

LA CONCIENCIA Y LOS EMBATES SUBJETIVOS Y JURÍDICOS DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN LA AMÉRICA COLONIAL DEL SIGLO XVII

Por ELAINE GODOY PROATTI*

RESUMEN:

Es nuestro objetivo presentar como, de acuerdo con el teólogo franciscano Fray Miguel Agía, el virrey Don Luis de Velasco, que en ese caso específico está ejerciendo la función de juez y executor de las leyes reales, es un importante personaje en la dinámica jurídica colonial de Las Indias, porque tenía que analizar las circunstancias de cada caso y en función de ellas y no de apenas las leyes, acrecentaba o disminuía la pena legal, según criterios y decisiones de su libre arbitrio. Dentro de las necesidades se podía, casuísticamente, considerar las costumbres, hábitos, distancia y complejidades coloniales de manera que las leyes, para coexistir con tal realidad fuesen adecuadas. En este ámbito, demostraremos también como la Teología Moral tiene un papel decisivo en la delimitación y definición de las circunstancias y situaciones que posibilitaron la modificación de la norma. Juristas, doctores en teología moral y en derecho eran buscados para orientar y solucionar situaciones y hechos.

De esta forma, aproximaremos las cuestiones morales a las jurídicas al demostrar por un ejemplo concreto de interpretación y de análisis de una obra teológica -la del teólogo jesuita Hermann Busembaum- que la teología moral norteaba además

que conferían inseguridad jurídica y que la moralidad y la práctica jurídica no se separaban en el siglo XVII.

PALABRAS CLAVES: Conciencia - Duda - Ley casuística - Justicia y teología moral.

* Maestría en Historia por la Universidad Federal de San Pablo, orientada por el Profesor Doctor Rafael Ruiz de la misma universidad, es grata por el apoyo de la agencia financiadora: FAPESP y por las consideraciones y discusiones realizadas con su orientador, con Jorge Núñez y con Leonardo G. Téllez Saucedo. San Pablo, Brasil. Septiembre de 2014. E-mail: naneoproatti@gmail.com

ABSTRACT:

It is our objective to present as, in accordance with a Franciscan theologian Fray Miguel Agía, Vice-King Don Luis de Velasco, in its function of judge and executor of the regal laws, is an important personage in the legal Colonial Indian dynamics, mainly because he had that to analyze the circumstances of each case and in function of them, and not only of the laws, added or decreased legal penalty, as criteria and decisions of its exempt will. Inside of the necessities it could, casuistically, be considered the colonial customs, habits, distance and complexities so that the laws, to coexist with such reality, were adjusted. In this scope, we will also demonstrate as the Moral Theology has a decisive function in the delimitation and definition of the circumstances and situations that would make it possible the modification of the norm. Jurists, doctors in moral theology and right were looked to guide and to solve situations and facts.

This way, we will approach the moral questions of the legal ones when demonstrating, through a concrete example of interpretation and analysis of a theological work, Hermann Busembaum, that the moral theology guided the legal decisions in way to the multiple opinions and controversies that conferred legal unreliability and that the practical morality and the legal one were not separated in century XVII.

KEYWORDS: Conscience - Doubt - Casuistry law - Justice and moral theology.

Sumario:

INTRODUCCIÓN. I. LA DUDA QUE DETERMINA LA CONCIENCIA MORAL. II. LA CONCIENCIA EN EL TRATO TEOLÓGICO. III. PROBABILISMO: UNA SOLUCIÓN PARA LA CONCIENCIA CIERTA DENTRO DE UN UNIVERSO DE OPINIONES. IV. LA LEY Y LO QUE ELLA OBLIGA. V. LA REAL CÉDULA Y LOS PARECERES DE FRAY MIGUEL AGUIA. a) la moral como un problema práctico en el trabajo indígena. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

La cuestión de la conciencia moral, presente en tratados teológicos y en los documentos jurídicos, sugiere muchos enfoques y reflexiones para la historia del derecho y de la moral. La noción de la *conciencia* aparece acompañada de otras nociones relevantes para el estudio de la historia del derecho y de la moral, tales como la duda, la experiencia, el libre albedrío, la libertad, la voluntad y la gracia. Analizando esas concepciones podemos percibir que éstas poseen sus raíces en la teología, en tratados morales y que aparecen también en los documentos judiciales.

La relación entre la esfera moral y la jurídica es importante para entender la práctica jurídica y la función del juez. En los tratados teológicos sobre cuestiones morales vemos la responsabilidad y la preocupación en ser el *ejemplo*, el *manual*, que guía, orienta y esclarece cuestiones de los más variados tipos y para los más variados profesionales. Un caso es el derecho. Hay prejuicios volcados hacia los abogados y otros profesionales, específicamente.

Con todo, si la relación entre la moral y lo jurídico es relevante ¿en qué cuestiones esto queda claro? Por ejemplo, cuando hay duda. Es el otro concepto clave en el estudio de las fuentes teológicas y jurídicas del siglo XVII. De esta forma, acercaremos las cuestiones morales a las jurídicas al demostrar, a través de un ejemplo concreto de interpretación y de análisis de una obra teológica, que la teología moral orientaba las decisiones legales en medio a las múltiples opiniones y controversias que

conferían inseguridad jurídica y que la moralidad y la práctica jurídica no se separaban¹.

I. LA DUDA QUE DETERMINA LA CONCIENCIA MORAL

La duda aparece como la impulsora de la relación entre la moral y el derecho. Esto ocurre porque el juez puede tener dudas en el momento de dar su sentencia, referente a un caso no conocido y todavía no normado, o simplemente porque la situación es dudosa. La duda de cómo actuar y cómo proceder no es sólo del juez ni únicamente para los casos jurídicos. Así como el juez, otros funcionarios reales y otros profesionales también pueden dudar cuando ejercen sus funciones. El juez nos interesa en este trabajo por ser el representante y el reflejo de la justicia y de la aplicación del derecho. Pero él no está sólo. Si tiene dudas, en ese momento recurre a otros magistrados, a otros documentos, a otras opiniones, buscando solucionar su duda. Incluso, refiriéndonos a la figura del juez en un sentido amplio, en este trabajo en específico, nos enfocaremos en el virrey del Perú, por estar encargado de aplicar y ejecutar la ley, teniendo así, además del papel de virrey, el de legislador.

La cuestión de la duda surgió históricamente, en el siglo XIII, con Santo Tomás de Aquino al defender la conciencia moral individual frente a la universalidad de la ley². La conciencia moral es defendida porque se cree que está guardada en ella la real intención de nuestros actos. El embate entre lo individual y lo universal, por tanto, se inicia en la intención reservada dentro de la conciencia. Ahora, dentro del ámbito de la intención, las opciones a ser escogidas en el momento de duda sobrepasan la mera elección entre una u otra. La intención parece calificar la acción de la conciencia, que, por tener una intencionalidad, acrecienta otros valores para la elección según la voluntad.

¹ ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, "Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del Derecho en la época moderna", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. L, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1980, pp. 851-890. Asimismo, siendo un derecho de juristas éste no deja de estar destinado a servir a las necesidades de la práctica jurídica y a cumplir con la exigencia de soluciones precisas, ciertas y definitivas de los conflictos producidos en el caso específico.

