

## INTERPRETACIÓN DE LA LEY POR FISCALES INDIANOS DE FINES DEL XVIII Y PRINCIPIOS DEL XIX

Abelardo LEVAGGI

La época a la cual me refiero, signada por la Ilustración —sin que esta referencia signifique, obviamente, que todos profesaran dicha ideología—, fue de transición. Desde el amplio reconocimiento hecho en la baja Edad Media de la autoridad de la doctrina como fuente de derecho y de interpretación de la ley, especialmente cuando se trataba de la *communis opinio*, y con mayor razón de la *communissima*, se pasó a la valoración estricta de la ley como expresión de la voluntad del legislador, una voluntad que se había de imponer, y a una severa crítica de los intérpretes, acusados de sustituir la voluntad del soberano por la suya, desprovista de la autoridad y del carisma de aquél.

Juan Francisco de Castro reconoció lo dificultoso que es “darse ley tan expresiva, que no necesite en algún caso interpretación; pero esta interpretación no debe tomarse de la incertidumbre de los juicios humanos, y perpetuas contradicciones de su espíritu, sino del juicio firme, y autoritativo del Soberano, a quien sólo, como a establecer la ley, toca interpretarla”.<sup>1</sup> Opinión ésta que pudo complementar a la siguiente, del erudito Gregorio Mayans y Siscar, para quien, “mayor asenso merece la juiciosa, y verdadera interpretación de un solo letrado, que declara la mente del legislador por el contexto de la misma ley, y por el fin del legislador, y por historias verdaderas, y coetáneas de varones doctos bien informados, que otra interpretación que violente el sentido del legislador apoyada con mil intérpretes”.<sup>2</sup>

Acceptada la general necesidad de interpretación de las leyes por defecto de claridad o prestarse a más de una inteligencia, y adoptados los recaudos necesarios para no torcer la voluntad del legislador, el método seguido no difirió casi del heredado del *ius commune*. Las juiciosas reglas enunciadas por el Digesto, las Decretales y las Partidas se continuaron observando casi sin excepción.

<sup>1</sup> *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765, t. II p. 4.

<sup>2</sup> “Carta a José Berní del 7 de enero de 1744”, en Berní, *Instituta civil y real*, Valencia, 1775, p. xxx.

Entre otros autores del “siglo de las luces”, Martín de Torrecilla recordó las siguientes reglas: que se respete la significación propia de las palabras, de tal suerte que si tienen dos sentidos, uno propio y otro impropio, y no consta en cuál de ellos habla la ley, se esté al propio; que en la duda se favorezca la realización del acto; que se prefiera la inteligencia más justa y benigna y la que beneficie a ambas partes; que se haga interpretación extensiva de la ley favorable y restringida de la penal y de la que crea obligación; que se rechace la que produce absurdo o iniquidad y la que torna ilusoria o ineficaz a la ley; que en los contratos se esté a la interpretación contraria al dante o promitente; que se atienda a la mente o intención del legislador; que se prescinda de aquella que induzca a la abrogación y corrección de la ley; y, por último, que al interpretar se tengan presentes la ley y costumbre antiguas y el mismo derecho común.<sup>3</sup>

Para comprobar cómo, más allá de la teoría, se llevó a la práctica esta operación, me basaré en el testimonio dejado por algunos fiscales de audiencia que actuaron en puntos extremos de las Indias: Buenos Aires y Guadalajara.<sup>4</sup>

Herrera sienta un axioma, de base antropológica, que explica el porqué de las variadas opiniones de los intérpretes: “nuestra humana fragilidad, la limitación de nuestro entendimiento y la variedad con que se nos imprimen las ideas son causa de nuestra diversidad en los dictámenes y poca conformidad en nuestras resoluciones aun para llegar a una verdad que todos conocemos, por tal solemos girar por distintos rumbos y senderos: perniciosos efectos del pecado original cuyas fatales consecuencias tristemente

