse a la voluntad real. Márquez de la Plata dice a la audiencia que "acordará V.A. lo que considere más conforme a la voluntad del rey informándole a S.M. como lo manda... para que se sirva de resolver lo que sea más de su real agrado",¹⁶ y se esfuerza por descubrirla, aun en aquellas leyes no comunicadas a las autoridades locales.

Al discutirse la precedencia que corresponde guardar en la Junta de Diezmos, "a vista del artículo 170 de la Real Ordenanza de Intendentes de Nueva España... [dice que] se viene en claro conocimiento de que la expresada voluntad del rey es...", y se la observa.¹⁷

A pesar de la vacancia del trono, debe tenerse por subsistente a la voluntad real. Sostiene Villota que la "soberana voluntad manifestada bastantemente antes de estos acontecimientos [invasión napoleónica], debe ser la única regla que dirija la resolución en todas materias, por ser éste el medio de conservar la integridad de la soberanía".¹⁸

Cuando la voluntad no se manifiesta, se la presume. Concede el fiscal que "es verdad que aún no ha llegado la real orden en que expresamente conste la voluntad de S.M., como tampoco han llegado los despachos de la nueva plaza detenidos o interceptados acaso con la presente guerra, pero... no halla el fiscal reparo en que V.E. se sirva concederle su superior licencia supletoria de la gracia que se supone", como, en efecto, se practica.¹⁹ En otro caso, "no se persuade el fiscal que la

nuel Genaro de Villota, Buenos Aires, 1981.

¹² MG V y AC, 15 de diciembre de 1807, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 538.

¹³ MG V, 2 de noviembre de 1805, en *idem.*, p. 392.

¹⁴ JMP, 21 de marzo de 1792. AGN, Interior, legajo 32, expediente 14, f. 2 v. IX 30-4-8.

¹⁵ JMP, 14 de marzo de 1785. AGN, Interior, leg. 20, exp. 29, f. 9. IX 30-3-5.

¹⁶ JMP, 23 de marzo de 1799. AHPBA, 7-2-111-1, f. 15 v.

¹⁷ JMP, 2 de septiembre de 1799. AGN, Tribunales, leg. 15, exp. 2, f. 18. IX 35-1-1.

¹⁸ MG V, 7 de septiembre de 1808, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 595-6.

¹⁹ MG V, 12 de diciembre de 1805, en *idem.*, p. 407.

intención del soberano fuese dejarle en la clase de interino... mayormente no habiendo dispuesto el rey otra cosa en el dilatado tiempo corrido".²⁰

Las leyes han de ser obedecidas y cumplidas en todo momento. Aunque en este caso no prevalece el criterio del fiscal ante el virrey, protesta preguntando "¿dónde está ese texto que se trae de que en tiempo de guerra callan las leyes que se hicieron para el tiempo de paz?";²¹ "¿si tenemos una ley que hemos jurado tan expresa y terminantemente que no se ha revocado hasta ahora como queda fundado, cual es la que manda: que si algunos navíos de cualquiera nación extranjera aportaren a las Indias sin licencia del rey se tomen por perdidos y las mercaderías que en ellos se llevaren, aunque sean de súbditos y naturales de estos reinos, y quiere S.M. que así se ejecute sin remisión para sus ministros pena de privación de sus oficios y de cada mil ducados para la cámara? ¿Por qué hallándonos en el caso de esta ley no se ha de juzgar por ella, y se ha de ocurrir a interpretaciones voluntarias...?"²²

Ciertas leyes tienen una jerarquía superior y gozan de mayor autoridad todavía. Son las relativas a las regalías del príncipe. Contra ellas no cabe alegar costumbre o práctica en contrario, porque las regalías son inalienables e imprescriptibles.

Los ministros rechazan la pretensión de introducir "una nueva forma en materias que la tienen por una ley constitucional", en el caso, sobre provisión de beneficios eclesiásticos,²³ y oponen como argumento irrefutable de autoridad el "ser directamente opuesta a lo más sagrado de las regalías del soberano".²⁴ Por igual razón sientan que "todo lo que sea establecer o situar un gasto o expendio... de la real hacienda, requiere indispensablemente, o una expresa real orden o que se dé pronta cuenta al rey para obtener su soberana aprobación".²⁵

Tampoco en esta ocasión estamos en presencia de un Derecho inédito, distinto del de los siglos anteriores. ¿Acaso Felipe II, en la famosa cédula sobre el patronato, del 1º de junio de 1574, no estableció "que por costumbre ni prescripción ni otro título, ninguna persona ni personas de comunidad, eclesiásticas ni seglares, iglesias ni monasterios, puedan usar derecho de patronazgo si no fuere la persona que en nuestro nombre y con nuestra autoridad y poder le ejercitare. Y que ninguna persona secular ni eclesiástica, orden, convento, religión, comunidad, de cualquier estado, religión y preeminencia que sean, judicial ni extrajudicialmente por cualquier ocasión o causa sea osado de se entremeter en cosa tocante a nuestro patronazgo real, ni a nos perjudicar en él...?"²⁶

Lo novedoso, si bien no del todo, es la insistencia en el carácter sagrado de la persona y de los derechos del rey. No del todo, porque la

²⁰ JMP, 8 de octubre de 1790. AGN, Interior, leg. 29, exp. 14, f. 37. IX 30-4-5.