² FRANCISCO O'REILLY, *Duda y opinión. La conciencia moral en Soto y Medina*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2006, p. 8.

De esta forma, además de la intencionalidad presente en la conciencia encontramos la voluntad que motiva la acción y la acción en sí, exteriorizada en la sentencia dada y en su argumentación explicativa. La voluntad es interesante en este estudio sobre la duda y la conciencia porque refleja la conciencia y ésta, aún siendo individual, para el juez es pública. Ocurre así un proceso dialéctico entre el foro interno y el foro externo, la norma moral y la norma positiva establecida en el ámbito de la conciencia del juez por su interpretación y arbitrio en los casos a ser solucionados.

Pensando en la duda y en la conciencia, algunas indagaciones vienen al caso. ¿Por qué la conciencia es incapaz de discernir como actuar correctamente en caso de duda, necesitando de una guía? ¿Cuáles son los casos que provocan duda? ¿De qué naturaleza son ellos? ¿Son apenas los casos que huyen a la regla los que se refieren al foro interno? ¿A qué conciencia nos estamos refiriendo?

II. LA CONCIENCIA EN EL TRATADO TEOLÓGICO

La teología ayudaba a responder varias cuestiones y problemas de orden teórico y práctico. Algunos de esos problemas de la América española podían ser examinados por la ciencia jurídica, otros requerían la intervención de una "ciencia mayor", o de mayor amplitud, la teología, considerada en ese periodo de los descubrimientos y conquistas de América como la "ciencia de las ciencias". La teología orientaba las cuestiones nuevas que surgían con el descubrimiento de tierras no conocidas, distantes y extensas, y para los asuntos que requerían específicamente la intervención de alguien con formación teológica como la situación del tratamiento de los indígenas.

El origen de las leyes de Indias y la práctica jurídica, así como la propia complejidad territorial de la colonia, la explotación del oro y de la plata y la conversión de los indios, precisaban ser analizadas desde un punto de vista histórico, teológico y jurídico. Esta aproximación es justificada por el Dr. P. Venancio D. Carro, en su obra *La Teología y los Teólogos: juristas españoles ante la conquista de América*³, de la siguiente

³ DR. P. VENANCIO D. CARRO, *La Teología y los Teólogos: juristas españoles ante la conquista de América*, Biblioteca de Teólogos Españoles. Dirigida por las

forma: “el jurista se atiene, de ordinario, a la ley escrita, a lo que es, midiendo la justicia por este metro positivo; el teólogo se eleva, busca lo que debe ser, la justicia objetiva, eterna, esté o no escrita, oteando los nuevos y desconocidos senderos del derecho y de la justicia”⁴.

Delante de esa relación, buscamos presentar algunos problemas teológico-jurídicos que aparecían en la aplicación y en la práctica de la justicia en medio de las dudas e inseguridades. Creemos que sólo se puede conocer la experiencia y la práctica jurídica explicando y conociendo su basamento teórico, sus ideas, la razón, sentimientos y fundamentos que influenciaron la formación de una conciencia teológica y moral de los hombres, sean ellos gobernadores, juristas y religiosos del siglo XVII.

El Padre Hermann Busembaum (de la Compañía de Jesús, licenciado en Teología), en su tratado *Médula de la Theologia Moral que con fácil, y claro estilo explica, y resuelve sus materias y casos*, en lengua latina, aborda de manera casuística las opiniones morales considera la conciencia como si fuera un dictamen de la razón, o un acto del entendimiento, con que juzgamos que se debe hacer alguna cosa buena o se debe dejar de hacer por ser mala. Es esto, o por la razón del prejuicio, que la manda o prohíbe, o por el concejo que la recomienda o la desaconseja⁵.

La conciencia, según ese teólogo, es un acto, una acción que juzga algo siendo bueno o malo de acuerdo con la razón y con el entendimiento que se hace de la ley. La ley puede mandar o prohibir, aconsejar o desaconsejar y al permitir una duda y generar inseguridad, la conciencia, como acto racional, juzga conforme lo que haya que está de acuerdo con la ley.

Ella puede ser recta, porque dicta lo verdadero y puede, a veces, no ser una conciencia recta y sí errónea, por el error y confusión que hace. Se

Dominicos de las Provincias de España, vol. 18, Salamanca: Apartado 17, segunda edición, 1951, pp. 710.

⁴ CARRO, *La Teología y los Teólogos...*, cit., p. 5.

⁵ PADRE HERMANN BUSEMBAUM, *Medula de la Theologia Moral que con fácil, y claro estilo, y casos: escrivola en idioma latino el padre Hermann Busembaum, de la Compañía de Jesus, licenciado en Theologia* (sic.), Barcelona, Antonio Ferrer y Compañía, 1688, Tratado: 1º, cap.: 1º: “¿Que sea conciencia, y si debe seguirse?”, p. 1.

debe seguir la conciencia recta por ser ella la regla más próxima de la voluntad. La conciencia recta dicta lo verdadero y lo verdadero corresponde a la voluntad, entonces, ha de seguir la conciencia recta. Pero ¿cuándo la conciencia es errada? El propio teólogo nos responde: ella lo es, porque si el entendimiento propone a su gusto una cosa como mala, aunque no lo sea, y la voluntad teniéndola como mala la acata, ese acto malo se torna consciente y se transforma en una acción mala y esto representa la culpa.

Parece que la diferencia entre un tipo de conciencia y otro está en la voluntad y en el entendimiento que se hace sobre una situación. Así, todo lo que no está en conformidad con la conciencia es pecado⁶. La voluntad y el entendimiento diferencian la conciencia buena o mala porque se encuentra en la voluntad la intención y en el entendimiento, la razón que ilumina las acciones humanas. El teólogo apunta que no se actúa conforme a la regla de las acciones humanas porque la voluntad es ciega e insuficiente para guiar la acción. Y por ser ciega, se debe seguir la luz de la razón que está en el entendimiento que se hace sobre el asunto dudoso.

Después de que mencionamos la noción de la conciencia para el Padre Hermann Busembaum, veamos qué indica sobre la duda. La duda puede existir como resultado de la falta de instrucción y experiencia en la situación. Para él, la duda “es suspensión de asentimiento en orden al objeto aprehendido, y es en dos maneras, especulativa, o universal, cuando en común se duda”⁷. La duda torna la conciencia dudosa y una vez que es dudosa ¿se puede seguir esa conciencia? El teólogo presenta varias respuestas y cita en casi todas a teólogos de renombre, como Paul Laymann, Martin Azpilcueta (Navarro) y Tomás Sanches como influencias de su propio pensamiento.

Busembaum afirma que quien actúa con conciencia prácticamente dudosa, peca. Y la calidad del pecado de conciencia dudosa, mortal o no, depende de a quién pertenece la duda. Dicho de otra forma, la persona

⁶ Ídem, p. 2. Según el original: “Todo lo que no es conforme a la conciencia, es pecado. Y la misma razón corre cuando el entendimiento propone una cosa como buena, y de precepto, aunque en sí sea mala y prohibida, que si la voluntad la desactiva o la omite, ya consiente en la trasgresión del precepto, y peca: porque el objeto le da al acto aquella especie que se propone por el entendimiento”.

