

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La ley en América hispana, del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992, Colección del Quinto Centenario del Descubrimiento de América, núm. V, VII-439 pp.

Los que trabajamos en el campo del derecho indiano, aquí en México, todos conocemos al doctor Víctor Tau Anzoátegui, cuya caballerescas presencia ya varias veces ha dado vida a reuniones académicas en México y a eventos fuera de nuestro país relacionados con el derecho indiano, a los que miembros de nuestro joven grupo de iusindianistas han asistido.

Además, sus publicaciones figuran con frecuencia en una revista tan consultada en nuestro medio como es la *Revista de Historia del Derecho*, de Buenos Aires.

Tratándose de un artesano del idioma tan cuidadoso como el doctor Tau, desde luego el lector no debe sospechar que el término de "ley" en el título de esta valiosa colección, sea un anglicismo y que en realidad se trate del "derecho" en la América hispana: el autor, que ha publicado trabajos interesantes sobre la costumbre jurídica en las Indias,¹ y sobre la doctrina como fuente de derecho indiano,² no es una persona que confundiría el derecho con sólo una de sus diversas formas de manifestación. No; el término de "ley" es usado, aquí, para productos legislativos.³

Esta colección comienza con una breve introducción sobre el tema de la interconexión entre las leyes y la sociedad ("Leyes y sociedad: ¿Dos mundos separados?")⁴ y termina con un ensayo que desempeña un papel de epílogo: "¿Qué es la ley?";⁵ y entre estos dos extremos el lector encontrará once estudios ya publicados en otra parte y

1 "La costumbre jurídica en la América española, siglos XVI-XVIII", *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 14, 1986. A este respecto, el doctor Tau es uno de los continuadores de las investigaciones de Altamira, publicadas en nuestra *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 31-40, UNAM, 1946-1948. Quiero llamar la atención sobre un estudio mío acerca de la "Consuetudo contra legem a la luz del ius commune, con referencia especial a las Indias" (*Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, II [1990], 169-190), al estudio de David J. Langum, *Law and Community on the Mexican California Frontier*, University of Oklahoma Press, 1987, y a las investigaciones de Charles Cutter, sobre este tema, publicadas en la *Memoria del V Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, UNAM, 1993, actualmente en prensa.

2 La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núm. 17, 1989.

3 Para las diversas acepciones de la palabra "ley" en la tradición hispana, véase pp. 33-37 de la obra reseñada.

4 Pp. 1-23.

5 Pp. 431-437.

ahora reunidos en vista de que todos giran alrededor del tema de "la ley".

Se trata de tres estudios generales; luego siguen dos ensayos sobre la aplicación de las leyes en la fase indiana, y tres sobre unos documentos específicos, seguidos por tres estudios sobre la legislación "criolla", o sea, la que emana de autoridades establecidas en las Indias.

El primer estudio general versa sobre "La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII".⁶ El doctor Tau ilumina aquí la polaridad entre razón y voluntad en el campo legislativo y analiza los requisitos que han sido propuestos para que una ley realmente pueda ser considerada como tal.

En el segundo estudio ("La ley 'se obedece pero no se cumple'; en torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano")⁷ el autor insiste en el dato, bien conocido dentro del gremio de los iusindianistas, de que las frases al estilo de que "la ley se obedece pero no se cumple" no apuntan generalmente hacia cierto cinismo para con la ley (y el derecho en general), que algunos autores atribuyen a los habitantes de las Indias, sino que, a la luz de un análisis histórico-jurídico más serio, se trata de una fórmula ligada a un verdadero recurso contra normas procedentes de la Península, usado por altos funcionarios indios —sobre todo los virreyes— para proteger la realidad indiana contra el impacto de productos legislativos, quizás muy bien intencionados, pero mal relacionados con la realidad y la problemática de las Indias.

Los que estamos familiarizados con las publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra UNAM ya conocemos el pensamiento del doctor Tau al respecto;⁸ esperemos que el tratamiento tan detallado y técnico que este tema ha recibido de parte de él signifique el entierro definitivo de las interpretaciones populares de la citada fórmula.