²¹ JMP, 24 de diciembre de 1798. AGN, Hacienda, leg. 86, exp. 2241, f. 58 v. IX 34-1-3. Idem, 14 de julio de 1798, AGN, Comerciales, leg. 18, exp. 7, f. 38 v., IX 31-1-4, y 28 de julio de 1798, AGN, Hacienda, leg. 89, exp. 2297, f. 38 v.-39, IX 34-1-6.

²² JMP, 9 de noviembre de 1798. AGN, Hacienda, leg. 86, exp. 2241, f. 59 v. IX 34-1-3.

²³ MGv, 9 de mayo de 1808, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 594.

²⁴ JMP, 10 de diciembre de 1803. AGN, Tribunales, leg. 1208, exp. 23, f. 137 v. IX 38-6-3.

²⁵ JMP, 10 de febrero de 1794. AGN, Hacienda, leg. 68, exp. 1817, f. 9 v.-10. IX 33-8-2.

²⁶ Francisco C. ACTIS, *Actas y documentos del Cabildo Eclesiástico de Buenos Aires*, v. II, Buenos Aires, 1944, p. 23.

sacralización del príncipe es una idea que nace en la Baja Edad Media, como consecuencia de la recepción del Derecho romano justiniano, y que rima desde el siglo XVI con la doctrina del absolutismo (ejemplo, la traición contra el príncipe convertida en delito de lesa majestad).²⁷

Se pone, de todos modos, un mayor énfasis, ahora, en el carácter divino que tiene el príncipe. Uno de los fiscales hace referencia a "la sublimidad del trono en que... reside la sagrada persona del soberano"²⁸ y al "sagrado tenor de nuestras leyes".²⁹

3. RACIONALIDAD DE LAS LEYES

La ley se impone por la voluntad real, pero su validez depende, desde San Isidro de Sevilla, de que sea honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza y a las costumbres del país, conveniente al tiempo, necesaria y útil.

La ley debe ser, sí, obedecida, pero para su cumplimiento y aplicación se averigua la razón, que no se duda existe en toda ley, como acto de la inteligencia y de la voluntad que es, en síntesis, inseparable, de conformidad con la doctrina escolástica. Por eso, los tribunales se guían para aplicarlas, no de la materialidad de su letra, sino de su espíritu, que depende de la razón. Sienta José Maymó y Ribes que "las leyes deben entenderse, y aplicarse según su espíritu e intención, y para juzgar bien el sentido de una ley, se debe considerar cuál es su motivo, cuáles los inconvenientes que quiere remediar, la utilidad que de aquí puede provenir, su relación a las leyes anteriores, las mutaciones que establece, y hacer las demás reflexiones con que se pueda comprender su sentido".³⁰

Como manifiesta un fiscal, se busca el resultado "que parece el más conforme al espíritu y objeto que se proponen".³¹ Por igual motivo, cuando existe la misma razón, se admite la aplicación de una ley dictada para otro lugar o materia. El fiscal dice de una disposición que "aunque no se halla comunicada a los tribunales de estos dominios, debe adoptarse por identidad de razón";³² demostración de que, por sobre la voluntad que manda, el Derecho se reconoce en la razón del príncipe que ordena.

4. RECURSO DE SÚPLICA DE LAS LEYES

El Derecho castellano-indiano admite, contra las leyes que se aparten de los principios de justicia y conveniencia, el recurso de súplica.³³ La vigencia del mismo no decae en estas décadas.

²⁷ José Antonio MARAVALL demuestra el origen bajomedieval de la doctrina del derecho divino de los reyes, en *Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV a XVII*, t. I, Madrid, 1972, pp. 254-269.

²⁸ JMP, 24 de febrero de 1788.

AHPBA, 7-2-109-20, f. 31v.

²⁹ JMP, 24 de septiembre de 1799. AGN, Hacienda, leg. 90, exp. 2334, f. 2 v.-3. IX 34-1-7.

³⁰ *Proemiales de la jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1767, p. 143.

³¹ MGv, 4 de noviembre de 1801, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 184.

³² JMP, 20 de junio de 1785. AGN, Interior, leg. 14, exp. 17, f. 13 v. IX 30-2-8.

³³ Víctor TAU ANZOATEGUI, *La ley "se obedece pero no se cumple". En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho indiano*, en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, v. VI, Quito, 1980, pp. 55-110.

Categoricamente expresa Márquez de la Plata, que "no es bastante haber obtenido una cédula de S.M. para que se deba ejecutar y cumplir desde luego, lo que por ella se prevenga, porque además se necesita que en su impetración no haya vicio, que la haga injusta, dañosa, y perjudicial, porque de lo contrario, debe suspenderse en la suposición de que el ánimo del soberano jamás fue oponerse a las leyes, a la pública utilidad, al Derecho natural y de gentes, o al de un tercero inaudito; o cuando las preces se fundaron con engaño, o mentira así en el hecho como en el derecho, bien sea por obrepción, bien por subrepción".³⁴

El mismo fiscal completa la doctrina legal clásica en otra oportunidad: "no hay duda que de las leyes, cédulas o rescriptos puede suplicarse representándose motivos justos de inconveniencia para su derogación, o modificación, pero no por eso hay facultad para suspender en el entretanto el cumplimiento y ejecución de ellas, sino es que se siga escándalo conocido, o daño irreparable, en cuyo caso es permitido que habiendo lugar de Derecho, suplicación, e interponiéndose por quien, y como deba, puede sobreseerse en el cumplimiento".³⁵

