

## Probabilismo y otros “ismos”

La preocupación por la verdad fue una característica del pensamiento griego. Desarrollaron la Lógica, por ejemplo, como un modo de encontrar el camino seguro hacia la verdad. Como contraparte surgieron los sofistas, a quienes importaba poco la verdad y mucho el prevalecer sobre el adversario doctrinal. Aparecieron también el dogmatismo y el escepticismo, que por más antagónicos que fueran, coincidían en no aceptar ningún juicio como verdadero.

Como reacción a éstos, emergió un probabilismo, opuesto al dogmatismo y al escepticismo e intermedio entre ellos, defendiendo que, a lo más que pueden llegar los criterios de verdad, es a ser creíbles, sin que podamos tener certeza absoluta de la conveniencia de un predicado a un sujeto. El conocimiento es sólo aproximado, probable. En tal sentido, la probabilidad consistirá en un conjunto de motivos suficientemente sólidos como para aceptar prudentemente un juicio. Descartando, la certeza y la seguridad, el mayor grado de ellas que podrá tener un juicio es el de probabilidad y, por consiguiente, nuestro conocimiento del mundo será sólo aproximado, probable.

Este probabilismo teórico respondía a una época griega de corte racionalista. Por paradójico que pueda parecer, el hombre griego y racionalista no tuvo inconveniente en aceptar al Destino como móvil de su vida. En la Edad Media y con el Cristianismo, el Destino será desbancado por Dios, a quien hay que agradecer. Siendo

un Dios que se reveló como la Verdad,<sup>1</sup> el problema no consistirá ya en buscar y descubrir la verdad. Si “ens et verum convertuntur”, y “ens et bonum convertuntur”, ergo “verum et bonum convertuntur”. El problema tomaba ahora la vertiente de cómo conseguir el bien; ya no de cómo escapar o seguir al Destino, sino de cómo agradar a Dios, para conseguir una salvación eterna; un problema de moral.

El contexto cultural e ideológico de aquella Edad Media se instalará en gran parte en la época de la conquista americana y por tanto en las mismas colonias. Y, con él, el problema moral de que hablamos: cómo adecuar la acción del hombre a las leyes. Auténtico problema, incrustado en toda acción humana. Porque la ley es una “ordinatio rationis” y, por lo tanto, “nadie está obligado por precepto alguno sino mediante el conocimiento de dicho precepto”;<sup>2</sup> por eso la promulgación de la ley es condición imprescindible de su obligatoriedad. Es ese conocimiento el que hará obligatoria a la ley. Si todos los actos del hombre han de agradar a Dios, el hombre debe tener la certeza, previamente a pasar a poner el acto, de que éste es moralmente bueno. Pero, no siempre el hombre tiene certeza de la moralidad de la acción que proyecta, o de si —en su circunstancia concreta— es aplicable la ley. “Lex dubia, non obligat”. ¿Qué decir cuando no hay esa certeza moral, cuando el hombre duda de la bondad del acto que planea realizar? Más apremiante aún: ¿qué decir cuando tanto la comisión del acto como su omisión se presentan como moralmente dudosos? Según los moralistas, pasar a la acción en tal situación sería ya pecaminoso, porque supondría un desprecio a la norma moral.

Había que pasar previamente de esa situación de duda, a otra de certeza moral; al menos en la práctica. Se trataba de una duda que era preciso romper; tanto el realizar una acción como el no hacerlo es una decisión moral, y pretender escapar de la disyuntiva dejando de lado la acción no es escapar del problema, es ya una opción moral. Tal disyuntiva en realidad no lo es; es un dilema.

<sup>1</sup> Jn., 14, 6.

<sup>2</sup> “Nullus ligatur per praeceptum aliquod, nisi mediante scientia illius praecepti”: TOMÁS DE AQUINO, De veritate, 17, 3.