<sup>3</sup> *Enciclopedia canónica, civil, moral, regular y ortodoxa*, Madrid, 1721, citada por Medrano, Samuel W., “Problemas de la interpretación de la ley en el derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, num. 6, Santiago de Chile, 1970, p. 209. También establece algunas reglas hermenéuticas Fernández de Mesa, Tomás Manuel, *Arte histórica, y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España y de interpretar aquél por éste y por el propio origen*, Valencia, 1747, tratado II, pp. 21-23. Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, se ocupa del entendimiento y aplicación de las leyes, pero apenas de los criterios de interpretación, limitados a la preeminencia de la finalidad sobre el rigor literal, consistente aquella en el bien común, el servicio de Dios y de la monarquía, y el desagravio de los indios (pp. 517-519).

<sup>4</sup> Utilizo las siguientes ediciones de fuentes: Diego-Fernández Sotelo, Rafael y Mantilla Trolle, Marina (eds.), *La Nueva Galicia en el ocaso del Imperio Español. Los papeles de derecho de la Audiencia de la Nueva Galicia del licenciado Juan José Ruiz Moscoso su agente fiscal y regidor del Ayuntamiento de Guadalajara, 1780-1810*, Michoacán, El Colegio de Michoacán-Universidad de Guadalajara, 2003, y Levaggi, A., *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires Manuel Genaro de Villota*, Buenos Aires., FECIC-CONICET, 1981; *El virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata*, Buenos Aires, UMSA, 1988, 3 vols., y “Francisco Manuel de Herrera, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires (1789-1799)”, *Derecho, asuntos indígenas, religión, administración, economía*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2008.

experimentamos. Por más escrupulosamente electos que sean los individuos que componen un cabildo, un superior senado, un concilio, etcétera, nunca, o rara vez, se verá hallarse todos de acuerdo sobre un mismo punto controvertido”.<sup>5</sup> Y exhorta: “dejemos a un lado las vanas cavilaciones de los intérpretes, acomodémonos a la razón natural, al verdadero espíritu de nuestra sabia legislación, y no alteremos sus premeditadas disposiciones cuando sería menester para ello una resolución expresa de su majestad”.<sup>6</sup>

#### I. MANIFESTADA POR EL SOBERANO SU VOLUNTAD O PRESUMIDA HABÍA DE ESTARSE A ELLA SIN CONTRADICCIÓN

Se ha de estar a la voluntad expresa del soberano cuando la manifestó sin duda alguna y, en su defecto, a la voluntad presunta inferida naturalmente, sin violencia del lenguaje.

El Márquez de la Plata advierte que de las reales disposiciones, de su “literal y expreso sentido no es lícito separarse”<sup>7</sup> —habría que agregar, siempre y cuando no se incurra en *fraudem legis*, por obrar según las palabras pero contra el fin de la ley— y que “se han de exponer por su natural, genuino sentido, y por la combinación de todas, unas con otras”.<sup>8</sup> El Digesto reza coincidentemente que “la frase «según las leyes» ha de ser entendida así: tanto según el sentido, como según las palabras de las leyes” (50.16.6.1); “no es cosa nueva, que las leyes anteriores se pongan en relación con las posteriores” (1.3.26), y “pero también las leyes posteriores se refieren a las anteriores, a no ser que sean contrarias” (1.3.28). A su vez, las Partidas establecen que “entenderse deben las leyes bien y derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento de ellas a la más sana parte y más provechosa, según las palabras que ahí fueron puestas” (I.1.13).

En una ocasión el mismo Márquez de la Plata trata de descubrir el literal sentido y discurre sobre el sentido de la expresión “*conforme a las leyes de aquellos reinos*, ya se acepte como adverbio que califica o ya como preposición que rige, pues de uno y otro tiene la palabra *conforme*, por sí, y por la fuerza que en la oración le comunica la sintaxis de toda la cláusula, combinando el sentido gramatical y lógico con el jurídico y forense”.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Levaggi, A., “Francisco Manua Herrera...”, *cit.*, p. 43.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>7</sup> Levaggi, A., *El virreinato rioplatense...*, *cit.*, vol. p.196

<sup>8</sup> *Ibidem*, vol. III, pp. 1230.