Los fiscales Villota y Caspe son igualmente claros en cuanto a la vigencia del recurso: "aun las cartas y provisiones de S.M. no deben cumplirse, cuando son contra Derecho, ley o fuero usado".³⁶ El primero de ellos se avanza a ponerlo en práctica, diciendo que, "en el caso de que S.M. se haya servido aprobar la expresada mita, se obedezca su soberana disposición suspendiéndose su cumplimiento, hasta que enterado el real ánimo de los fundamentos expuestos, y demás circunstancias no manifestadas en el expediente seguido para su concesión, se sirva determinar lo que fuere de su real agrado".³⁷

5. PARTICULARISMO DEL DERECHO INDIANO

El particularismo —probablemente la cualidad más notable del Derecho indiano—, que contrasta con la tendencia unificadora peninsular coetánea, se mantiene vivo en esta época. Se sigue pensando, como decía Solórzano, que "cada provincia necesita de leyes y costumbres particulares, que se ajusten a ella", por aquello de la conformidad de la ley a la naturaleza y a las costumbres del país, y que "como el pulpo muda de colores, según el lugar donde se pega: así el legislador, que es atento, y prudente, debe variar sus mandatos, según las regiones a cuyo gobierno los encamina".³⁸ Este particularismo se apoya en el método casuista del "mos italicus", aún predominante en la práctica forense.

La pretensión racionalista de sujetar a las mismas soluciones, a todos los hombres y casos, no asoma en ningún momento. Lo que debe entenderse en esos años por generalidad de la ley lo aclara uno de los fiscales, cuando dice que "la práctica de las leyes comunes, generales,

³⁴ JMP, 28 de julio de 1802. AGN, Tribunales, leg. 138, exp. 16, f. 8 v.-9. IX 37-5-2.

³⁵ AMP, 21 de abril de 1788. AGN, Interior, leg. 26, exp. 5, f. 38 v. IX 30-42.

³⁶ MGV y AC, 14 de marzo de 1808, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 567.

³⁷ MGV, 14 de febrero de 1804, en *idem*, p. 255.

³⁸ *Política indiana*, libro II, cap. VI.

y ordinarias, se ha prescripto para los casos regulares, y siempre con respecto al bien general, que es su objeto".³⁹

No vacilan los ministros de la audiencia en su convicción de que la ley tiene que adaptarse a las circunstancias del lugar. Respecto de una disposición fundada en una ley castellana, expresan que "trae a primera vista en su apoyo una circunstancia que la haría digna de llevarse a debido efecto en todas sus partes, si una juiciosa crítica la hiciese adaptable en todos tiempos a las circunstancias locales".⁴⁰

No sólo se trata de que el legislador deba tenerlas en consideración al redactar la ley, sino de que la ley, una vez promulgada, no debe aplicarse con rigidez de criterio, como si fuese la única fuente de Derecho, sino con plasticidad, conjugada con las costumbres, prácticas y otras leyes vigentes en el país, porque, como se afirma de una exacción parroquial, "aunque de justicia, dejada únicamente al Derecho que la rige en general, podía ocasionar vejámenes".⁴¹

Por eso, también, opinan que "podrá ser muy conducente que en todas las intendencias sea uniforme la instrucción que rija a los subdelegados en cuanto sea posible, y adaptable a las circunstancias específicas, y locales, que es el espíritu de la citada real ordenanza",⁴² y señalan "que establecido un nuevo método bajo las circunstancias, y reglas que se han adoptado; se vaya haciendo en su prosecución los reparos oportunos, para que representados, se proceda a su alteración, disminución, o nueva determinación".⁴³

El particularismo del Derecho indiano se comprueba a cada paso. Uno de los fiscales habla de la regla y de "los casos particulares, en que podrá variar según las especiales combinaciones a que vengan ligados",⁴⁴ "sin que los ejemplares de otros reinos deban servir [necesariamente] de regla pues en cada uno suele haber sus prácticas, usos y costumbres particulares".⁴⁵ Censura al gobernador de Montevideo, que se pronunciara en contra del remate de la escribanía de ese puerto, "como opuesto a la ley, al estilo, práctica y costumbre de los otros puertos", porque "sin constarle a aquella subdelegación, las condiciones y circunstancias del remate... ni el origen de la práctica y posesión en que el actual escribano propietario, y los anteriores que la sirvieron en ínterin han estado... se avanzó a dar disposiciones contrarias a las que estaban en práctica".⁴⁶

Cuando se recurre al Derecho de otro lugar, su adopción depende de su adaptabilidad. El mismo fiscal recuerda en 1799 que las Ordenanzas de Minería de Nueva España "se comunicaron para su observancia en esta América en lo que fuesen adaptables y no se han puesto hasta ahora en ejecución en este virreinato".⁴⁷ En materia de elec-

³⁹ JMP, 19 de octubre de 1803. AGN, Cabildo de Buenos Aires. Archivo 1803, f. 347 v. IX 19-5-2.

⁴⁰ MGv, 5 de julio de 1804, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 257.

⁴¹ MGv, 6 de diciembre de 1804, en ídem, p. 282.

⁴² JMP, 26 de noviembre de 1784. AGN, Tribunales, leg. 71, exp. 41, f. 15. IX 36-3-5.

⁴³ JMP, 19 de diciembre de 1802. AGN, Interior, leg. 50, exp. 10, f. 89 v. - 90. IX 30-6-8.