Para romper el dilema, los moralistas del siglo XVI elaboran los llamados “sistemas morales”. Por un lado el tuciorismo, según el cual el hombre habrá de actuar siempre en base a lo que moralmente le parece más seguro, esto es, apegándose al mayor cumplimiento de la ley. Pero no siempre quedaría claro al sujeto moral si la intención del legislador sería la de obligarle incluso en tal determinada y precisa ocasión. Sostener que el hombre debe guiarse por el mayor grado de acercamiento a la ley ocasiona el nuevo problema de cómo medir ese acercamiento. Por eso, surgirán otras soluciones: en tales casos de duda, el hombre puede libremente optar por cualquier respuesta, incluso la más apartada de la ley; “in dubio, libertas”: es el laxismo. Y, entre tuciorismo y laxismo, otras varias respuestas más, entre las que figura —de nuevo— el probabilismo, seguramente la tendencia predominante entre los moralistas de esa época.

Sostiene éste que, entre las diversas opiniones que juzguen sobre la moralidad de una acción, el hombre podrá actuar acogién-dose a la opinión que considere probable. Entiéndase bien: no precisamente a la opinión que le parezca “más” probable (esto sería ya una nueva respuesta al problema: el probabillorismo), sino a la que le aparezca simplemente probable; incluso menos probable que otras; pero probable. Es decir: el razonamiento del probabilista seguiría más o menos estos pasos: para obrar ha de tenerse certeza acerca de la moralidad de la acción; faltando la certeza, sólo hay opinión; tanto el poner la acción como el no ponerla tiene responsabilidad moral; luego, para elegir entre ambas opciones, a falta de certeza, habrá de decidirse basándose en opinión probable; por otro lado, una opinión, por más que sea más o muy probable, no es certeza; puede seguirse, por tanto, con certeza, una opinión meramente probable —incluso una menos probable—, y no necesariamente la muy o la más probable. Aunque solamente práctica, se obtiene así la certeza necesaria (la “seguridad de conciencia”, de que tanto habla Avendaño) para el acto moral.

Como vemos, ya no se trata de un probabilismo teórico, al modo de los griegos, sino práctico. El problema no era ahora el de emitir juicios probables, sino juicios de probabilidad; no se trataba del

nexo entre el sujeto y el predicado de un juicio, sino de la existencia de motivos para afirmar o negar un predicado, de un determinado sujeto.

El probabilismo arranca —al parecer— del dominico Bartolomé de Medina en sus comentarios a la Suma de Santo Tomás.<sup>3</sup> Al parecer, de nuevo, basándose en la citada afirmación del Aquinate de que “nadie está obligado por precepto alguno sino mediante el conocimiento de dicho precepto”;<sup>4</sup> de nuevo la “ordinatio rationis”. Al parecer, decimos, porque la escuela dominicana, tradicionalmente opuesta al probabilismo, rechazó siempre estos orígenes; y se opuso tenazmente a él, defendido corporativa y tradicionalmente también, por los teólogos de la Compañía de Jesús. En ésta, fue Gabriel Vázquez el primer jesuita que defendió el probabilismo. Quizá uno de los argumentos más fuertes en contra de los probabilistas jesuitas (no se olvide la tradicional especial adhesión de la Orden al Papa, a quien hacen especial voto de obedecer) sea un Decreto del Santo Oficio (2-3-1679, posterior por tanto al comienzo de la redacción del Thesaurus) que, entre otras afirmaciones, condenaba sostener que “el juez puede juzgar según la opinión incluso menos probable; así como que cuando obramos confiados en probabilidad, ya sea intrínseca ya extrínseca... obramos con sensatez”.<sup>5</sup>

El lector posiblemente se pregunte qué hacemos aquí hablando de discusiones que no habrían de interesar sino a teólogos moralistas. Pero es que no es posible entender a Avendaño —más aún: no es posible entender el siglo XVII y aun toda la época de la

<sup>3</sup> En la Expositio in I-II Angelici Doctoris, Salamanca, 1577; cfr. GONZÁLEZ MENÉNDEZ-REIGADA, I., “El pseudo probabilismo de Fray Bartolomé de Medina”, en Ciencia Tomista, 37, 1928, pp. 35-37.

<sup>4</sup> Cfr. nota 2.