El tercer estudio ("La formación y promulgación de las leyes indianas; en torno a una consulta del Consejo de Indias en 1794")⁹ había salido publicado, originalmente, en un anuario alemán/austriaco, de poca difusión entre los indianistas de nuestro continente, de manera que merece aplauso que este interesante ensayo haya encon-

6 Pp. 25-65. Este estudio fue publicado originalmente en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, núm. 6, 1986, pp. 193-232.

7 Pp. 67-143, el más largo de estos ensayos.

8 *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 9, 1985, pp. 379-440.

9 Pp. 145-171.

trado ahora un nuevo domicilio en la presente obra, que será considerablemente más fácil de localizar entre nosotros.

Se trata de la doctrina que inspiró una protesta del 26 de abril de 1794, de parte del Consejo de Indias, contra un decreto del 25 de marzo de 1792, o sea, de dos años antes, doctrina que revela una actitud de gran relevancia para nuestra especialidad.

Todos sabemos que la Recopilación de Indias nunca fue actualizada *in toto*, pero que, cuando menos, su primer libro, sobre las relaciones del Estado con la Iglesia, recibió bajo Carlos III una nueva versión. Ésta había sido aprobada y firmada por la Corona, pero no debidamente publicada.¹⁰ Curiosamente, esta nueva versión del primer libro se quedó como documento confidencial a la disposición de ciertos altos funcionarios, que ya aplicarían las nuevas disposiciones gradualmente, en la medida en que se presentara tal necesidad; sensatamente, el Consejo protestó en 1794 contra este sistema. El doctor Tau, quien descubrió este documento dentro de la *Miscelánea* de Manuel Josef de Ayala, en la Biblioteca del Palacio, en Madrid, analiza ahora las ideas fundamentales aplicadas en la argumentación de parte del Consejo. Como "Apéndice" a este estudio hallamos el texto mismo de dicha "Consulta", formulada por el Consejo Real de Indias.

Los que en México nos interesamos por el derecho indiano ya conocemos el cuarto estudio de esta colección: "Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680",¹¹ ya que figura en el quinto tomo ("Estudios histórico-jurídicos"), añadido a los cuatro tomos del texto facsimilar de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, de la bella edición publicada por Miguel Ángel Porrúa, México, en 1987, como parte del homenaje a la Escuela Libre de Derecho, por su septuagésimo quinto aniversario.

El quinto estudio ("La Recopilación de 1680: Dificultades para su aplicación")¹² trata el tema de la aplicación de la Recopilación de Indias bajo la luz especial de lo que sucedió en el Perú.¹³

El sexto estudio, "Las observaciones de Benito de la Mata Linares a la Constitución de Bayona",¹⁴ no tiene más que una liga indirecta

10 En la actualidad es fácil consultar esta versión renovada en el *Homenaje a A. Muro*, Sevilla, 1979.

11 Pp. 173-233.

12 Pp. 235-248.

13 Ha sido publicado originalmente en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, núm. 11, 1985, pp. 77-84, revista afortunadamente fácil de encontrar en las bibliotecas especializadas de nuestra capital, de manera que este ensayo probablemente no es materia nueva para varios de nuestros indianistas.

14 Pp. 249-276.

con el derecho indiano: supongo que sólo un torcido argumento pseudo kelseniano pudiera presentar dicha Constitución como ley fundamental para las Indias. El estudio termina con un apéndice¹⁵ que reproduce las "Observaciones" en cuestión.

El séptimo ensayo nos lleva a un tema más bien local, bonaerense: "Una defensa de los extranjeros en el Buenos Aires de 1743".¹⁶ Se trata del estatus de extranjeros (sobre todo portugueses) "indocumentados", y vemos cómo el procurador general de la ciudad sale en defensa de los solteros entre ellos, que, una vez más, se encontraban amenazados de expulsión a corto plazo. Los argumentos en su defensa se encuentran en un documento del 26 de mayo de 1743, cuyo texto, relativamente breve, ha sido publicado en el apéndice de este estudio (de paso ofrece datos interesantes para la historia de la urbanización de dicha ciudad).

El procurador reclama para estos extranjeros el favorecimiento legal que hallamos en la recopilación para los que se dedican a oficios mecánicos útiles a la república.