⁴⁴ JMP, 9 de septiembre de 1789. AGN, Hacienda, leg. 59, exp. 1302, f. 39 v. IX 33-5-7.

⁴⁵ JMP, 16 de enero de 1800.

AHPBA, 7-2-110-8, f. 32 v.

⁴⁶ JMP, 31 de marzo de 1803, AGN, Tribunales, leg. 122, exp. 23, fs. 54 y 55 v. - 56. IX 32-2-6.

⁴⁷ JMP, 7 de diciembre de 1799. AGN, Guerra y Marina, leg. 29, exp. 26, f. 18 v. IX 24-3-5.

ciones de diputados del gremio de minería, opina que se debe estar “a alguna otra determinación particular de minería, que teniendo conexión con la misma de igual clase, adopte regla, que conviniendo a aquélla, sirva también de modelo para ésta”.⁴⁸

Otro ministro, para dotar de un arancel de derechos a los tenientes asesores, estima que “pueden servir de regla, acomodándose a la mayor pobreza del distrito de esta audiencia, los que cobra el de la presidencia de Charcas”.⁴⁹

6. EMPLEO DE LA EQUIDAD Y DEL PRUDENTE ARBITRIO

La equidad prosigue moderando el rigor de la ley, cuando no es “el especioso pretexto con que procuran las partes eludir tan serias y repetidas reales disposiciones”.⁵⁰ “Si la dureza o rigor del Derecho —escribe Maymó y Ribes— no se sigue esencialmente de la ley, ni es inseparable de ella, sino que puede la ley tener su efecto por una interpretación que modere este rigor, y por algún temperamento que pida la equidad, que es el espíritu de la ley, entonces se debe preferir la equidad a este rigor, que parece conforme a la letra de la ley, y seguir más el espíritu, e intención de ella, que su interpretación estrecha. y dura”.⁵¹

Aclara un fiscal que “es preciso que cuando la epiqueya sugiera un tal dictamen, éste vaya de acuerdo y conforme a la razón de aquella ley que es la necesidad, utilidad, o conveniencia pública”.⁵² El mismo la invoca —“conforme a equidad”,⁵³ “usando de la equidad”⁵⁴— y le propone a la audiencia, “en uso de sus superiores facultades, sin pararse en los ápices y rigorismos del Derecho, providenciar sobre el recurso introducido que se dijo no venir en estado”.⁵⁵

El medio al cual se suele apelar para introducir la equidad es el del prudente arbitrio, o sea la atribución creadora de Derecho que tiene el tribunal. Como consigna uno de los fiscales, “examinado el negocio en su fondo usan los tribunales superiores del arbitrio, o temperamento que en su prudente consideración es muy compatible con el sabio espíritu de las leyes penales para no proceder por el material tenor de ellas, templando el rigor de su letra con el pulso, y discreción que les dictan los sólidos conocimientos de su asentada práctica y experiencia”.⁵⁶

En el caso del hospital betlemita, que pretende traer de las colonias portuguesas paño y medicinas, importación prohibida por las leyes, hace presente el fiscal al virrey que “está en las altas facultades de V.E. permitir... que pueda traer de las mencionadas colonias extran-

⁴⁸ JMP, 19 de diciembre de 1802. Idem. nota 43.

⁴⁹ MGv, 6 de septiembre de 1803, en *Los escritos del fiscal...* cit., pp. 231-2.

⁵⁰ JMP, 24 de septiembre de 1790. AGN, Hacienda, leg. 55, exp. 1402, f. 35. IX 33-6-5.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 146.

⁵² JMP, 19 de octubre de 1803. AGN, Cabildo de Buenos Aires. Archivo 1803, f. 347 v. IX 19-5-2.

⁵³ JMP, 14 de septiembre de 1789. AGN, Hacienda, leg. 47, exp. 1243, f. 28. IX 33-5-4.

⁵⁴ JMP, 31 de enero de 1802. AGN, Hacienda, leg. 102, exp. 2662, f. 86. IX 34-3-4.

⁵⁵ JMP, 1º de febrero de 1794. AGN, Tribunales, leg. L 9, exp. 20, f. 175. IX 41-5-5.

⁵⁶ JMP, 22 de marzo de 1804. AGN, Tribunales, leg. 33, exp. 6, f. 41 v. IX 35-5-5.

teras los artículos de medicinas de que tenga más necesidad... en atención a la corta entidad del importe de su valor, y a la nobleza del objeto",⁵⁷ y en el de una goleta francesa, que trae pliegos del servicio real y que pide autorización para vender su cargamento de mercaderías, a pesar —también— de la prohibición de las leyes, la opinión es que, "combinadas las circunstancias del caso presente y el importe del cargamento con las de los dos ejemplares ocurridos en los años de 1780 y 1792, dan bastante arbitrio a las altas facultades de este superior gobierno para que las ejercite".⁵⁸

En todas estas ocurrencias, se trata, según otro fiscal, de "que el medio conciliatorio que dentro de los límites de la necesidad queda indicado, influya algún tanto en la inobservancia de las leyes por consultar la suprema del Estado y que aflojando los resortes de su rigor, sea en el modo más compatible con el interés nacional".⁵⁹

7. AUTORIDAD DE LAS COSTUMBRES

La costumbre, a veces identificada con la práctica, conserva su importancia como fuente del Derecho, en sus tres clases: "praeter legem", "secundum legem" y "contra legem".⁶⁰ Para referirse al Derecho, es común que se mencionen la ley, la práctica y la costumbre, en consorcio.