<sup>5</sup> “Iudicem posse iudicare iuxta opinionem etiam minus probabilem.- Dum probabilitate sive intrinseca sive extrinseca quantumvis tenui... confisi aliquid agimus, semper prudenter agimus”: DENZINGER, H. y UMBERG, J., Enchiridion Symbolorum, múltiples ediciones; hemos manejado la de Friburgo/Brsg18, 1932, nn. 1152 y ss. (en adelante cit. como DENZINGER); Denzinger, el editor jesuita, tuvo buen cuidado de acotar en nota: “his sententiis damnatur systema morale quod dicitur Laxismus”.

Colonia— si no se tienen en cuenta estas discusiones escolásticas que, en esos tiempos al menos, marcaron la vida de toda la sociedad, en especial cuando se trata de su aspecto jurídico.

Basta una somera revisión a las páginas de los Títulos I-III del Thesaurus para convencerse de la indudable adscripción de Avendaño al probabilismo. En la presentación a la edición de esos Títulos señalábamos el capítulo XII del Título I como uno de los lugares paradigmáticos en ese sentido, y otras varias referencias al respecto: la aplicación del probabilismo en la donación pontificia a los reyes y en la selección de los dignos para un cargo; en las deducciones lógicas; en la disolución de los escrúpulos de los confesores ante sospechas probables.<sup>6</sup> Explícitamente sostiene que basta la opinión suficiente o igualmente probable, aunque la contraria sea muy probable, prefiriendo la probabilidad intrínseca a la extrínseca;<sup>7</sup> denuncia la incorrecta aplicación del probabilismo; más aún: lo acepta incluso en contra de su opinión, aun cuando considere a ésta más probable. Y es claro que, cuando habla de opinión “muy probable”, no se refiere precisamente a la que pareciera “acercarse más” a la cierta, sino a la que es “fuertemente” probable:<sup>8</sup> que es la esencia del probabilismo.

Lo mismo sucede en los Títulos IV y V.<sup>9</sup> Y hay que estar muy sobre aviso para no interpretar como incongruentes con el probabilismo ciertos pasajes del Thesaurus. El sentido de la pregunta retórica “¿qué consigo con seguir las opiniones más laxas, si ante Dios no son verdaderas?”,<sup>10</sup> no es otro sino que sólo podría aplicarse el probabilismo a opiniones que, por laxas que sean, no conste de su falsedad. Y si en ocasiones Avendaño parece abogar por el tuciorismo, no es sino como argumento “ad hominem” ante con-

<sup>6</sup> Tít. I, nn. 12, 87 y ss., 95; 19; 144, 155.

<sup>7</sup> ID., nn. 113, 164, 50; 111.

<sup>8</sup> ID., nn. 133, 155; 161.

<sup>9</sup> Sólo en el Tít. V, el probabilismo aparece, de uno u otro modo, al menos en los nn. 31-34, 42, 52, 54, 63, 68, 72, 75, 88-91, 93, 98 y ss., 102, 105, 109, 114, 132 y ss., 161, 166, 171 y ss., 177, 198 y ss., 201, 210, 216 y ss., 229, 232, 235, 239, 241, 246, 250 y ss., 259 y ss., 263 y ss., 279, 283, 292, 294, 298, 300, 303, 306, 324-327, 333, 335 y ss., 340, 342, 345, 354, 357.

<sup>10</sup> Tít. V, n. 299.

ciencias timoratas: “si quieren procurar la tranquilidad de su conciencia, sigan la opinión más común y más segura”.<sup>11</sup> Así lo sugiere el propio autor: “acéptese pues, en cuanto probable, y no condenemos a quien obra así, aunque la opinión opuesta goce de más autoridad y esté apoyada con argumentos sólidos”, o la opinión del adversario ideológico sea probabilísima.<sup>12</sup>

## Casuismo

Casi inevitablemente, los citados sistemas morales —a excepción, en todo caso, del tuciorismo— terminan en el casuismo. Aclarémoslo.