⁷ Ídem, p. 3

que duda, juntamente con su razón, entendimiento, intención y voluntad, hace de su duda consciente, un pecado o no.

En caso de oposición, el teólogo orienta a actuar con prudencia. La prudencia confiere discernimiento a la duda. ¿Y qué significa actuar prudentemente en la teología moral? Busembaum afirma que para proceder bien en los casos en que la conciencia es dudosa, hay que consultar el parecer de otros. Si no es posible consultar el parecer de otras personas, por no tener nadie cerca o por ser un caso guardado en confesión, se debe optar por lo que parezca menos mal dentro de las circunstancias⁸.

Con todo, actuar con prudencia, buscando las opiniones de otras personas, hace que la conciencia, aún estando en duda, pueda ser seguida, porque explora en las opiniones las posibilidades del caso cuestionado. El teólogo presenta la prudencia como una solución para una duda y muestra que su procedimiento es consultar el parecer de otras personas. Siendo así, examinar una cuestión por sus opiniones y explicaciones, nos lleva a reflexionar sobre otro asunto relevante en la literatura jurídica: la jurisprudencia.

La jurisprudencia es el conjunto de obras de juristas y teólogos que explican las opiniones y examinan las cuestiones del derecho referente a la legislación y al sistema jurídico determinado mostrando la adaptación necesaria para la realidad de los territorios de Indias⁹. Por tanto, al usar el tratado de teología de Busembaum al respecto de la conciencia, de la duda y de la ley, estamos conociendo y explorando las fuentes del derecho colonial por el universo de opiniones que en él contiene. De esta forma, podemos preguntarnos si con esas opiniones exploradas por los pareceres consultados se puede formar una conciencia cierta para llegar a una solución y ¿de qué manera se hace eso?

La teología moral ofrece varias soluciones para el caso de duda con relación a dos o más posibilidades de actuar de forma cierta, una de ellas era el probabilismo.

⁸ Ídem, p.3.

⁹ MIGUEL LUQUE TALAVÁN, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, C.S.I.C, 2003, p. 79.

III. PROBABILISMO: UNA SOLUCIÓN PARA LA CONCIENCIA DUDOSA DENTRO DE UN UNIVERSO DE OPINIONES

La teología moral responde a esas preguntas con el probabilismo. El probabilismo es una categoría moral y teológica que se inserta en los debates del siglo XVII presentándose como una de las soluciones para la conciencia dudosa y los asuntos del foro interno. El término probabilismo surgió de un debate sobre los límites de la ley positiva con los de la ley natural y sus extensiones¹⁰.

En cierta medida, el probabilismo restringió las leyes reales, una vez que éstas no eran aceptadas y esa teoría de lo probable también se encaja para otros asuntos que no son jurídicos, parece que, de cierta forma, esa solución también se presentaba en muchos tratados teológicos como una manera de observar y solucionar problemas variados y cotidianos. Muchos autores ya tratan este asunto de forma brillante y profunda, sin detenerse apenas en el probabilismo sino que también en el probabiorismo y el rigorismo¹¹. El probabilismo habría surgido en la teología moral a través del comentario de Bartolomé de Medina sobre un pasaje de la Suma Teológica de Santo Tomas de Aquino hecho en 1580. Ese comentario muestra que es permitido seguir la opinión probable aún si hubiese otra más probable. ¿Pero cómo escoger una opinión entre tantas probables?

¹⁰ VÍCTOR HUGO MARTEL PAREDES, "El lugar del Probabilismo en la historia de las ideas en el Perú", en *Solar [online]*, núm. 3, Lima, año III, 2007, pp. 11-22.

¹¹ RAFAEL RUIZ, "Hermenêutica e Justiça na América do século XVII", en *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História*. ANPUH [online], São Paulo, VII/ 2011. THÉODORE SERVAIS PINCKAERS, *Las fuentes de la moral Cristiana. Su método, su contenido, su historia*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000. ESTEBAN LLAMOSAS, "Probabilismo, probabiorismo y rigorismo: la teología moral en la enseñanza universitaria y en la praxis judicial de la Córdoba tardo colonial", en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, volumen 14, núm. 2, 2011, pp.281-294; ALEJANDRO AGÜERO, "Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional", en MARTA LORENTE (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006. VÍCTOR HUGO MARTEL PAREDES, *La Filosofía Moral: el debate sobre el Probabilismo en el Perú (siglos XVII- XVIII)*, Lima- Perú, edición del autor, [s.f.] Tesis para obtener el Título profesional del Licenciado en Filosofía. JOSÉ CARLOS BALLÓN, "Diego de Avendaño y el probabilismo peruano del siglo XVII", en *Revista de Filosofía*, núm. 60, vol. 26, Maracaibo, 2008, pp. 1-9. ÁNGEL MUÑOZ GARCÍA, *Diego de Avendaño, 1594-1698: filosofía, moralidad, derecho y política en el Perú colonial*, Lima, Fondo Editorial, 2003.

La respuesta para la cuestión sobre cuál opinión probable seguir en medio de tantas opciones puede ser encontrada en el tratado teológico del Padre Busembaum. Según él, si todas las opiniones son probables, cualquiera de ellas puede ser seguida, aún si ellas se diferencien en grados, como más segura y menos segura o más probable y menos probable porque aún continúan siendo probables y pueden ser aplicadas. Sin embargo, él recomienda que la elección de una o de otra puede ser orientada por la reflexión acerca de la opinión que parece ser más segura y cierta, y la que incurrirá en menos culpa. Para el teólogo jesuita, seguir la opinión probable, aunque ésta sea menos segura, precisa ser, en la situación de una conciencia especulativamente dudosa, la que parece ser menos desviada de culpa. O sea que esa opinión no incurra en culpa o indique menos culpa que las demás.

La teología moral, por el tratado teológico de Hermann Busembaum, señala que se puede seguir la opinión probable aunque ésta sea menos segura, esto es, si ella parece menos desviada de toda la culpa que otra opinión dejando la opinión más probable, más segura y propia. Haciendo eso no se incurrirá en agravio o peligro al prójimo porque la opinión escogida es probable.

De acuerdo con esa visión teológica de las cuestiones probables, la orientación para la elección entre varias posibilidades, recae en un carácter religioso, la culpa y lo que ella genera o puede generar. De cierta forma, más allá de ese carácter religioso, lo que también orienta la elección es la búsqueda por la certeza de escoger una opinión probable que más se ajuste y así, tal vez, no permitirá incurrir en culpa. Más allá de la culpa, que según los religiosos, será una consecuencia de la elección ¿puede seguirse una opinión probable con poca certeza o no? ¿Tener más o menos certeza o más o menos duda al respecto de cuál opinión seguir incidirá en pecado o no? Los probabilistas dicen que sí, se puede seguir la opinión aun no teniendo certeza sobre ella y eso no generará un pecado.

Frente a eso, destacamos que esa es una orientación, visto que aún se puede seguir la menos o más probable o la menos o más desviada de culpa porque todas continúan siendo probables y el grado de certeza o de duda no necesariamente precisa determinar la elección una vez que no implicará un pecado.