De acuerdo con la doctrina isidoriana, a la costumbre, como a la ley, se les exige racionalidad. Cuando les falta este requisito intrínseco, se las impugna. Lo hace el fiscal en el caso del alcalde que ejecuta sentencias de muerte sin consultar a la audiencia, porque la costumbre, "aun cuando tuviese viso de cierta, no debía subsistir, ni tolerarse por perniciosa, irracional, y contra todos los principios de nuestra sabia jurisprudencia",⁶¹ lo hace en otro, por reputar el hecho "un abuso que no ha debido tolerarse, y que jamás puede inducir costumbre legítima... no concurre razón alguna para que los menores a título de tales, aunque tengan haberes", no actúen en papel sellado,⁶² y lo reitera en un tercer caso, porque la práctica de que el subdelegado de real hacienda presida en Santiago del Estero, en las funciones públicas, "por más que hasta aquí se haya autorizado en dicha ciudad, es un abuso depresivo de los derechos y representaciones del cabildo, a quien sólo debe presidir su gobernador".⁶³

La costumbre "contra legem" se interpreta como una forma distinta de expresión de la voluntad del príncipe, una forma indirecta, por medio del consentimiento expreso o tácito prestado a la conducta social. Porque se vincula a la costumbre con la voluntad del príncipe es que se insiste en que tenga conocimiento de ella.

⁵⁷ JMP, 24 de septiembre de 1799. AGN, Hacienda, leg. 90, exp. 2334, f. 2 v. - 3. IX 34-1-7.

⁵⁸ JMP, 31 de octubre de 1801. AGN, Comerciales, leg. 22, exp. 10, f. 20. IX 31-1-8.

⁵⁹ MGV, 14 de octubre de 1809, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 677.

⁶⁰ V. TAU ANZOATEGUI reconoce el vigor de la costumbre indiana en el siglo XVIII, en *La costumbre en el Derecho del siglo XVIII. La doctrina jurí-*

dica y la praxis rioplatense a través de los cabildos, pp. 686-7, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXVI, Nos. 101-102, México, 1976.

⁶¹ JMP, 18 de octubre de 1786. AGN, Tribunales, leg. 223, exp. 4, f. 191. IX 38-8-5.

⁶² JMP, 24 de noviembre de 1797. AHPBA, 7-2-113-5, f. 12 v.

⁶³ JMP, 23 de enero de 1804. AGN, Tribunales, leg. 133, exp. 2, f. 3 v. IX 37-4-5.

Se pregunta uno de los fiscales: “¿... dónde están todas aquellas circunstancias que esencialmente se requieren para introducir costumbre contra ley, entre ellas el expreso, o tácito consentimiento del príncipe, que es indispensable, aun cuando no sea en materia tan delicada como la del mero mixto imperio de cuya autoridad se trata?”⁶⁴ Y objeta la costumbre que alega el Cabildo de Montevideo, de reelegibilidad del alcalde por unanimidad de votos, porque “no parece regular que prevalezca la gestión del ayuntamiento a la sombra de una práctica contra ley en lo general sin noticia del soberano, cuando por una parte no constan ni aun se expresan los grandes proyectos y utilidades para la causa pública que haya conseguido, y tenga pendientes el alcalde de primer voto reelegido [José Cardoso], y por otra no se arguye ni alega motivo ilegal, arbitrario, o sospechoso en el señor gobernador para no confirmarlo, por lo cual la presunción de Derecho está en este caso a favor del que confirma en nombre de S.M. porque de otro modo preponderaría un acto que en algún modo tiene más unos visos de voluntario que de celoso”.⁶⁵

Igualmente se impugna a pretendidas costumbres por falta de antigüedad. Sostiene el fiscal que “como estilo contra ley sólo es tolerable, donde ya está introducido, y aquí no puede estarlo para el asunto en cuestión [apelación fuera de término], porque éste es el primer recurso de esta naturaleza, en que debe regir la forma, y disposición de las leyes”.⁶⁶

La misma oposición se hace por resistencia de la ley, alegándose que “no hay tal costumbre de pagarse de esas rentas en vacante, ni cuando la hubiera, podría prevalecer contra la expresa disposición de la ley que la resiste”⁶⁷ y por defecto de prueba, por cuya causa se considera que “el mérito de la información y hechos a que se contrae, no son cuales por Derecho se requieren para sostenerse la declaración judicial sobre costumbre, de modo que produzca obligación de observarla”.⁶⁸

Otras veces, se suman varias razones contra la fuerza de una costumbre. Uno de los fiscales no encuentra “fundamento bastante para reputar ni tener por costumbre legítima y autorizada la referida concurrencia del cabildo, y su gobernador, la víspera de la publicación [de la bula de la santa cruzada, en Córdoba]. . . contra la expresa disposición de la precitada ley real de Indias y mucho menos atendidas las razones que expone el gobernador intendente. . . y lo que se observa así en esta capital como en otras en cumplimiento de la misma real disposición”.⁶⁹

Cumplidos, en cambio, todos los requisitos, la costumbre goza de plena autoridad. Sería admisible la aplicación de una ley de Castilla, “si la práctica contraria o costumbre introducida con todos los requisitos legales no hubiesen enervado su vigor y fuerza”.⁷⁰ Del mismo modo, “si en la ciudad de Córdoba se halla establecida esta práctica con respecto al obsequio que [los alcaldes] voluntariamente han querido hacer a sus

⁶⁴ JMP, 18 de octubre de 1786. AGN, Tribunales, leg. 223, exp. 4, f. 191. IX 38-8-5.