El sentido moral o conciencia del bien puede entenderse como de carácter universal, aplicable a cada caso concreto, deducido de unos principios axiomáticos que regirían la conducta. Principios incommovibles e inamovibles, eternos, independientes de las circunstancias, establecidos a nivel “metahumano” por una conciencia superior o por la misma naturaleza humana. Por lo mismo, serían generalmente coincidentes en todas las civilizaciones, conformes al Derecho Natural y expresados normalmente como normas, incluso con carácter religioso, y que el hombre tendría que acatar y practicar en cada caso concreto. Es la concepción dominante en la Edad Media, de la que se podría decir que fue la época del Derecho Natural, prevaleciendo la concepción del hombre como animal racional, pensante, capaz de descubrir racionalmente esos principios. Y puede entenderse como establecido no deductiva sino inductivamente; no previa y “metahumanamente”, sino buscando la decisión por adoptar a partir de cada caso concreto. Concebido como el conjunto de modos o prácticas usuales en la conducta del hombre, establecidas en beneficio del desarrollo humano, producto de un convenio social.

Concepción imperante también en la época de la Colonia, fruto del Humanismo más que de la Edad Media, y que consideraba al hombre no tanto como animal racional, sino como animal social y “político”. Dos concepciones distintas, fruto de considerar

<sup>11</sup> Tít. II, n. 67; cfr. también Tít. V, nn. 284, 287, 301, 303.

<sup>12</sup> Tít. IV, n. 208.

la moral (“mos”) bien como “nomos” —ley o regla de conducta—, bien como “modus”, modo manera, uso: “usus facit morem”. Edad Media como época del Derecho Natural, y Colonia como época del Derecho de Gentes, que en realidad se debería así más a América que a Vitoria. La segunda es la concepción casuista que no estudia tanto, pues, los principios que hay que aplicar en cada caso, sino los casos a los que hay que adaptar los principios. Con el peligro de convertir la Moral en un “recetario práctico”, el Positivismo adelanta su aparición en el Derecho y la Moral respecto a otras disciplinas. Probabilismo y casuismo no son sistemas que surgen sin más y “porque sí” en la Teología Moral o independientemente del momento histórico. Son más bien la reacción lógica de dicha moral a la jurídica de la época. No fueron, por lo tanto, sino signos de los tiempos que corrían; y que Avendaño militara en ambos no se puede atribuir solamente a su pertenencia a la Compañía.

Quien, habiendo oído que su autor es un escolástico, se inicia en la lectura del *Thesaurus*, sobre todo tras haberle escuchado decir en los prolegómenos que, como moralista, pretende orientar las conciencias en el gobierno de las colonias,<sup>13</sup> esperaría muy posiblemente unas directrices basadas en aquellos principios axiomáticos e inamovibles de que hablábamos, aplicables a toda situación.

No cabe duda de que en no pocas ocasiones así lo hace y de que no puede prescindir del “imperecedero” Derecho Romano. Pero fundamentalmente Avendaño da prioridad al Derecho Positivo, las Cédulas y otras disposiciones Reales a que se llamó Derecho Municipal,<sup>14</sup> que respondía a las circunstancias imprevistas que surgían a cada momento, normas derivadas de la experiencia misma y no de principios axiomáticos. El autor justifica constantemente que algo se pueda o no hacer por el “simple” hecho de “porque así lo prevén las leyes”.<sup>15</sup> Se trata de un fundamento de la ley que resulta inobjetable para Avendaño quien, tras citar la norma con-

<sup>13</sup> Cfr. Tít. I, n. 02.

<sup>14</sup> “... las leyes de España, y particularmente en las que llamamos municipales para las Indias”: SOLÓRZANO, Política, L. V, c. IV, n. 10; “leyes del derecho civil y del reino y las municipales de las Indias”: ID., L. V, c. IX, n. 16.

<sup>15</sup> Por ejemplo, Tít. IV, n. 198.

tenida en la Cédula Real, comenta: "Son sus palabras; de modo que no puede dudarse de ello".<sup>16</sup> ¿La moral sustentada en el capricho de los reyes? Que las leyes de sus reyes parezcan óptimas a nuestro jesuita no se puede achacar solamente a un mero apego a la Corona; sino a un apego, como casuista, a la normativa positiva. Lo afirma incluso —lo cual en aquella época era mucho afirmar en un jesuita— de aquellas leyes contrarias a la libertad eclesiástica; lo cual es mucho decir de un clérigo, más en aquella época y, en especial de este jesuita, tan acérrimo defensor de tales exenciones.