<sup>9</sup> *Ibidem*, vol. I, pp. 353-354.

Para Villota, “aunque es conveniente que los delincuentes en la acción que constituye su culpa encuentren diferencia entre la pena del conato y de la consumación, para que lejos de ser convalidados a ella con la misma pena, encuentren en su diversidad de graduación un interés conocido para arrepentirse y reprimir su acción”, como el reo sujeto a juicio “llevó su animo y conato hasta el acto mismo de consumir el delito, parece que se ha hecho acreedor a la disposición de la ley de Partida, en cuanto manda «Que el hombre que intenta matar a otro, poniéndolo por obra, aunque no lo cumpliera, merece ser escarmentado, como si lo hubiese cumplido»”<sup>10</sup>. Podría ser que tuviese en mira la regla de las Decretales que dice: “se tolera en la ley aquello que incluido en las palabras de la ley aparece contra la voluntad de la ley” (6.5.88).

También Villota interpreta que ninguna

autoridad puede sin notorio agravio privar ni suspender el pago del sueldo concedido por Su Majestad al excelentísimo señor virrey en razón de su dignidad [...]. Las causas que han influido para la cesación de éste, no influyen para la suspensión de aquél, así como no [lo] han tocado en el goce de sus honores, y preeminencias, porque las resoluciones extraordinarias deben ceñirse a los límites de la necesidad que las motiva.<sup>11</sup>

Respecto de las facultades de un visitador, dice ser “tan expresa la intención de Su Majestad por la universalidad que comprende a todas las cuentas, y por el interés de la unidad y continencia que no permite la separación de las unas, por el enlace y conexiones con las otras”.<sup>12</sup>

A su vez, el fiscal de Guadalajara, habida cuenta de que las leyes de Indias disponen con más amplitud que las de Castilla en materia de pase de bulas, opina que “no hay ni puede haber dificultad en su inteligencia ni necesidad de ninguna inteligencia (digo interpretación) del Consejo, pues está dispuesto y declarado o en la ley que se puso al frente de la Recopilación de Indias, y en la 1a. y 2a., título 1o., libro 2o., que cuando por las leyes de estos reinos estén decididos los casos en otra forma que por las de Castilla se han de seguir las de Indias”.<sup>13</sup>

En cuanto al sentido que ha de darse a las palabras de las leyes, invoca “las reglas filosóficas y legales por las que es preferente el concepto de pro-

<sup>10</sup> Levaggi, A., *Los escritos del fiscal...*, cit., p. 77

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 503.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 424.

<sup>13</sup> Diego-Fernandez Sotelo, Rafael y Mantilla Trole marina (eds.), *La Nueva Galicia...*, I, p. 83.

piedad, y el del más famoso significado en casos de duda o de analogía”.<sup>14</sup> En el Digesto se lee que “en los casos oscuros se suele investigar lo que es más verosímil, o lo que suele hacerse más veces” (50.17.114), y en las Decretales, “consideramos en lo oscuro lo que es más verosímil o lo que se acostumbra hacer más veces” (6.5.45).

Villota descarta, en la investigación de la voluntad del soberano, “cosa que no puede imaginarse sin que se rebele la razón y se ofenda el buen sentido”<sup>15</sup> y llega a considerar en una circunstancia concreta como “muy duro presumir que Su Majestad mirase con indiferencia el peligro que corría la libertad y derechos de un hombre”.<sup>16</sup> Según el Digesto, “en los casos dudosos seguir la interpretación más benigna no es menos justo que seguro” (50.17.192.1).