⁶⁵ JMP, 10 de febrero de 1794. AGN, Tribunales, leg. 105, exp. 1, f. 33 v. IX 36-9-1.

⁶⁶ JMP, 26 de abril de 1786.

AHPBA, 7-2-113-3, f. 59 v.

⁶⁷ JMP, 5 de mayo de 1804. AGN,

Justicia, leg. 45, exp. 1307, f. 7. IX 31-8-3.

⁶⁸ MGV, 21 de marzo de 1805, en *Los escritos del fiscal*. . . cit., p. 313.

⁶⁹ JMP, 18 de diciembre de 1787. AGN, Tribunales, leg. 104, exp. 2, f. 172 v. - 3.

⁷⁰ MGV, 5 de julio de 1804, en *Los escritos del fiscal*. . . cit., p. 257.

anteriores jefes, no hay motivo en que pueda fundarse la denegación que intenta hacer el actual de una prerrogativa sobre que debe decidir la anterior costumbre".⁷¹

En otros casos, se considera lo "justo y conveniente que es no se haga novedad ni altere esta práctica y costumbre",⁷² y se aprueba un auto del provincial dominico, como fundado "en la posesión en que la provincia se ha mantenido con anuencia de los conventos".⁷³

8. IMPORTANCIA DE LA PRÁCTICA Y DEL ESTILO DE LOS TRIBUNALES

A la práctica, a lo establecido y experimentado, se le concede un especial valor en esta época de auge de la experimentación, un valor que se intenta preservar, para no alterar el orden de la comunidad, salvo que exista razón para hacerlo. Se parte de la presunción de que lo que ha sido observado por mucho tiempo es útil y justo.

Así como los fiscales deben conocer las leyes, deben conocer las prácticas, para no errar en la búsqueda de las soluciones convenientes. Uno de ellos invoca la "práctica que el fiscal observó en España", en materia de exhibición por el juez comisionado de su despacho,⁷⁴ y la de Buenos Aires, de recibir en su cárcel a reos de otras jurisdicciones.⁷⁵ Otro fiscal apela asimismo a su experiencia personal: "repetidas veces lo ha visto practicar el exponente en este tribunal".⁷⁶

Cuando "no se halla instruido de la práctica que en estas provincias se observe sobre el otorgamiento de licencias para la construcción de ingenios... como quiera que el señor gobernador intendente de la villa de Potosí en quien debe suponerse la correspondiente instrucción y práctica sobre el asunto como frecuente en dicha villa", solicita que se le requiera informe sobre ella.⁷⁷

La práctica o estilo de los tribunales superiores se prestigia con una autoridad especial, no obstante las críticas de los ilustrados, como Juan Francisco de Castro.⁷⁸ Pedro Bravo de Lagunas y Castilla adhiere a la opinión de que "el estilo de juzgar en tribunales superiores y justificados es el mejor intérprete de la ley".⁷⁹ Los fiscales la comparten.

Mencionan "la general práctica de los tribunales, estimada por el mejor, y más autorizado intérprete de las leyes";⁸⁰ "la práctica adoptada en todos los tribunales superiores";⁸¹ "la práctica de los tribunales

⁷¹ MGv, 18 de abril de 1805, en ídem, p. 323.

⁷² JMP, 9 de noviembre de 1790. AGN, Cabildo de Buenos Aires. Archivo. 1790. Septiembre-diciembre, f. 127. IX 19-4-2.

⁷³ JMP, 8 de noviembre de 1803. AGN, Interior, leg. 49, exp. 15, f. 10 v. IX 30-6-7.

⁷⁴ JMP, 17 de julio de 1802. AGN, Interior, leg. 52, exp. 21, fs. 26 v. 27. IX 30-7-1.

⁷⁵ JMP, 30 de marzo de 1789. AGN, Tribunales, leg. 235, exp. 8, f. 14 v. IX 39-1-4.

⁷⁶ MGv, 4 de noviembre de 1801, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 184

⁷⁷ JMP, 30 de abril de 1785, AGN, Interior, leg. 18, exp. 13, f. 5, IX 30-3-3 y 3 de febrero de 1785, AGN, Justicia, leg. 15, exp. 345, f. 5 v., IX 31-4-4.

⁷⁸ *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, t. II, Madrid, 1829, pp. 76-80.

⁷⁹ Dictamen, 5 de abril de 1746, f. 11 v. AGN, IX 17-5-5.

⁸⁰ JMP, 22 de diciembre de 1789. AGN, Tribunales, leg. 179, exp. 3, f. 217. IX 38-2-1.