En efecto, piensa de esas leyes que "aunque parezcan contrarias a la libertad eclesiástica, sin embargo, habiendo sido promulgadas por los reyes Católicos y comúnmente aceptadas" ... hay que "proceder de acuerdo a ellas suponiendo su autenticidad, pues fueron producidas por quienes consideraron con cuidado el asunto antes de estatuir las".<sup>17</sup> En rigor de verdad, la cosa no era tan novedosa. Ya el Digesto sentenciaba que "quod principi placuit, legis habet vigorem", "lo que agrada al príncipe tiene fuerza de ley" y el propio Ulpiano lo justificaba "porque el pueblo le confiere todo su imperio y potestad".<sup>18</sup> El positivismo jurídico quedaba avalado por fuentes tradicionalmente tomadas como intocables. Más que un cambio, por lo tanto, de la concepción de la moral se trataba de una evolución de ésta; una adecuación de la respuesta jurídica a los tiempos: "usus facit morem", "usus legem imitatur", "los usos y las costumbres deben tenerse en cuenta en los juicios de buena fe".<sup>19</sup>

El asunto fue de más aplicación cuando la Corona tuvo que habérselas con el mundo americano en donde las prescripciones del Derecho Antiguo y aun las del Derecho Castellano no se adaptaban muy bien a las nuevas circunstancias de Indias y a su normativa precolombina, y quedaban sobrepasadas por aquella nueva

<sup>16</sup> Tít. V, n. 157.

<sup>17</sup> ID., n. 57.

<sup>18</sup> Cfr. Digestum, 1.3.31 y 1.4.1pr.

<sup>19</sup> "Ea quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire": ID., 21.1.31.20.



realidad social americana. Se hizo necesaria una nueva normativa; impuesta por las nuevas circunstancias, con inevitable tinte casuista, para atender las situaciones concretas que se presentaban, aunque hubiera que desatender a las prescripciones generales del Derecho; a veces, incluso, contradiciendo la normativa positiva anterior, al cambiar la circunstancia. Repetimos: el caso no era nuevo. Ya Baldo de Ubaldis, aducido por Solórzano en su *Política*, había sostenido: “la razón es la conjunción de diversos casos que van a un mismo fin”.<sup>20</sup> Pero —repetimos también— posiblemente la renovación del Derecho Internacional se deba más a América que a Vitoria.

Con lo dicho nos parece quedar justificado el hecho de que la ética expresada en el *Thesaurus* es más, a pesar de todo, una Ética Jurídica que una Teología Moral. O quizá fuese mejor decir que Avendaño toma la norma jurídica como testigo de la norma moral. Ese positivismo jurídico producto de su probabilismo y de su casuismo explicará las contradicciones en las que cae a veces: que, por ejemplo, tras oponerse al trabajo de los indios en las minas porque en su opinión es algo equiparable a la esclavitud, acepte después la esclavitud total para los indios rebeldes. O que, rechazando la institución de los indios yanaconas, termine aceptándola a expensas de su probabilismo.

## ¿Una excepción?

El positivismo jurídico propio de la época contó además con otra modalidad que acentuaba el llamado Derecho Municipal. Nos referimos a la conocida y repetidamente aplicada en la Colonia “regla empírica”, nada axiomática: “se acata, pero no se cumple”.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> SOLÓRZANO, *Política*, L. IV, c. VI, n. 23. Sobre esa regla empírica, cfr. MUÑOZ GARCÍA, *Thesaurus*, p. 47 y ss.

<sup>21</sup> Sobre el tema de la legislación indiana siguen siendo clásicos: EGAÑA, A., “El cuadro del Derecho Hispano-Indiano (s. XVI)”, en *Estudios de Deusto*, V, 1957, pp. 111-163; GARCÍA GALLO, A., “La ley como fuente del Derecho de Indias en el s. XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXI-XXII, 1951-52; LEVENE, R., “Fuentes del Derecho Indiano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, I, 1924. ID., *Introducción a la historia del*

A primera vista haría una excepción a las leyes emanadas de la metrópoli; pero en sí vendría a confirmar el positivismo jurídico. Nada excepcional, por tanto, en esta excepción.