La expresión de voluntad pasada podía darse por subsistente si no había sido modificada, así fuese por hallarse el rey impedido de hacerlo. Al padecer España “una extraordinaria convulsión, privado nuestro Soberano del ejercicio de esta suprema regalía [el patronato] con todas las demás por la violenta y dolorosa separación de su trono, y de sus amados vasallos, halla el fiscal que su soberana voluntad manifestada bastantemente antes de estos acaecimientos, debe ser la única regla que dirija la resolución en todas materias”.<sup>17</sup>

El precepto legal cambia de significado al cambiar las circunstancias en que ha de aplicarse y ha de ser objeto de una nueva lectura. Por mediar circunstancias extraordinarias y razones de urgencia,

aunque las leyes 16 título 8o. libro 9o. de Castilla, y 1a. título 15 libro 4o. de Indias prohíben las contribuciones y sisas sin la especial licencia del rey, la presente urgencia no da treguas a esperar su real determinación, y autoriza a Vuestra Excelencia para expedirla en un asunto preferible por su naturaleza e interés a los objetos que facultan a los señores virreyes y audiencias para hacer repartimientos.<sup>18</sup>

Con el mismo criterio, y si bien el término legal para presentar la confirmación real de un cargo es de seis años, interpreta Villota que las leyes “hablan en el concepto de que los seis años son bastantes si se agita con puntualidad el despacho de las confirmaciones aun cuando sobre ellas se ofrezca algún litigio que es muy diferente del presente, que pende no de la

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>15</sup> Levaggi, A., *Los escritos del fiscal...*, cit., 559.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 463.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 595.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 458.

falta de ese requisito causado por omisión o negligencia sino de la interrupción de la navegación” a causa de la guerra.<sup>19</sup>

También el Márquez de la Plata considera positivamente el silencio real, tras haber dispuesto que un agente continuase sirviendo un empleo “por ahora”. El no haber dispuesto el rey otra cosa en el dilatado tiempo corrido, prueba “que su real voluntad fue mantener en el referido empleo de teniente asesor letrado a Z, y que se le asistiese con el sueldo entero, teniéndose para ello por título bastante la precitada real orden, pues de otro modo no era capaz que pudiese subsistir por más años con sólo el de interino que antes gozaba”.<sup>20</sup>

Villota, pese a una orden, trabada en su posibilidad de cumplimiento por las circunstancias adversas de la invasión napoleónica, se avanza a admitir su suspensión, apoyado en

los fundamentos que pudo tener Su Majestad para determinar que el señor L se trasladase inmediatamente a España [...] no hallándolos calificados en alguna de sus partes exige el mismo fin político y de alto gobierno la suspensión temporal de la citada real orden sin agravio de la autoridad soberana que la expidió pues en tal caso, y no habiendo peligro en la tardanza, obra Vuestra Excelencia siguiendo la voluntad presunta de la Junta Suprema.<sup>21</sup>

En todos estos casos el fin es dejar a salvo, en un estado de necesidad, la *ratio legis*, aun teniendo que apartarse para eso del sentido literal. “Saber las leyes es esto —sentencia Celso en el Digesto—: no retener sus palabras, sino su fuerza y su potestad” (1.3.17).

## II. APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA O CRITERIO DE IGUALDAD DE RAZÓN

El método analógico se usó tanto para la creación de la regla de derecho como para la interpretación de la ley oscura. El argumento *a pari* encontraba fundamento en la máxima según la cual “donde existe la misma razón la disposición del derecho ha de ser la misma”.

Sienta Herrera en tal sentido que, “dándose la misma razón, parece debe ser igual la resolución”;<sup>22</sup>

extender las reglas generales, las decisiones de una ley a los casos idénticos, es muy conforme a Derecho, pero los casos exceptuados no tienen ese privilegio

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 534.

<sup>20</sup> Levaggi, A., *El virreinato rioplatense...*, vol.II, p. 611.