⁸¹ MGv, 8 de junio de 1801, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 164.

supremos de la nación”⁸² y “la inmemorial práctica invariable de las reales audiencias de estos dominios”.⁸³

Las buenas prácticas merecen ser amparadas. Por ello, no debe admitirse ejemplar “que altere la práctica establecida y mandada observar sobre que los dichos regidores suplentes los hayan de nombrar seis vecinos de los que hubiesen servido oficios de república” y no los alcaldes;⁸⁴ y se defiende la práctica de las guías, observada desde el establecimiento de la aduana, contra la cual “no puede servir de excepción legítima la práctica o abuso anterior”,⁸⁵ y se sostiene lo que “se observa por práctica en todos los cabildos de Indias, que sólo están sujetos a las resultas de los señores intendentes”.⁸⁶

9. VALOR DE LOS EJEMPLARES

El Derecho no se agota en la ley y en la costumbre, aun cuando sea indiscutible su importancia. Hay otros tópicos a los que acude el jurista para construir la solución equitativa y conveniente. Entre éstos figuran los ejemplares, empezando por los del propio lugar, que se consideran, en principio, más ajustados a la situación. Asienta Maymó y Ribes que si en algunas provincias o lugares faltan reglas para ciertas dificultades, en materias que están allí en uso, y estas reglas se hallan en otros lugares donde se usan estas mismas materias, es natural seguir su ejemplo, especialmente el de las ciudades o villas principales, como se ve que en el Derecho romano las provincias se conformaban a la que se usaba en Roma.⁸⁷

Este mismo método lo vemos practicado por los fiscales, así como el lamentarse cuando en un expediente se añade a la dificultad no haber “ejemplar que de algún modo influya para la resolución”,⁸⁸ o “no poderse resolver por la regla de otros ejemplares que puedan servir de norte”.⁸⁹

Se buscan ejemplares en el resto de América y en la península, ya sea lo que se ha visto practicar en Chile en materia de recusaciones;⁹⁰ sean dos casos ocurridos en Lima, sobre el sueldo que debe gozar el virrey interino, y que “en defecto de ley, real disposición, y ejemplar de este virreinato. . . no deja de ser aquél de mucho apoyo”,⁹¹ sea lo que se practicó en La Habana durante la guerra con Bran Bretaña, acerca del comercio de extranjeros,⁹² o el arancel fijado por la presidencia de Charcas.⁹³

En cuanto a la península, se tiene en cuenta lo que allí se estila en punto a honores de los tenientes asesores letrados;⁹⁴ a separación en la

⁸² MGV y AC, 15 de marzo de 1808, en ídem, p. 577.

⁸³ José Pareja y Cortés, 3 de junio de 1789. AGN, Tribunales, leg. 122, exp. 32, f. 8. IX 37-2-6.

⁸⁴ JMP, 19 de mayo de 1798. AGN, Interior, leg. 40, exp. 13, f. 92. IX 30-5-7.

⁸⁵ JMP, 28 de septiembre de 1787. AGN, Tribunales, leg. 16, exp. 20, f. 114. IX 35-2-6.

⁸⁶ MGV, 24 de enero de 1805, en *Los escritos del fiscal*. . . cit., p. 288.

⁸⁷ Op. cit., p. 142-3.

⁸⁸ JMP, 9 de junio de 1798. AGN, Justicia, leg. 39, exp. 1142, f. 18. IX 31-7-5.

⁸⁹ MGV, 12 de junio de 1805, en *Los escritos del fiscal*. . . cit., p. 345.

⁹⁰ JMP, 5 de agosto de 1785. AGN, Tribunales, leg. 215, exp. 1, f. 10 v. IX 38-7-3.

⁹¹ JMP, 9 de junio de 1798. Idem nota 88, f. 19.

⁹² JMP, 24 de diciembre de 1798. AGN, Hacienda, leg. 86, exp. 2241, f. 44 v. IX 34-1-3.

⁹³ MGV, 6 de septiembre de 1803, en *Los escritos del fiscal*. . . cit., p. 231-2.

⁹⁴ JMP, 6 de mayo de 1789. AGN, Interior, leg. 21, exp. 30, f. 91. IX 30-3-6.

cárcel de las mujeres presas, según su calidad,⁹⁵ o a que el verdugo de una ciudad pase a otra que carece de ejecutor de justicia.⁹⁶

No siempre los ejemplares son susceptibles de imitación. Por razón de la materia, advierte un fiscal: "sin que los ejemplares de otros reinos deban servir de regla en cada uno suele haber sus prácticas, usos y costumbres particulares, y en punto de ceremonias se han de guardar las respectivas a cada uno".⁹⁷ En un caso de provisión de ciertos beneficios eclesiásticos, entiende otro fiscal que, "aunque para esforzar la instancia sa trae el ejemplar de la resolución que en igual caso tomó el señor virrey de Lima con voto del real acuerdo. . . ella no debe servir de regla a un gobierno independiente de aquél".⁹⁸

10. INVOCACIÓN DE LA DOCTRINA Y DEL DERECHO ROMANO

Los fiscales se apoyan, asimismo, en la doctrina, sin mencionar a los autores. Aclaran, a veces, que se trata de la doctrina nacional, poniendo un rasgo de modernidad en el contexto tradicional.

A propósito de mercadería decomisada, citan lo que "enseñan los más graves ministros, y escritores regnícolas",⁹⁹ y en un recurso de fuerza, a "las doctrinas de los mejores tratadistas nacionales".¹⁰⁰ Otras veces hablan en general de "las leyes, y doctrinas"¹⁰¹ o aluden a la inexistencia de "ley alguna o doctrina" que impida al rematador separarse o desistirse de la obligación,¹⁰² reconociendo en ambas su condición de fuentes del Derecho.

Desde 1713 está prohibida categóricamente la alegación del Derecho romano, en renovación de viejas prohibiciones. No obstante ello, se sigue recurriendo al mismo como sinónimo de jurisprudencia.¹⁰³ Lo citan también, algunas veces, los fiscales, que no se pueden aislar del clima intelectual en el que viven.