La regla, de vieja data, tenía su fundamentación teórica. La "lex" romana no era propiamente sino un "proyecto de ley". "Legem ferre" era presentar dicho proyecto; promulgarla no era, como hoy día en Derecho, publicarla para hacerla así de cumplimiento obligatorio, sino darla a conocer al pueblo, para su ulterior votación y aceptación o rechazo. "Senatus censet, populus iubet", decían los romanos, los creadores del Derecho: "el Senado decreta, el pueblo ordena". Por algo el lema del Imperio Romano fue "Senatus populusque romanus". Pensadores medievales como Juan de París, Marsilio y Ockham tenían esa misma concepción de la ley. Ello venía condensado en la definición tradicional de ley, según la cual ésta era una "ordinatio rationis".

Como consecuencia de ser tal "ordinatio rationis", "nadie está obligado por precepto alguno sino mediante el conocimiento de dicho precepto";<sup>22</sup> de ahí la necesidad de su promulgación. Y de ahí asimismo que, desde la Edad Media, en toda aceptación de las leyes reales se consideraran dos momentos: su obediencia y su cumplimiento. Ya decíamos que esta regla era de vieja data. En el reino de Navarra, por ejemplo, los Infanzones de Obanos se defendían en el siglo XII de los posibles atropellos de los reyes esgrimiendo su divisa "pro libertate patria, gens libera sit": la patria no es libre, si no lo es el pueblo. Un lema que pareció subversivo a más de una autoridad. De hecho, Gregorio IX condenó a estos Infanzones.

De esa idea surgiría posteriormente en Navarra el que llamaron "derecho de sobrecarta" y, en Vizcaya, "pase foral". Seguramente la expresión habrá sugerido al lector la similar de "pase Regio", que alude a aquel derecho que se atribuyeron los reyes de España de filtrar para sus reinos los documentos pontificios. Vá-

Derecho Indiano, Buenos Aires, 1962 (en adelante cit. como LEVENE, Introducción); OTS CAPDEQUI, J., "Las fuentes del Derecho Indiano", en Humanidades, XXV, 1936, pp. 23-36.

<sup>22</sup> "Nullus ligatur per praeceptum aliquod, nisi mediante scientia illius praecepti": TOMÁS DE AQUINO, De veritate, 17, 3.

lida sugerencia; pero con la diferencia de que el derecho de sobre-carta suponía una concepción más democrática. Era el derecho que reclamaba el pueblo de aceptar o no las disposiciones regias. Se llevaba la Cédula a la cabeza, como signo de que se aceptaba y reconocía la autoridad real, y por tanto se obedecían sus disposiciones; pero éstas no se consideraban efectivas y obligatorias si no eran aceptadas por la autoridad popular. No hay contradicción en ello, ni desobediencia. No se trataba del tradicional lema del encomendero "Dios está en el cielo, el rey está lejos, y yo hago lo que quiero", traducción criolla del "Rusia es grande, el Zar está lejos". Obedecer no es solamente oír ("audire") y percibir sonidos, sino escuchar, "ob-audire", prestar oídos a alguien. Se prestaba oídos a la disposición del monarca, no como quien oye llover, no como quien oye en el mercado las voces de quienes anuncian su mercancía, sino prestando atención y respetando la autoridad de quien disponía. No había, por tanto, desacato.

Pero no se cumplía, no se llevaba a la práctica. De ahí se acuñó la fórmula, tantas veces aplicada después en las colonias: "se acata, pero no se cumple". Mannheim lo considera una de las "leyes especiales reguladoras y contextos especiales que, en una determinada etapa histórica, valen en un ámbito social especial".<sup>23</sup> Y piensa que, bajo su apariencia de rebeldía y de "desobediencia institucionalizada", hizo posible la administración y gobierno de la Corona en regiones tan apartadas de la metrópoli como las americanas. Aceptando el principio de la ley, se reconocía la autoridad real y su facultad de emitir disposiciones; pero su obligatoriedad en las circunstancias específicas de la región quedaba supe-ditada a la aceptación local. Sobre todo porque las disposiciones emanadas podían ser consideradas perfectas en la Corte, pero en realidad no resultaban adecuadas en las circunstancias concretas. Y sobre todo, cuando las comunicaciones no eran lo suficientemente rápidas como para que una disposición regia resultara conveniente en el momento de su promulgación en las diferentes colonias.<sup>24</sup> De nuevo, el Positivismo Jurídico y el casuismo.