No significa con eso que escogiendo una opinión probable, aunque menos segura, se garantice una conciencia cierta. Como vimos, es preciso en los casos en que hay duda, actuar prudentemente, consultando el parecer de otras personas y así, conscientemente, decidir por lo que se juzgue sea mejor y más probable. Pero para consultar el parecer de otras personas no sirve cualquier persona. La teología moral orienta que quien sigue una sentencia y opinión fundada por una autoridad o por un hombre experto o un doctor, actúa con prudencia¹².

Para el caso de los jueces coloniales, la cuestión probabilista se presenta en el momento de decidir y sentenciar. Ellos podrían seguir la opinión probable y no necesariamente la opinión cierta y más segura. O sea, en caso de haber duda sobre lo que es más justo a hacerse en una situación específica, el juez podía apoyarse en las doctrinas teológicas, en las opiniones de los juristas o en las costumbres locales. Él no seguiría la ley, sino a su conciencia, y para seguir la conciencia, el juez tenía que considerar las circunstancias de la realidad local y analizar cada caso en particular. La duda no surgía apenas para las cuestiones jurídicas y de derecho, sobre las leyes y sus interpretaciones, sino también había duda sobre el hecho en sí, sus circunstancias, sus opiniones y testimonios.

El juez, antes de sentenciar, debía deliberar en la conciencia, conforme a lo previsto en las leyes. Esa deliberación podría ser fácil o difícil, porque en algunos casos la cuestión era dudosa y la solución incierta. En esa situación surgía la duda en el juez.

Desprendemos de eso que el juez que tiene dudas dentro de la jurisprudencia, va a consultar el parecer de otros doctores y hombres expertos en el asunto para ayudarlo a decidir. Para el caso incierto, el juez busca en la experiencia de otro hombre, jurista o no, opiniones, posibilidades que lo auxilian a reflexionar sobre el caso. Al terminar de explorar las posibilidades por los pareceres consultados, el juez puede sentenciar con la conciencia tranquila de que, aun no conociendo el caso específico o las circunstancias reales, él procuró informaciones de quien

¹² Dice el original: "La razón es, porque quien sigue una sentencia fundada, `en autoridad grave, ò en ranzón alguna de peso (porque esta se llama sentencia probable) no obra con temeridad, sino con prudencia siguiendo el parecer de hombres cuerdos, y doctos. A mas de esto, seria intolerable carga, y ocasión a muchissimos escrupulos aver de andar examinando en cada cosa, qué es lo mas probable, y mas seguro (sic.)". BUSEMBAUM, *Medula de la Theologia...*, cit., p. 3.

supo esas particularidades. Esa búsqueda por la pluralidad de opiniones no significa necesariamente que el juez está distante del caso, no lo conoce y por eso no puede juzgarlo y tiene que buscar otros pareceres, sino que presenta otra opción a ser analizada en el momento de sentenciar, la cual, retirada de entre tantas otras, parece garantizar una certeza mayor.

En la búsqueda de un parecer el doctor o el hombre consultado, se puede responder para quien lo consultó de la siguiente forma: “se puede seguir la sentencia probable de otros, si lo que es más favorable, dejando su propia sentencia, aunque sea más probable y segura”¹³. Esto porque la sentencia probable defendida por otros hombres también es lícita y el otro tiene igual derecho de seguir una opinión probable, sin que nadie le prohíba de ese derecho. Esta es una cuestión de grado de certeza, porque cuando se sigue la opinión probable, la certeza sobre ella es menor de que si hubiese optado por la más probable que la certeza sería mayor. Ya vimos que para los probabilistas era permitido seguir la opinión probable aún teniendo poca certeza sobre ella.

El teólogo reafirma esa postura de pedir opiniones de otras personas en otro tramo de su doctrina: “no se debe reprender a los que andan de un doctor en otro hasta encontrar alguna opinión que los favorezcan, con todo que sean prudentes y piadosos y que no estén favoreciendo un interés particular”¹⁴. La razón de esto está en la posibilidad de que todos pueden seguir una opinión probable porque ella es lícita.

Hermann Busembaum ejemplifica su proposición de la opinión probable por varios casos. Uno de ellos es del abogado. “El abogado puede patrocinar la causa menos probable, aunque juzque por más probable la contraria: porque una, y otra parte tiene derecho para alegar de su justicia en juicio (sic.)”¹⁵. Del médico y cirujano dice lo siguiente: “el médico y cirujano deben seguir lo más seguro, y probable, y pudiendo

¹³ Ídem, Tratado: 1º, cap.: 1º, Duda II, “Que se debe hazer quando ay conciencia especulativamente dudosa (sic.)”, p. 4.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

usar de remedios ciertos, no pueden usar de probables, y mucho menos de dudosos para hazer experiencia de la eficacia dellos (sic.)”¹⁶.

Por estos dos ejemplos, vemos que la situación está siendo analizada dentro de su particularidad, caso a caso. El probabilismo se desarrolla en el interior del debate entre el estado de conciencia de las personas, que delante de una acción determinada, el abogado al juzgar y el médico al hacer cirugía, la persona puede actuar con la conciencia cierta o dudosa. Las diferencias entre las dos actitudes implica en la persona cometer o no un pecado grave, tener más certeza o no de lo escogido y en la importancia de la experiencia al optar por una opción u otra.

En otra parte de su tratado de teología moral Busembaum responde que no es necesario formar un juicio expreso para cada acto a ser hecho. Basta actuar contra el acto escrupuloso usando el juicio habitual o virtual, que se funda en la experiencia de los actos pasados¹⁷. Eso porque quien actúa basado en la experiencia pasada no se expone a ningún peligro y actúa bien. Basta el juicio probable de que es lícito lo que se hace para que esa acción refleje una conciencia recta y una buena razón.

Vemos con eso que siguiendo la doctrina de la teología moral probabilista, los jueces y otros hombres tenían un amplio espacio para decidir. En el caso de los jueces, tenían cierta libertad jurídica para ejercer su función de manera justa. ¿Pero cómo era ese espacio jurídico percibido por su aspecto legal?

IV. LA LEY Y LO QUE ELLA OBLIGA

La legislación está presente en el tratado de teología moral de Hermann Busembaum siendo una regla exterior de los actos humanos. La conciencia es una regla interior, la ley, una regla exterior creada para los actos humanos. Pero, ¿qué es ley? La definición para ley está en su diferencia entre ésta y el concejo. La ley o el precepto obligan, por tanto

¹⁶ Ídem, p. 5.

¹⁷ Ídem, p. 6.

deben ser guardadas. El concejo y las opiniones apenas dirigen y orientan, y por eso no obligan¹⁸.

Las leyes entran en ese debate teológico de la conciencia al relacionarse las reglas interiores y las reglas exteriores en los casos de duda. Y aparecen de la siguiente forma: cuando se tiene duda del vigor de las leyes, estas leyes no obligan. Luego, para quien alega que el caso no está admitido en la ley o que la ley está derogada, está incurriendo en la obligación de probarla¹⁹.