Como se trataba originalmente de un estudio publicado en la *Memoria del VI Congreso Internacional de Historia de América*, es muy bueno que nuestros historiadores de derecho tengan ahora este ensayo a su disposición, en bibliotecas especializadas en la historia específicamente jurídica.

En el octavo ensayo ("Una iniciativa del regente Mata Linares en favor de la benignidad penal: 1797")¹⁷ nos habla, una vez más, de aquel regente de la Audiencia bonaerense, Benito de la Mata Linares. Esta vez el doctor Tau nos pone en contacto con una iniciativa, de 1797, que este jurista dirige a Jovellanos (en aquel momento ministro de Gracia y Justicia) y en la que alaba el principio de benignidad penal que encuentra en una real disposición, que confirma una práctica, ya seguida por la Audiencia argentina, y cuya ampliación propone una manifestación de humanitarismo penal que podría quizás sorprender al lector, pero que, como muestra nuestro autor, encaja perfectamente bien en el panorama de otras ideas de la Ilustración española de la segunda mitad del siglo XVIII. Sin embargo, la loable iniciativa de Mata Linares, bien fundada en P.3.22.18 y de acuerdo con el espíritu de la Ilustración española, quedó finalmente frustrada en nivel supremo, por cambios en la Corte y la adversión personal

15 Buenos Aires, 1982, t. IV, pp. 275-283.

16 Pp. 277-291.

17 Pp. 293-309.

del nuevo ministro hacia Jovellanos, circunstancia lamentable que, de todos modos, no quita interés a esta proposición, ya que la historia del derecho no sólo se ocupa de las ideas que inmediatamente triunfaron, sino también de todo lo que apunta hacia la existencia de alguna tendencia, alguna corriente, en el vasto tejido de ideas que constituye nuestra materia.

Siguiendo la loable costumbre que sigue en otros ensayos, el doctor Tau nos presenta finalmente, en un apéndice, el documento mismo en que funda su interesante comentario.

Con esto salimos del sector de los ensayos que analizan unos documentos indianos especiales, para entrar en el grupo de los estudios que versan sobre el derecho indiano criollo.

El noveno ensayo lleva un título que quizás despistará a algunos lectores: "El derecho municipal del Perú; apuntes sobre su configuración".¹⁸ En la fase indiana, como todavía en el inglés jurídico actual, "municipal" es un adjetivo que apunta hacia las normas especiales, en vigor para cierto territorio particular, dentro de grandes conjuntos sometidos básicamente a un sistema jurídico general, global. Así, el derecho especial para las Californias, dentro del derecho novohispano, es un derecho "municipal", y el derecho novohispano es "municipal" respecto del sistema indiano general. Por acercarse este derecho municipal a la problemática concreta que se presenta a nivel de *grassroots*, el autor llama la atención sobre el carácter de "derecho vivo" que lo caracteriza, y también sobre la creciente tendencia hacia la generalización del derecho universal de las Indias, que obra en contrapunto con el florecimiento de los derechos "municipales".

Las observaciones que hace el doctor Tau en este estudio pueden servir de preludeo a la historia de las Ordenanzas del Perú, una historia que todavía queda por escribir y cuyas etapas ya se vislumbran en este ensayo; pero al mismo tiempo son importantes para nosotros, en México, en primer lugar en vista de que las características generales del derecho municipal indiano que el autor nos presenta, también tienen relevancia para el "derecho municipal" de la Nueva España; además, este camino sinuoso hacia un "código peruano" que nunca se materializó en forma cabal, nos ayuda a colocar en su debido lugar a Escalona y Agüero, cuyo *Gazophilatium* también es usado con creciente frecuencia por nuestros indianistas mexicanos, a veces sin que se tomen en cuenta las diferencias entre el derecho

18 Pp. 311-345.

“municipal” peruano y el novohispano; y este interesante estudio, de nuevo, nos hace meditar sobre lo polifacético y diferenciado que es aquel “derecho indiano”, con el cual tantas personas se imaginan algo monolítico y claramente perfilado. La a veces asombrosa ceguera ante el carácter realista y flexible del derecho indiano inclusive puede tener consecuencias prácticas nocivas, en aquellos casos en que, como a veces en los Estados Unidos, este derecho recibe relevancia en discusiones forenses.¹⁹