<sup>21</sup> Levaggi, A., *Los escritos del fiscal...*, *cit.*, p. 669.

<sup>22</sup> Levaggi, A., “Francisco Manua Herrera...”, *cit.*, p. 605.

y mucho menos aquellas excepciones por naturaleza odiosas, opresivas de la libertad y restrictivas de la defensa de los reos. Bien sabe el fiscal que hay pragmáticas de autoridad conocida que interpretan la misma ley con el mismo espíritu (y ojalá no hubiera intérpretes que trastornasen el espíritu de las leyes), ello no obstante esto, concedamos por un rato que la excepción odiosa de una ley se pueda extender a casos semejantes, estos casos a que se extienden es necesario que tengan omnímoda semejanza.<sup>23</sup>

Dice, también, que “las leyes que hablan de los arrendamientos de rentas reales son extensivas a los contratos de venta de efectos del real patrimonio, luego por semejanza o íntima conexión a los demás arrendamientos que se hacen a nombre de la Real Hacienda y ven a sus intereses”.<sup>24</sup>

Villota se basa en el mismo principio cuando afirma que

en ninguna parte son más frecuentes los cobertizos o portales, las cortinas y puertas de vidrieras que en Madrid [...]. Y si en la Corte donde la presencia y tolerancia del Soberano hace justa y legítima esta costumbre aun contra la misma ley se permiten a consecuencia de ella estos preservativos contra la intemperie del aire y excesivo calor propio de aquella situación, parece que con igual motivo debe sostenerse la práctica de los comerciantes de Córdoba, fundada en iguales o mayores incomodidades que trae consigo su temperamento.<sup>25</sup>

También lo hace cuando razona que

en un tiempo en que está declarado por Su Majestad que las artes y oficios no perjudican en el goce y prerrogativas de la hidalguía a los artesanos y menestrales nobles, que los ejercen por sus personas, no habría razón para negar esta misma declaración a un oficio público con facultad real concedida por el Soberano para hacer fe en juicio y fuera de él [escribano], y más cuando por real cédula de 7 de octubre de 1785 está declarada la confianza y distinción de estos empleos, por lo que conviene honrar la fe pública.<sup>26</sup>

Varias veces interpretan los fiscales que no procede la aplicación del criterio de analogía si no están reunidas las condiciones que lo autorizan.

<sup>23</sup> *Ibidem*, CD, p. 44.

<sup>24</sup> *Ibidem*, CD, pp. 736-737.

<sup>25</sup> Levaggi, A., *Los escritos del fiscal...*, *cit.*, p. 258.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 95.

Para Villota,

las doctrinas y fundamentos legales aplicables a los recursos ordinarios [...] no pueden extenderse con igual fuerza a la presente gracia extraordinaria, concedida sin limitación alguna, y con el fin de subsanar los perjuicios, de otra manera inevitables, que se han causado a los infelices naturales, cuyo bien protegido incesantemente por las leyes, debe procurarse por todos los medios proporcionados para este objeto, no resultando de ellos detrimento en perjuicio de tercero.<sup>27</sup>

El mismo sentido negativo le da a ciertos auxilios debidos por los jueces seculares a los eclesiásticos según las leyes: éstas “hablan siempre de la prisión de legos y embargo de sus bienes como únicos casos permitidos por derechos y no es de inferir que pueda extenderse a otras penas cuando de menor a mayor no puede ser legítima la consecuencia”.<sup>28</sup>

### III. APLICACIÓN DEL CRITERIO EXTENDER LO FAVORABLE Y RESTRINGIR LO ODIOSO

Sentencian las Decretales que “conviene restringir las cosas odiosas y ampliar los favores” (6.5.15).