Cuando las leyes son justas, pero contra la razón, ellas no obligan porque desvían a la persona de la rectitud. La conciencia es el acto de la razón práctica, entonces, si la legislación es justa, pero contradice a la razón, la conciencia no será cierta. El teólogo nos explica que aun habiendo razones probables contra la justicia de las leyes, ellas aún obligan porque de otra forma se daría espacio para la no obediencia a las leyes. Para él, éstas apenas pueden ser tan justas que no haya, aparentemente, razón alguna para hacerlas dudosas²⁰. Aún más, la ley no obliga hasta que sea promulgada o intimada.

Las leyes poseen clasificaciones entre natural y positiva. La ley natural es un dictamen o juicio de la propia razón, por lo cual se conoce y se determina, iluminado por Dios, lo que se debe hacer y lo que se debe evitar. La ley positiva es lo que se impone por la voluntad libre de Dios y de los hombres y depende de ella. La ley positiva también se divide en dos. El precepto del derecho divino, dado por Dios y el precepto del derecho humano, impuesto por los hombres. El precepto divino se divide según los preceptos de la ley antigua, con principios morales, ceremoniales, judiciales, teniendo como base a Santo Tomás de Aquino y de la ley nueva, con preceptos sobrenaturales de la fe y del sacramento. El precepto positivo humano se divide en derecho canónico, que se coloca con la autoridad de la Iglesia, del Sumo Pontífice o por el Concilio, y el derecho civil, que se fundamenta en la potestad secular²¹.

Las leyes positivas sólo entrarían en vigor si fuesen aceptadas por la población. Para que las leyes positivas posean fuerza coactiva, ellas

¹⁸ Ídem, p. 7.

¹⁹ Ídem, p. 5.

²⁰ Ídem, p. 7.

²¹ Ídem, p. 5.

precisan ser aceptadas, recibidas por el pueblo, si no las fuesen, no obligan. "Pero la sentencia mas verdadera, es la de los Teologos, que las leyes del Magistrado absoluto, no dependen de la aceptación y consentimiento del pueblo; sino que en promulgándose legítimamente, obligan al pueblo a que las admita: principalmente las leyes del Sumo Pontífice, que no tiene su potestad del pueblo, sino de Christo (sic.)"²².

Si en una provincia se promulgó una ley y ésta no fue aceptada y ni siquiera se refiere a la mayor parte del pueblo, sabiendo esto el legislador, se juzga que esta ley está revocada. Otro ejemplo del tratado teológico: "si tú estás dispuesto à admitir la ley que se promulgò, y aun la guardas quando se ofrece la ocasión, pero los mas de la comunidad, ni la reciben, ni ay probabilidad que han de recibirla, entonces la discreción à lo menos te escusa de la ley (sic.)"²³. Al tener duda que la ley esté admitida o no, se ha de presumir en su favor, porque en duda se presume el hecho, si por derecho se debía hacer.

El tratado de teología moral presenta varias preguntas sobre las reglas internas, referentes a la conciencia, y a las reglas externas referentes a las leyes. En las respuestas presentadas por la *Medula de la Theologia Moral* del Padre Busembaum, discutidas aquí, observamos ejemplos de situaciones que envuelven tanto las cuestiones del foro interno, reflexivo del pensamiento, cuanto del foro externo, aparente. La duda, por ser algo interno del pensamiento, hace que la persona se vuelque para su conciencia y la acción y sentencia que esa persona tome en conciencia, muestra que su acción fue buena y justa o si fue mala. La duda hace que estas cuestiones teológicas presentes en la conciencia, reflexionen sobre una acción moral, justa o no y presenta a la razón, la intención y la voluntad expresadas por esa acción.

Se supone siempre el uso de la razón y de la voluntad en cualquier decisión. Esto porque si no se tiene consentimiento de lo que se hace y de las acciones que se escoge tomar, aún estando en obligación, no se peca, no comete transgresión.

Esta obra teológica, presentada aquí, reafirma que en caso de duda, los jueces y otras personas, pueden seguir siempre las opiniones

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

probables, las circunstancias específicas, las costumbres, las opiniones y los juicios de los hombres prudentes y la legislación. El uso y la costumbre son la mejor forma de interpretar la ley y obliga en grave culpa²⁴. ¿Pero cómo esas cuestiones teológicas relacionadas con las jurídicas pueden ser encontradas en la práctica?

Después de tratar el asunto de la duda por la conciencia y por la ley en un tratado de teología, iremos ahora hacia el análisis de un caso concreto encontrado en los pareceres del Padre Fray Miguel Agia a pedido del virrey de las provincias del Perú, Don Luis de Velasco. El virrey del Perú está encargado de aplicar y ejecutar la real cédula de 24 de noviembre de 1601, sancionada por el rey Felipe III, teniendo así, además del papel de virrey, el de legislador.

V. LA REAL CÉDULA Y LOS PARECERES DE FRAY MIGUEL AGIA

Para que tratemos este caso concreto, primero precisamos explicar por qué utilizamos los pareceres del Fray Agia y lo que ellos nos traen al respecto de la conciencia del juez, sus embates subjetivos y jurídicos.

En 1604, Fray Miguel Agia publicó en Lima su obra, *Tratado que contiene tres pareceres graves en Derecho*. Estos pareceres son el resultado de su interpretación de la real cédula de 24 de Noviembre de 1601 en Valladolid. Esta cédula estaba dirigida al virrey, gobernador y capitán general de las provincias del Perú, Don Luis de Velasco. En ella estaban demarcadas las implicaciones sobre el trabajo indígena, tanto en el Perú cuanto en Nueva España, estableciendo normas que reprimiesen los abusos cometidos por los encomenderos a los indios en los servicios personales y en el trabajo en las minas²⁵. Los términos de la cédula, expresando la decisión de acabar con la opresión indígena, ocasionaban distintas interpretaciones que afectaban a los intereses particulares y a la organización de la economía pública de las Indias.

²⁴ Ídem, p. 8.

²⁵ FRAY MIGUEL AGIA, *Servidumbres personales de indios*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1946, p. XV.

En estas circunstancias, los virreyes de Nueva España y del Perú, solicitaron pareceres de doctores para que procediesen “dándose cuenta de las consecuencias que podía acarrear la aplicación de dicha Ley, justa y razonable en sus principios, pero quizás perjudicial en algunos pormenores, solicitaron el parecer de personas doctas y graves, para proceder con segura conciencia en lo que más razonable fuera”²⁶. Don Luis de Velasco consultó al Fray Miguel Agia por sus cualidades y conocimientos, buscando saber de él cómo la ley es entendida. El resultado de esa consulta fueron los *Tres pareceres sobre las servidumbres personales de los indios*.

Esta obra de Fray Miguel Agia está dividida en tres partes que trata en el primer parecer, de real intención y voluntad del rey acerca de lo proveído y ordenado en la real cédula; en el segundo, de la justificación de la cédula en general y en todas sus cláusulas, intentando que las leyes sean justas y así que reciban el nombre de “leyes”; y el tercero, del arbitrio que el virrey del Perú tendría sobre el cumplimiento y ejecución de la real cédula, en lo que ella preveía y ordenaba según el derecho común y para casos particulares no declarados.

Fray Miguel Agia es influenciado por la tradición medieval, por el espíritu religioso de la contrarreforma, sigue las ideas dominantes en la conciencia social del siglo XVII y creía que la institución fundamental para la sociedad era la Iglesia Católica, con sus poderes temporales y espirituales. La Iglesia Católica tiene la función de convertir, corregir y orientar, además de moderar las esferas políticas, sociales y jurídicas²⁷.