Otra ilustración de “derecho municipal indiano”, esta vez más cercana a lo que un jurista moderno entendería por tal término, se encuentra en el décimo ensayo, “Los bandos de buen gobierno de Buenos Aires en la época hispánica”,²⁰ con, *inter alia*, interesantes consideraciones terminológicas alrededor de este concepto de “bando de buen gobierno”, que conocemos de RI 3.3.52 y que todos encontramos con cierta frecuencia en nuestras incursiones en la literatura y archivología de índole indianista, y con datos sobre su historia, las autoridades involucradas en su creación, su forma de expedición, contenido y vigencia y con una clasificación de las diversas materias a que se refieren los aproximadamente trescientos bandos de buen gobierno de Buenos Aires, encontrados por el autor, y el panorama de las sanciones establecidos en ellos.

Un apéndice contiene la lista de los bandos bonaerenses, entre 1636 y 1809, inclusive los que no llevaron explícitamente este título genérico.

El décimo primer estudio está íntimamente ligado al anterior: esta vez se trata de un “Bando de buen gobierno” especial, el “Auto²¹ de buen gobierno de 1806, del gobernador intendente don Rafael de la Luz”,²² auto que cubre un amplio panorama de materias, relacionadas con el mantenimiento del orden en Buenos Aires.

El auto mismo queda reproducido como apéndice a dicho ensayo.

Y, finalmente, como epílogo figura el brevísimo ensayo “¿Que es la Ley?”, en el cual el autor lamenta el auge del positivismo jurídico, y apunta hacia las diversas formas en que se había permitido enjuiciar los productos legislativos a la luz de la justicia, durante la evo-

19 Por ejemplo, en relación con los largos litigios sobre derechos sobre las aguas, en el estado de Nuevo México.

20 Pp. 347-405.

21 “Auto”, en este caso, es un término más técnico para “bando”. En el transcurso de las generaciones indianas el término de “auto” comenzó a sustituir al de “bando”.

22 Pp. 407-430.

lución del derecho hispano en general, y, como quedó ilustrado varias veces en esta publicación, en el derecho indiano.

Guillermo F. MARGADANT S.

TOPASIO FERRETTI, Aldo, *Derecho romano patrimonial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, 194 pp.

El doctor Aldo Topasio Ferretti, autor del libro que reseñamos, es profesor de historia del derecho y derecho romano en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso en Chile.

Bajo el título de *Derecho romano patrimonial*, Topasio Ferretti incluye dos grandes temas: en la primera parte los bienes, y en la segunda, las obligaciones.

Cada parte, a su vez, se subdivide con números romanos en diferentes incisos.

La primera tiene ocho divisiones, que son: I. Las cosas y su división; II. Los derechos reales; III. El dominio; IV. El condominio; V. Defensa de la propiedad; VI. La posesión; VII. Derechos reales en cosa ajena, y VIII. Derechos reales de garantía.

La segunda parte, que como ya apuntamos, se refiere al tema de las obligaciones, está dividida en seis secciones: I. Concepto y evolución histórica; II. Clasificación de las obligaciones; III. Efectos de las obligaciones; IV. Garantías y derechos auxiliares del acreedor; V. Cesión de los créditos, y VI. Extinción de las obligaciones.

El libro contiene, además, una bibliografía al final.

También en cuanto a su estructura, hay que agregar que cada sección se subdivide con números arábigos, a su vez subdivididos con letras mayúsculas.

A pie de página encontramos notas de carácter explicativo y referencias bibliográficas, mientras que las citas de las fuentes romanas están incluidas, con paréntesis, en el texto mismo.

En una presentación que el propio autor hace de su obra, nos dice que "...constituye un esfuerzo... por lograr una didáctica en la enseñanza del derecho romano que permita al alumno aproximarse a lo que en realidad fue el ordenamiento de Roma: un sistema jurídico en constante búsqueda de congruencia con la realidad social" (p. 7).