A ese criterio se adhiere el fiscal guadalajareño para propiciar el establecimiento de nuevos protomedicatos, pese a que la ley V.6.3 de la Recopilación de Indias sólo habla de Lima y México. Así, dice que

como después de su fecha, que es de 9 de junio de 1646, se hayan erigido otras universidades, y esto y las distancias tan considerables incline a creer que la mente de Su Majestad fue consultar con la mayor eficacia y brevedad a la salud de sus vasallos como convencen las leyes de dicho título, y la del 16 libro 3o. de la Recopilación de Castilla, lo que sin duda se conseguirá más fácilmente habiendo protomédico en toda universidad, parece que la disposición de la ley 3a. cita, principalmente en una materia de gracia y en utilidad pública no debe restringirse, y hay apoyos en Derecho y en sus saludables máximas para entenderla extensiva a las demás universidades.<sup>29</sup>

Herrera entiende que, en caso de duda sobre ciertas gracias —en el caso se trata de la asignación de un sueldo—, “quiere Su Majestad que

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>29</sup> *Diego-Fernández Sotelo*, Rafael y Mantilla Trolle, Marina (eds.), *La nueva Galicia...*, *cit.*, p. 266.

siempre se entienda lo más en sus resoluciones”.<sup>30</sup> En cambio, “no sufre interpretación ampliativa” la materia que es “de estricto derecho”.<sup>31</sup>

#### IV. FAVOR DEL REO Y DEL DEUDOR

En caso de duda, el derecho se inclinó tradicionalmente a favorecer al imputado y al demandado, es decir, a la parte más débil de la relación procesal. Establece el Digesto que “en las cosas oscuras nos atenemos siempre a lo que es menos” (50.17.9); “los reos son considerados más favorablemente que los actores” (50.17.125) y “en las causas penales se ha de hacer la interpretación con más benignidad” (50.17.155.2). Las Decretales coinciden: “cuando hay partes oscuras en los derechos ha de favorecerse más al reo que al actor” (6.5.11), además de reiterar que “en las penas ha de hacerse la interpretación más benigna” (6.5.49).

Hace suyo el concepto el fiscal de Guadalajara al afirmar que “no es justo, según reglas de derecho, interpretar los hechos ni aun las disposiciones legales dudosas en perjuicio de los reos; antes bien, es conforme a sus preceptos, a toda clásica doctrina, y a la humanidad, interpretar a su favor lo dudoso y no exacerbar su rigor y penas contra el acusado a quien es menos dañoso dar por libre que condenarle injustamente”.<sup>32</sup>

No obstante ese principio, obra en la práctica a modo de excepción el parecer que en este caso vierte Márquez de la Plata: “aunque no faltan opiniones propensas a la impunidad que por aquella expresión de la ley: *débenlo dar por quitto* sostengan que se debe absolver al reo negativo en el tormento, la más común de los prácticos, y más recomendables regnícolas, y lo que es más la general práctica de tribunales, estimada por el mejor y más autorizada intérprete de las leyes, es imponerles la arbitraria”.<sup>33</sup>

#### V. APLICACIÓN DEL CRITERIO A FORTIORI

Permitido lo más, debía considerarse también permitido lo menos (*maiori ad minus*), y prohibido lo menos, debía estarlo, con mayor razón, lo más (*minori ad maius*). El Digesto prescribe que “al que le es lícito lo más no debe serle ilícito lo que es menos”(50.17.21) y las Decretales, que “lo más contie-

<sup>30</sup> Levaggi, A., “Francisco Manuel Herrera”, CD, 646.

<sup>31</sup> *Ibidem*, CD, 304.

<sup>32</sup> Diego-Fernandez Sotelo, Rafael y Mantilla Trolle, Marina (eds.), La nueva Galicia..., cit. p. 257.

<sup>33</sup> Levaggi, A., *El virreinato rioplatense...*, cit., vol. II, p. 576.

ne siempre en sí lo menos” (6.5.35) y “en la concesión general no se contiene lo que no es verosímil se conceda en la especie” (6.5.81).