Su doctrina sobre la ciencia jurídica de Las Indias es de tendencia localista y ocasional, edificada a la medida que las circunstancias le exigen y respondiendo a los problemas suscitados en el ambiente determinado conocido por el investigador.

Fray Miguel Agia procura una armonía en sus pareceres y se guía por su doctrina católica, experiencia y observación de las realidades coloniales de las Indias. Aun considerando tantos aspectos, su doctrina no fue aceptada por todos, habiendo controversias que llevaron al franciscano

²⁶ Ídem, p. XVI.

²⁷ Ídem, p. XVI. p. 20.

a repensar algunas de sus ideas²⁸. En sus visitas, procura formar un juicio exacto de las discrepancias entre los hechos y las leyes y cuando trata de opinar sobre el trabajo en las minas, se dirige a Huancavelica para conocer el ambiente en el cual las disposiciones legislativas debían concretarse. Él admite las desigualdades sociales y encuadra cada uno de los grupos sociales en sus órdenes para la conservación del bien común.

a) La moral como un problema práctico en el trabajo indígena

La casuística y el probabilismo, surgen en ese debate sobre el problema de la obligatoriedad del servicio indígena en las minas. El virrey Don Luis de Velasco está insertado dentro del derecho canónico y jurisprudencial del siglo XVI y XVII, en la América española. La colonización de América está marcada en ese periodo por una visión prudencialista o probabilística del derecho, que presentamos anteriormente, bien diferente de la visión legalista y sistemática del final del siglo XVIII y XIX. El sistema jurídico apoyado en el prudencialismo era amparado en la acción del juez que podría juzgar siguiendo su propia conciencia. Conforme presentamos, el foro de la ley y el foro de la justicia divina estaban divididos y la única relación entre ellos es hecha en la conciencia del juez²⁹. De ese modo, acrecentando a los dictámenes de la conciencia, presentaremos esa noción por la perspectiva del problema de la legitimidad del trabajo obligatorio de los indios.

El contexto en la América española en los siglos XVI y XVII presenta una enorme novedad en el espacio, en las prácticas y en las soluciones encontradas por el derecho. El desarrollo material de la monarquía y de la economía del Mediterráneo dependía de la explotación mineral de las colonias y éstas se regulaban por ordenaciones locales y no peninsulares³⁰.

La explotación mineral y el indio que hace ese servicio es un asunto muy importante en ese periodo para la organización y

²⁸ Ídem, p. 18.

²⁹ PAOLO PRODI, *Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo entre consciência e direito*. Tradução: Karina Jannini, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 211.

³⁰ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*. Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 318.

administración de la colonia. Importante tanto para la economía, para la política, para la sociedad que se formaba de manera única y se mezclaba, para la religión que volvió a repensar la condición de la libertad y del alma, cuanto para la justicia que incluiría en su derecho, la creación de un derecho de Las Indias que se adaptase y correspondiese a las realidades y circunstancias coloniales.

Las reales cédulas, consideradas una norma legal, son preceptos casuísticos, expedidos para solucionar el caso específico, sin pretensiones de ser universales. Las situaciones concretas determinan la creación normativa y las peculiaridades de las Indias que llevan a resaltar las nociones de diversidad, mutabilidad y distancia³¹. Así, la fuerza de la concepción casuística de la ley, alteraba la actividad gubernativa demostrando también una forma de adaptación jurídica.

En virtud del propio contexto colonial y de las divergencias encontradas entre la ley y la dificultad observada, se entiende como uno de los objetivos de Fray Agia, el de procurar en la relación entre la Real Cédula y su percepción de la realidad colonial, una armonía entre los extremos e intereses. Ese equilibrio es el medio más eficaz, según su juicio, de conseguir los beneficios que la cédula aseguraba para la mejora del tratamiento indígena, manteniendo los intereses económicos de explotación y evitando las alteraciones sociales.

Como vimos con Hermann Busembaum, la conciencia es el juicio práctico de entendimiento de la razón. Ella no es hábito ni potencia, es un acto, una acción proveída del arbitrio del juez. La duda moral es resuelta en juicio consciente cuando conoce y entiende el caso del cual se tiene duda, así, la razón práctica será justa porque el juicio de la razón fue bueno y el juez prudente al buscar la experiencia. En el tercer parecer del Padre Fray Miguel Agia, podemos notar esa preocupación en ejecutar la ley por un juez consciente, por ejemplo el virrey del Perú:

³¹ AGIA, *Servidumbres...*, cit., p. 317.

(...) para que su Señoría vea si conviene, o no executarse demanera que no es nudo, o meroexecutor sin conscimiento como suelen ser los tales meros executores, sino juez arbitro pues tiene autoridad su Señoría de añadir, y quitar, alterar, mudar, remover, executar, y dexar de executar lo que viere que conviene al bien común de la Republica, como claramente lo da a entender su Magestad en muchas partes de esta Real Cedula (sic.)³².

Y en otro trecho está escrito: "que se busquen personas ydoneas y acomodadas a la gravedad delos negocios y materias de que se trata: lo qual es muy conforme a buena razón, (...) Que el que quiere de juzgar y dar su parescer y voto sobre alguna cosa, la entienda y conozca primero (sic.)"³³.

El arbitrio aparece como una duda en el parecer de Fray Agia: "si por el arbitrio general podra el señor Virrey dexar de executar, y mandar guardar las cosas que enesta Real Cedral vienen justificamente ordenandas y mandadas por su Magestad (sic.)"³⁴, y él responde advirtiendo que las leyes, aún que después de promulgadas y siendo justas, no obligan si primero no fueren recibidas por la mayor parte de la República³⁵. "Tal como la particular racionalidad jurídica de los actores que, a primera vista, puede incluso parecer fruto de un 'probabilismo', también la invocación de la virtud de la prudencia tiene que ser vista como fruto de los condicionamientos pragmáticos del mismo orden jurídico: un componente necesario de una cultura jurídica basada en fuentes dispares, sellada por el imperativo de administrar justicia material, en estos 'tiempos intensos'"³⁶.

³² Ídem, p. 115.

³³ Ídem, p. 125.

³⁴ Ídem, p. 117.

³⁵ Según el texto legal: "Para mejor resolución de esta duda se debe de notar, que las leyes aun después de promulgadas, y siendo justas no obligan a su guarda y observancia, sino es estando primero rescebidas alomenos por la mayor parte dela Republica (sic.)". Ibídem.

³⁶ THOMAS DUVE, "Algunas observaciones acerca de *modus operandi* y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano", en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 35 [2007], Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2008, pp. 195-226,

La conciencia pasa por sistemas de pruebas, lo que indica que el espacio de acción del arbitrio también posee reglas previstas y la prudencia es la virtud que orienta el discernimiento de la conciencia.