Curiosamente, el mismo Márquez de la Plata, que en estricto cumplimiento de su oficio reprueba "el sistema, o casi prurito de uniformar el [Derecho] nuestro particular con el común,"¹⁰⁴ incurre en el tópico cuando, para fundar la proposición según la cual, una vez que el juez procede de oficio, no se debe admitir a ejercer la acción popular a cualquiera del pueblo, pone "lo que es sentado por Derecho común, y real",¹⁰⁵ o cuando, para apoyar el recurso de súplica de las leyes, escribe que "así es inconcuso en las leyes del título 22 libro 1º del Código

⁹⁵ JMP, 24 de mayo de 1789.

AHPBA, 7-1-85-20, f. 83 v.

⁹⁶ MGv, 9 de abril de 1801, en *Los escritos del fiscal*... cit., p. 154-5.

⁹⁷ JMP, 16 de enero de 1800.

AHPBA, 7-2-110-8, f. 32 v.

⁹⁸ MGv, 9 de mayo de 1808, en *Los escritos del fiscal*... cit., p. 594.

⁹⁹ JMP, 19 de junio de 1802. AGN, Hacienda, leg. 102, exp. 2661, f. 141. IX 34-3-4.

¹⁰⁰ MGv, 15 de marzo de 1808, en *Los escritos del fiscal*... cit., p. 577.

¹⁰¹ J. PAREJA y CORTES, 3 de junio de 1789. Idem nota 83, f. 9.

¹⁰² JMP, 7 de octubre de 1790, AGN Hacienda, leg. 60, exp. 1533, f. 22 v. IX 33-7-2.

¹⁰³ A. LEVAGGI, *Derecho indiano y Derecho romano en el siglo XVIII*, en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, v. V, Quito, 1980, pp. 267-309.

¹⁰⁴ JMP, 3 de marzo de 1794.

AHPBA, 5-1-9-7, f. 10 v.

¹⁰⁵ JMP, 10 de febrero de 1788. AGN, Tribunales, leg. 168, exp. 2, f. 146 v. IX 37-9-5.

Romano *si contra ius, vel utilitatem publicam, vel per mandatium fuerit aliquid postulatum, vel impetratum*; en las del título 18 partida 3ª; en la única del Ordenamiento de Alcalá; en las del título 12 libro 3º del Ordenamiento Real, y todo el título 14 libro 4º de la Nueva Recopilación de Castilla, con que conforman las municipales de estos reinos".¹⁰⁶

No menos, Villota, al ocuparse del asiento de las partidas en los libros de cuentas, stampa que "sin este requisito es claro por Derecho común, que ninguno de los fondos públicos queda obligado a sus acreedores por razón de préstamo o depósito".¹⁰⁷

11. CONCLUSIÓN

Puede inferirse, que el concepto del Derecho que se tiene en el tribunal de la audiencia comprende, por lo tanto:

1º) la idea de que el Derecho no es sólo una regla dada por el legislador, ni que deba ser aplicado axiomáticamente, sino que las soluciones justas y útiles deben ser elaboradas como un arte, a partir de un conjunto de premisas o tópicos, entre los que se destaca la ley, pero a la que hay que agregarle otros, que tiene que buscar el jurista. Este ha de "proceder —como expresa un fiscal— con aquella prudente cautela que dicta una recta razón a la sana sombra de un concepto legal";¹⁰⁸

2º) la idea de que el valor de la ley reside tanto en la voluntad del príncipe que la impone, como en la razón que la inspira. Esta idea explica que la ley pueda ser obedecida y no cumplida; que para aplicarla se atienda, por sobre todo, a su espíritu; que se la modere con la equidad, y que en defecto de ley propia se adopte la ajena si existe identidad de razón;

3º) la idea de que la solución justa sólo puede darse para cada caso en particular, no con carácter general, y que es función del jurista adaptar el sentido general de las leyes, conjugadas con las demás premisas, a las circunstancias de los casos ocurrientes, porque en cada uno los factores se presentan combinados de una manera especial. Habla, en tal sentido, un fiscal de que debe procurarse "la correspondencia de cada caso con las leyes y reglas de la materia, en que consiste el acierto";¹⁰⁹

4º) la idea de que la comunidad comparte con el príncipe la función creadora del Derecho y que lo que ha sido observado por mucho tiempo por ella disfruta de la presunción de justicia y de conveniencia. De aquí, la importancia que se le concede a los usos, costumbres y prácticas, incluso a la costumbre "contra legem" jurídicamente introducida. Una importancia análoga tiene el estilo de los tribunales, y

¹⁰⁶ JMP, 28 de julio de 1802. AGN, Tribunales, leg. 138, exp. 16, f. 9. IX 37-5-2.

¹⁰⁷ MGV, 17 de febrero de 1809, en *Los escritos del fiscal...* cit., p. 640.

¹⁰⁸ JMP, 3 de marzo de 1794. AHPBA, 5-1-9-7, f. 11.

¹⁰⁹ JMP, 17 de febrero de 1803. AGN, Hacienda, leg. 107, exp. 2773, f. 126 v. IX 34-4-1.

5º) la búsqueda del Derecho, además, en la doctrina y en el propio Derecho romano, no obstante la categórica prohibición real.

El Derecho indiano vivo del tiempo de la Ilustración está, según lo expuesto, mucho más cerca del método del "mos italicus", que de cualquiera jurisprudencia racionalista, rimante con la filosofía política de la época.