Herrera emplea el señalado criterio cuando comprueba que,

si en una materia tan beneficiosa al común [la de las pesquisas generales], como que termina a desterrar los vicios de que adolecen sus miembros y poner la república en el mejor orden, se observan tantas precauciones, se interpretan las leyes con la mayor restricción por el perjuicio que puede inferirse al particular, ¿con cuánta más razón deberán interpretarse, según los términos más estrictos, las leyes que hablan de una comisión en que sólo se trata de exigir un interés, que acaso muchas veces será incierto o dudoso?<sup>34</sup>

Lo vuelve a aplicar cuando afirma que “en las ventas de efectos pertenecientes al Real Fisco no debe tener lugar la puja del diezmo ni del cuarto, porque las leyes no hablaron de venta ni de otra cosa que no fuese renta real, es así que las dichas pujas tienen efectivamente lugar en las ventas de efectos de real patrimonio, luego con mucha más razón en los arrendamientos de cosas del real haber y no sean rentas reales”.<sup>35</sup>

Razona, por su parte, Villota que,

si por el artículo de las Ordenanzas de Ejército el oficial militar subordinado de cualquiera tropa que sea debe dar auxilio y mano fuerte a los ministros de justicia en los casos ejecutivos, dando luego cuenta al superior de quien depende, con la misma o mayor razón deberá el miliciano requerido por el juez de campaña prestarle favor en los casos urgentes, reservando para después dar cuenta al sargento o cabo que no se hallaba presente, ni pudo facilitarse su permiso en la ocasión del requerimiento.<sup>36</sup>

#### VI. SI LA LEY NO DISTINGUE NO SE DEBE DISTINGUIR (*UBI LEX NON DISTINGUET NEC NON DISTINGUERE DEBEMUS*)

El fiscal gadalajareño asiente que “no hallándose distinguidos otros casos tampoco los debemos distinguir sino entender con la generalidad con que están concebidas, mayormente siendo axioma de Derecho que la excepción firma la regla en contrario”.<sup>37</sup> Asimismo, “es menester distinguir

<sup>34</sup> Levaggi, A., “Francisco Manua Herrera...”, *cit.* CD, p. 301.

<sup>35</sup> *Ibidem*, CD, p. 736.

<sup>36</sup> Levaggi, A., *Los escritos del fiscal...*, *cit.*, p. 105.

<sup>37</sup> *Diego-Fernandez Sotelo*, Rafael y Mantilla Trolle, Marina (eds), *La nueva Galicia...*, *cit.*, p. 15.

los casos como los distingue el Concilio de Trento, y no extender a todos la disposición que el mismo Concilio circunscribe a uno solo”.<sup>38</sup>

Márquez de la Plata recurre a ese principio para resolver el siguiente problema de hurto en iglesia de cosas sagradas, penado con la muerte por la ley de Partidas VII.14.18:

esta decisión [no] pierde su valor en nada, [aun] cuando se manifestase que a su promulgación dieron causa los muchos excesos de esta clase que cuando España estaba infestada de moros se cometían –asevera–, porque ni dicha ley habla con esta clase de gentes y aun cuando se terminase a ella, no por eso dejaría de comprender, y con mayor razón a los verdaderos cristianos, siendo sobre todo la razón fundamental de su subsistencia el que no se ha revocado y que conceptuando el legislador tan grande ofensa la que se hace en esta calidad de hurtos que le movió a imponer por ella la pena de muerte, es mucho más detestable cuando se ejecuta por un cristiano, circunstancia que precisamente (aun cuando fuese el motivo que se indica causa de la promulgación de la citada ley) debió tenerse presente para su establecimiento.<sup>39</sup>

Herrera participa del criterio según el cual si la regla no contempla excepción se ha de estar a ella. Lo hace cuando dice que “se ha de estar a la regla general de deber ser el reo juzgado en su fuero natural; en esta costumbre nos hallamos: al paisano que hirió al sargento don EB [...] se le juzgó por la jurisdicción ordinaria [...] sin que la militar se acordase de formarle causa ni de pretenderlo, y a este ejemplar habrá habido otros muchos”.<sup>40</sup>