El Fray Agia menciona -como también vimos en el tratado de Hermann Busembaum- que solicitar las opiniones de otros doctores en caso de duda es algo prudente de hacer: “de todo lo qual queda bastantemente probado aver sido singular prudencia de su Magestad la ver consultado varones de semejantes calidades para establecer esta ley y Real Cedula (sic.)”³⁷. Y afirma que los consultados tienen que ser sabios y expertos. La experiencia, siempre relacionada a la prudencia y a la conciencia, es exigida para garantizar una buena sentencia así como la costumbre también es una forma de interpretar la ley y demuestra la experiencia y la práctica:

(...) aunque el señor Virrey no tiene obligación de estar atenido al parecer de muchos, no podra, empero, apartarse de todo punto del parecer y consejo, de aquellos que consultare echando por contrario camino. Principalmente si los consultados son personas de experiencia y conciencia: porque como dicho es no es supremo Legislador, o Monarcha, podra, empero, limitar, mudar, quitar, y añadir lo que le pareciere delos pareceres delos consultados, assi por la comisión que para ello le da su Magestad, como por la mucha experiencia que tiene delas cosas delas Indias (sic.)³⁸.

La conciencia es comunitaria en el siglo XVII, o sea, se manifiesta exteriormente, por ejemplo, en los testimonios y en la argumentación de las motivaciones de las sentencias y ella mantiene a todos en sus lugares. Y es la razón y el entendimiento lo que orientará al individuo a hacer el

³⁷ AGIA, *Servidumbres...*, cit., p. 121.

³⁸ Ídem, p. 124.

bien o el mal, estando consciente de que lo hace. Pero apenas el entendimiento o el ánimo no son suficientes para actuar correctamente, siguiendo la conciencia, ya que se debe compatibilizar con la legislación moral establecida en el ámbito religioso. Un ejemplo de eso ocurre cuando Fray Agia reflexiona sobre las cuestiones sociales y las referentes a la libertad de los indios. El propio rey deja claro, según la interpretación del franciscano, que su voluntad no es la de liberar a los indígenas, pero que ellos incluyan en sus cualidades, la condición de vasallos independientes de ser indios o no³⁹.

Entre las interpretaciones contrarias sobre el trabajo indígena, se encuentra la confusión hecha al respecto de las "reparticiones" y "de los servicios personales". Según el rey Don Felipe, las "reparticiones" indígenas, garantizarían libertad y pago a los servicios prestados y los "servicios personales" serían prohibidos en su uso privado y que estos cabrían entonces a los negros y mulatos⁴⁰.

La verdadera intención del rey presente en la Cédula de 24 de noviembre de 1601, no era acabar con las mitas y las "reparticiones" y sí de evitar la práctica de los "agravios y vejámenes a los indios"⁴¹. Así como también no era su intención acabar con la servidumbre indígena, concediendo libertad plena y general. El franciscano percibió que el rey quería que los indios manifestasen la servidumbre propia de vasallos que eran, manteniendo así, los beneficios que tal trabajo traía para la corona y para los "encomenderos"⁴².

De ese modo, no basta sólo llegar a una solución para la duda con el entendimiento, es necesario que esa solución, tenida en entendimiento

³⁹ Dice lo siguiente: "No fue intencion de su Magestad por esta Real Cedula dar libertad general a los índios para que sirvan, o dexen de servir se quisieren, antes ordena y manda lo contrario, manifestando en esto su intencion, la qual es que anden ocupados, sirvan en lo que deven, y están obligados como vasallos de su Magestad, como claramente se colige de lo dispuesto, y ordenado en muchas clausulas desta Real Cedula (...)(sic)". Real Cédula de 24-11-1601, Ídem, p. 29.

⁴⁰ Ídem, p. XXXIII

⁴¹ Ídem, Primer Parecer, p. 28.

⁴² Afirma el texto legal: "(...), particularmente en el proemio, en aquellas palabras (sin nota de esclavitud, ni de otra subiection, y servidumbre mas dela que como naturales vassallos deven etc.) Luego siguesse, que dela servidumbre que deven como vassallos no les exime su Magestad (sic)". Real Cédula de 24-11-1601, Ídem, p. 29.

y conocimiento, sea correspondiente y compatible con la ley moral en su esfera religiosa. O sea, no basta apenas llegar por si solo a una solución, es necesario que esa solución sea compatible con la ley moral.

La conciencia pasa a ser controlada por la religión por medio de la ley moral. Porque si la conciencia llega a una solución no moral y no religiosamente aceptada, no servirá, no será correcta. Y de esta manera que, más allá de la duda, la voluntad, la experiencia y también la libertad, la gracia y el libre albedrío, van apareciendo como relevantes y fundamentales en el estudio de la conciencia relacionada a las cuestiones jurídicas.

La conciencia está presente tanto en la Real Cédula, cuanto en los pareceres del Fray Agia y en la propia reflexión y aplicación de la norma por el virrey en su función de juez. La moral es tenida como un problema práctico porque la legalidad remite a la moralidad y termina en la remisión de la moralidad a la conciencia.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Percibimos por el análisis del tratado de teología y de la interpretación de la ley por los pareceres, que se exige del juez una profunda reflexión antes de dar la sentencia, y a su vez, no se hace necesario que el mismo juez pronuncie públicamente los fundamentos de esa sentencia, de esta manera, se observa que la conciencia del juez es un mundo cerrado al cual nadie tiene acceso.

Deliberar en conciencia significa que la decisión del magistrado se forma en su foro interno y por tanto, delimitada dentro de la teología moral, más no significa que su conciencia sea privada, por el contrario, ella es pública y posee reglas. Paolo Prodi apunta que la teología moral nace como reflexión y enseñanza relativa al foro interno⁴³, nace como una reflexión, pero se exterioriza por determinadas exigencias prácticas que también son morales. Si la práctica revela una acción justa, recta y buena, ella está reflejando la conciencia justa, recta y buena.

⁴³ PAOLO PRODI, *Uma história da justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 205.

Para Prodi, el juez perfecto es aquel que considera la moral y posee las cualidades morales personales de manera que las puede exhibir públicamente. "Aunque no se tiene una separación entre el pecado y la infracción, entre la desobediencia a la ley de la iglesia y aquella del príncipe"⁴⁴. El juez perfecto tiene que ser justo para poder sentenciar justamente. Él mira la propia relación entre las partes envueltas en el caso y ve lo que es justo entre ellas y después dice el derecho de cada una. Lo justo, buscado por el juez justo, no es encontrado en la ley, sino deducido a partir de ella. No está en la ley la justicia de los hechos, sino en la interpretación del juez a partir de esa ley y de ese hecho. El justo buscado por el juez no se encuentra en la ley, y sí en la interpretación del juez a partir de la ley y de los hechos.

Entonces, la interpretación por el arbitrio lleva a la justicia. El arbitrio delegaba en el juez la facultad de decidir determinada situación de acuerdo con la apreciación que el juez realizaba de las circunstancias, de las cosas y de las personas. O sea, el arbitrio es la facultad de decidir un caso de acuerdo con la apreciación de circunstancias y para la moderación de sus decisiones sobre hechos y leyes.

El acto de juzgar, siendo manifestación de un poder político, puede ser observado en este pasaje de Prodi: "la obligación de obedecer la ley no depende de los contenidos de ésta, sino deriva de la propia característica de la ley positiva, que produce un orden 'artificial' insertado en el arte de gobernar: es el propio príncipe, sea él el papa o el soberano secular, que, poseyendo el poder coactivo, puede transformar la ley natural en ley positiva, manteniendo su capacidad de vincular la conciencia"⁴⁵.