<sup>23</sup> MANNHEIM, K., *Libertad y planificación*, México, 1942, pp. 180 y ss.

<sup>24</sup> Estudio sobre este aforismo en PHELAN, J., "Authority and Flexibility in the Spanish Imperial Bureaucracy", en *Administrative Science Quarterly*, V,

En buena parte, para esto se crearon las Audiencias de Indias: "Todo va cada día con más orden, y hay tanto temor entre cristianos y caciques que no osan poner las manos en un indio, por la gran justicia que hay con haberse puesto en estas partes las Audiencias y Chancillerías Reales; cosa de gran remedio para el gobierno de ellas".<sup>25</sup> Y para eso estaban los virreyes: "Determinó el virrey salir él en persona por las ciudades de este reino, y ver con propios ojos lo que para el buen gobierno convenía y hacer unas leyes y ordenanzas...".<sup>26</sup> Hasta las Leyes Nuevas de 1542 fueron sometidas en Perú a esta excepción:

Letrados hubo que afirmaron cómo no incurrían en deslealtad ni crimen por no obedecerlas, cuanto más por suplicar por ellas, diciendo que no las quebrantaban, pues nunca las habían consentido ni guardado. Y no eran leyes ni obligaban las que hacían los reyes sin común consentimiento de los reinos que les daban la autoridad, y que tampoco pudo el emperador hacer aquellas leyes sin darles primero parte a ellos, que eran el todo del reino del Perú.<sup>27</sup>

Bien es cierto que, como rezaba el citado lema del encomendero, con excesiva frecuencia nuestro axioma sirvió no sólo a rectas intenciones de los representantes de la Corona; también se aprovecharon de él los intereses particulares de tanto indiano inescrupuloso. De ello se quejaban con frecuencia los eclesiásticos: "Sábese claro la voluntad de S. M. y de su real consejo, y se conoce y entiende por las provisiones que cada día envían... pero son obedecidas y no cumplidas".<sup>28</sup>

1960, pp. 59 y ss.; cfr. también RUBIO MAÑE, J., *El Virreinato I. Origen y jurisdicción, y dinámica social de los virreyes*, Madrid, 1983, p. 82.

<sup>25</sup> CIEZA DE LEÓN, P., *La crónica del Perú*, ed. M. Ballesteros, Madrid, 1984, p. 389 (en adelante cit. como CIEZA DE LEÓN).

<sup>26</sup> MARTÍN DE MURUA, *Historia general del Perú*, ed. M. Ballesteros, Madrid, 1987, p. 282.

<sup>27</sup> LÓPEZ DE GÓMARA, p. 220.

<sup>28</sup> ALONSO DE ZORITA, *Relación de los señores de la Nueva España*, edición de G. Vázquez, Madrid, 1992, p. 165.

Pero nos interesaba ahora destacar el aforismo, como un elemento más del positivismo jurídico y casuismo de la época. Un elemento, por cierto, que también Avendaño refleja. Con una formulación más jurídica, quizá, y a propósito de la situación de los yanacunas, argumenta que “una ley no aceptada por el pueblo no es obligatoria”.<sup>29</sup> Lo repite después, casi en los mismos términos, aunque más explícitamente: “aunque la prohibición sobre esto se repitió varias veces... nada pudo impedirse, pues la prohibición no fue aceptada en la práctica... No hay nada más claro como que una ley no aceptada, en modo alguno tiene valor, y que su inobservancia no puede castigarse...”.<sup>30</sup> Añadiendo después la división de opiniones entre los doctores acerca de si, para que una ley no aceptada en la práctica no obligue, se requiere o no el consentimiento del legislador. Independientemente de este último aspecto, es importante destacar que, al referirse a la ley no aceptada en la práctica, Avendaño no califica el hecho de “desobediencia”, sino de “inobservancia”. No hay desacato: se obedece, pero no se cumple.

<sup>29</sup> Tít. I, n. 155.

<sup>30</sup> Tít. V, n. 198.