## VII. INVOCACIÓN DE AUTORIDADES

Pese a la mencionada tendencia a prescindir de las autoridades doctrinales, en particular, de los autores extranjeros cualquiera fuese el número, los propios fiscales se apartan a veces de esa regla y apoyan sus juicios en los de otros juristas y aun en el derecho romano tan resistido.<sup>41</sup> El Márquez de la Plata afirma la regla cuando expresa en un caso que

no habiendo para sostener las reelecciones de alcaldes ordinarios en Indias más fundamento que la común de los autores para los pueblos de España, en

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>39</sup> Levaggi, A., *El virreinato rioplatense...*, cit., vol. II, p. 427.

<sup>40</sup> Levaggi, A., “Francisco Manuel de Herrera...”, cit., CD, p. 963.

<sup>41</sup> Abordo la cuestión, sin limitarme a los fiscales, “Derecho indiano y derecho romano en el siglo XVIII”, *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, vol. V, Quito, 1980, pp. 267-309.

el caso de una plena y unánime conformidad de todos los votos: no teniendo más apoyo esta doctrina que una auténtica del derecho común que sólo trata del procurador síndico general del cabildo, [...] es de poco momento para imponer excepciones a unas leyes tan terminantes.<sup>42</sup>

Quien actúa como fiscal en Guadalajara es uno de los que se apartan del principio. Lo hace cuando argumenta, el 20 de julio de 1779, que el autor de tres hurtos “no sólo por costumbre sino también por disposición de la ley *Capitalium*, SS *Famosos ff de periis*, está privado de inmunidad como público ladrón, como persuaden el Paz [...]; del señor Covarrubias [...]; Julio Claro [...] y el Curia Philiphica”.<sup>43</sup> Otro ministro de esa audiencia, varios años después, se ciñe a la sola cita de autores regnícolas, al referirse a las facultades del juzgado de tierras “según doctrinas del maestro Antonio Gómez [...] y el señor Gregorio López”.<sup>44</sup>

Villota, en un caso en que la audiencia levantó la opresión que pesaba sobre un vasallo, justifica la decisión con “las doctrinas de los mejores tratadistas nacionales, cuanto a la práctica de los tribunales superiores de la nación”.<sup>45</sup> Además, se ampara en la opinión común de los criminalistas, no sólo regnícolas, cuando afirma que “el reo, como que no es señor de sus miembros ni de su vida, no puede disponer de ella a su arbitrio por su sola confesión. De aquí han deducido los criminalistas que ninguno en este caso es testigo contra sí mismo y que cuando es sola la confesión, jamás puede llamarse prueba”.<sup>46</sup>

Como puede apreciarse, la doctrina del iluminismo no influyó de modo tan decisivo en la hermenéutica jurídica como para provocar un cambio radical respecto de lo que habían sido los criterios tradicionales de interpretación de las leyes, señalados por las fuentes romanas y canónicas y por las propias Partidas. Estos criterios se siguieron aplicando, con algunas variaciones, como el mayor acento puesto en la importancia de la ley por sobre la doctrina y el desplazamiento de las fuentes extranjeras en beneficio de las nacionales, pero, repito, sin llegar al extremo de instaurar un método esencialmente nuevo de interpretación. La crítica ilustrada a la jurisprudencia tradicional fue más elocuente en el discurso teórico que en la práctica, la cual siguió transitando en gran parte por los viejos carriles del *ius commune*.

<sup>42</sup> Levaggi, A., *El virreinato rioplatense...*, cit., vol. II, p. 724.

<sup>43</sup> Diego-Fernandez Sotelo, Rafael y Mantilla Trolle, Marina (eds.), *La nueva Galicia...*, cit., p. 282.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>45</sup> Levaggi, A., *Los escritos del fiscal...*, cit., p. 577.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 140 y 141.