La administración de la justicia, se vincula al poder y a la *epieikeia* como poder interpretativo de la ley por parte del juez, referente a una moderación en la interpretación de la ley que encuentra su fundamento apenas en el poder y en la benevolencia del príncipe⁴⁶.

La cuestión del siglo XVI y XVII no se produce apenas en la definición de la relación entre la ley canónica, religiosa, civil y humana, sino también en conocer cuál es el concepto de justicia en una sociedad

⁴⁴ Ídem, p. 182.

⁴⁵ Ídem, p. 216.

⁴⁶ Ídem, p. 171.

que no se define claramente. Para conocer el sentido común de justicia justa o injusta de naciones católicas, se hace preciso relacionarlas con la noción de Estado y sus instituciones. Tal relación creó conflictos y la conciencia de equidad contrasta con el precepto de Estado moderno. Del mismo modo, queda cada vez más evidente según Giovanni Levi⁴⁷, la contradicción entre el poder del juez en la aplicación equitativa de la norma y la seguridad del derecho. En esto consiste la ambigüedad de las formas jurídicas de ese periodo y también sus particularidades. Por ejemplo, la existencia de las controversias y del universo de opiniones tanto de juristas cuanto de teólogos.

Dentro de este debate político y jurídico, Levi explica que la intervención de la jurisprudencia en la elaboración del derecho, permitiendo las interpretaciones, presenta la conciencia de la imposibilidad de que exista apenas una interpretación del texto legal o de los acontecimientos y muestra que la relación entre la aplicación e interpretación de las leyes, caracteriza una forma particular de la historia cultural de los países mediterráneos. La interpretación, el libre albedrío y la conciencia se muestran relevantes para el derecho desde la lectura de la ley, la percepción del hecho y de la realidad y la sentencia dada después de considerar todas las posibilidades.

Tanto Giovanni Levi como Víctor Tau Anzoátegui acentúan la desconfianza que las leyes universales traían por los testigos de Las Indias y expresivos de una variedad y diversidad de pueblos, gente, opiniones, marcando profundamente la contraposición entre las leyes generales y particulares.

En el derecho común por la interpretación, una característica esencial del juez prudente es la de conferir significados a las normas y de tornarlas aplicables a la realidad. Él moldea la forma de entender el derecho que va más allá del proceso de normalización, incluyendo los resultados que obtiene de sus reflexiones como intérprete, considera los

⁴⁷ GIOVANNI LEVI, "Reciprocidad mediterránea", en *Hispanica*, LX/1, núm. 204, Madrid, 2000, pp. 103-126.

usos y las prácticas, creado de manera arbitraria o convencional el modo de comprensión y adapta todo eso a las cosas del mundo específico⁴⁸.

El juez juzga las acciones humanas y las juzga porque son externas, una vez que las intenciones quedan guardadas en el corazón de cada individuo. Y analizamos sus intenciones al adentrarnos en los argumentos que justifican la elección hecha a conciencia. Los autores medievales se preocupaban con eso y desarrollaron a partir de ese principio, una investigación ética, concluyendo que "si el acto moral y el libre albedrío consiste siempre en la elección de los medios para llegar a un fin, entonces el conjunto de las acciones humana -aunque no se tenga conciencia clara de eso- es orientado con vistas a un fin deseado. Ese fin será la felicidad, que sólo puede ser obtenida por la unión con el Bien Supremo o Dios"⁴⁹.

En esta investigación estamos percibiendo la importancia de la voluntad que escoge, moralmente y en libertad, el fin que se desea. Ese fin es religioso y libertador, una vez que es por medio de la conciencia que los hombres se relacionan con Dios y de acuerdo con Tomás de Aquino en *Suma Teológica*, aunque la razón esté equivocada, el individuo debe seguirla, pues es ella quien determina la conciencia y la conciencia es la sede de su libertad, no seguirla significa deshacerse de su libre albedrío. Y para seguirla de manera cierta, aún dentro del foro interno, tendrá que tener como finalidad la concordancia con la religión.

Durante el acto de juzgar, en el dinamismo interior que produce acciones libres y éticas cuando la razón y la voluntad son puestas una al lado de la otra con la finalidad de visar la acción práctica, la razón se comporta como la causa formal y final, cabiendo a la voluntad el papel de la causa eficiente⁵⁰. De esa forma, cuando actuamos, es la razón quien nos presenta la finalidad de la acción y su forma, o sea, su naturaleza, y es la voluntad que incita a actuar. En el acto de juzgar la interpretación y el arbitrio son importantes en la dinámica jurídica entre la doctrina y la

⁴⁸ MARTA LORENTE, "La cultura del derecho común (siglos XI-XVIII)", en MARTA LORENTE y JESÚS VALLEJO (coordinadores), *Manual de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 76.

⁴⁹ JUVENAL SAVIAN FILHO, "O Tomismo e a Ética: Uma Ética da Consciência e da Liberdade", en *Bioethikos - Centro Universitário São Camilo [online]*. 2008, núm. 2, pp. 177-184.

⁵⁰ Ídem, p. 182.

práctica, aproximando la teología del derecho. Y entre los mecanismos administrativos de reciprocidad la equidad garantiza que hacer cumplir la ley es garantizar lo que es justo para cada uno, de forma que la equidad no es sinónimo de igualdad e implica relaciones móviles, flexibles y si es flexible, es capaz de favorecer a los intereses políticos, esto puede ocurrir por que la justicia es hecha por hombres y no por leyes.

Esta noción de equidad está en la base de la compleja casuística jurídica que gobierna el mundo colonial, expresada, por ejemplo, en la máxima: "la ley se acata pero no se cumple". Los juicios morales, entre las causas y las leyes y las opiniones, los motivos y circunstancias, convierten los asuntos morales, jurídicos o políticos en problemas de intencionalidad, de comunicación y de subjetividad.

Definida como la potestad 'para declarar el derecho y establecer la equidad', la noción de *jurisdictio* designa tanto el poder 'público' para resolver una controversia (declarando el derecho) como el de dictar preceptos generales a partir de aquel campo normativo trascendente (estableciendo la equidad). La sentencia (quasi *particularis lex*) y la *lex* (la costumbre, el estatuto, la ordenanza, etc.) son actos de jurisdicción y como tales su virtud normativa consiste en reflejar, en un contexto específico, algún aspecto del orden trascendente. (...) La dinámica jurídica se representa así como una actividad esencialmente interpretativa que tiene siempre como referencia aquel orden trascendente (divino, natural, orden de ruda equidad) que determina el marco de posibilidad de un derecho humano de carácter general o particular (equidad constituida) (sic.)⁵¹.

De esta forma, el acto de juzgar no implica apenas la decisión final y la sentencia dada por el juez, sino también todo lo que está envuelto en este proceso de decisión, como las leyes, las costumbres, las opiniones comunes y controversias, las dudas y principalmente la prudencia y el arbitrio del juez en su interpretación casuística.

⁵¹ ALEJANDRO AGÜERO, "Las categorías básicas...", cit., pp. 19-58.