

con dedicación exclusiva. El autor la define como aquella en que el jurista se dedica esencialmente a las tareas universitarias de estudio, elaboración y divulgación del conocimiento. Si bien como tal ha existido desde el nacimiento del derecho romano-canónico, el autor recalca que en las últimas dos centurias dicha opción ha estado preferentemente ligada al liberalismo político y la construcción de estados democráticos.

Para el caso mexicano, esta opción tuvo un desarrollo primero en el Instituto de Derecho Comparado, que luego derivaría en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que, bajo la dirección de Héctor Fix Zamudio, daría un giro hacia el derecho público y a la formulación de reformas en aras de la democratización de los ordenamientos jurídicos no solo en México, sino en gran parte de América Latina.

En resumidas cuentas, este libro constituye un valioso aporte tanto a la historia de la formación del estado mexicano como para los iushistoriadores, que en él encontrarán ideas, datos, bibliografía y sobre todo un modelo a replicar a la hora de investigar la cultura de los abogados en el marco de los derechos nacionales. Digno de felicitación es usar un aniversario para sentarse a discutir sobre problemáticas siempre presentes en el ejercicio profesional.

FELIPE WESTERMEYER
Universidad de Chile

DUVE, Thomas, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum "ius singulare" und den "privilegia miserabilium personarum, senum" und "indorum" in Alter und Neuer Welt* (Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2008), 358 págs.

Hace ya algunos años vio la luz esta importante obra, pero su relevancia nos exime, parcialmente al menos, de tener que excusarnos del hecho de hacernos eco de ella con excesiva morosidad (imputable, en todo caso, tan solo a quien suscribe estas líneas). En efecto, este libro no es sino el resultado del trabajo de habilitación de su autor (en la actualidad, Director del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Francfort del Meno), admitido en la Universidad de Munich en el semestre de invierno de 2004/2005, ampliado y puesto al día al momento de su edición. El objeto de la obra es, como su título indica con toda claridad, nada menos que el concepto de *privilegium* en el seno del *Ancien Régime*, o para ser más concretos en sus primeros siglos (lo que últimamente, tal vez por influencia de la historiografía anglosajona, tiende a denominarse "temprana Edad Moderna" o "primera Modernidad", *Early Modern Ages*). El libro venía, no obstante, precedido por una buena serie de trabajos previos de su autor, fruto de una ya amplia experiencia investigadora tanto en Alemania como en Argentina, lo que le ha permitido aportar a la obra un especial sesgo centrado en la experiencia jurídica de la Hispanoamérica colonial, lo que la hace particularmente interesante para los potenciales lectores de esta publicación. Efectivamente, el autor ha hecho también muy interesantes aportaciones a la conceptualización de este fenómeno, de crucial importancia para la comprensión de la historia del Derecho tanto europeo como, quizás aún más, indiano. Entre estas publicaciones pueden citarse como las más destacables a este último respecto, v. gr. "La condición jurídica del indio y su consideración como *persona miserabilis* en el Derecho indiano" (en M. Losano [ed.], *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milano, 2004, pp. 3-33), "El *privilegio* en el antiguo

régimen y en las Indias. Algunas anotaciones sobre su marco teórico legal y la práctica jurídica” (en B. Rojas [ed.], *Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas*, México, 2007, pp. 29-43); “Los privilegios de los indios: ¿Derecho local?” (en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, vol. 1., Córdoba/España, 2005, pp. 111-130); y “Las Casas in Mexico. Ein Fall zu Kirche und Staat, zu Recht und Macht und der Rechtsfindung in der Frühen Neuzeit” (en U. Falk [ed.], *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, München, 2008, pp. 178-196). El libro que nos ocupa viene a sintetizar los resultados obtenidos de esas investigaciones previas, junto con una ampliación a otros casos de situaciones privilegiadas en el Antiguo Régimen distintos del de los indios de la América colonial española, que constituye, con todo, el centro de atención principal también en este volumen.

El trabajo presenta, sin duda, una considerable ambición científica, en la medida en que trata de ofrecer una contribución a aclarar el significado político y jurídico-normativo del término “privilegio”, entendido como “derecho especial” (*Sonderrecht*), en el seno de la doctrina del *ius commune* y la legislación de las monarquías europeas desde fines del siglo XV al XVII, lo que viene a equipararse a tratar de esclarecer la propia “*intima philosophia*” del *Ancien Régime*, en la medida en que, como bien indica el mismo autor, el privilegio constituye algo así como la columna vertebral o la médula del cuerpo político y del orden jurídico de los territorios europeos anteriores a las revoluciones liberales, extendidos, corregidos y aumentados, a los territorios de Ultramar sometidos al régimen colonial (véase a este respecto, del propio A., “Sonderrecht in der Frühen Neuzeit”, en *Mitteilungen des Sonderforschungsbereichs ‘Pluralisierung und Autorität in der Frühen Neuzeit, 15.- 17. Jahrhundert’* 1/2007, p. 37, y también la “Introducción” de B. Rojas a la obra editada por ella, *Cuerpo político y pluralidad de derechos*, citada más arriba, pp. 13 ss.), hasta el punto de que tanto la Ilustración, primero, como los movimientos revolucionarios, después, se articularon justamente como reacción a la prevalencia del privilegio. Como nos señala el autor (pp. 12 ss.), el concepto de “privilegio” resultaba para los propios juristas del *ius commune* un concepto escurridizo, del cual nunca llegaron a perfilar una definición inequívoca, seguramente a causa de su extremada diversificación, derivada de la construcción casuística del Derecho europeo preilustrado, pero también a las propias condiciones económico-sociales del Antiguo Régimen, basadas en la idea de la esencial desigualdad entre los hombres (a pesar del germen de igualitarismo contenido en el mensaje evangélico, pero negado de hecho por la concepción platónico-agustiniana del orden político-social operante en la práctica). El Derecho tardomedieval y protomoderno era, en efecto, un “cielo poblado de privilegios” –como reza una gráfica metáfora de Stutz–, una idea que los juristas contemporáneos no acertaban bien describir y que los historiadores modernos han tenido que conformarse con catalogar como de “infinitud conceptual” (cfr. H. Mohnhaupt, “Die Unendlichkeit des Privilegienbegriffs”, en B. Dölemeyer e id. [eds.], *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Frankfurt a. M., 1997, pp. 1-12). De ahí que proliferaran los tratados sobre la teoría del privilegio (de entre los que destaca, a juicio del A., el de Georg A. Enenkelius, *De privilegiis iuris civilis libri tres*, 1606) – que tendrían gran influencia en los juristas indios de los siglos XVI y XVII –, pero que no consiguen mucho más que hacer enumeraciones de *causae* motivadoras de la concesión de privilegios y establecer *divisiones* o *species* de privilegios (Enenkelius llega a distinguir hasta 72 casos de uso en las fuentes del término *privilegium*). La base jurídica sobre la que los autores del *ius commune* solían fundar la existencia de los privilegios era el texto de Paulo contenido en D. 1.3.16 (*Ius singulare est quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem*,

auctoritate constituentium introductum est), pero este texto estaba referido justamente al *ius singulare* (lo que viene a equivaler a *beneficium*), que para los romanos era algo sustancialmente diferente del *privilegium*; de hecho, los juristas romanos permanecieron tradicionalmente apegados a la norma decenviral '*privilegia ne inroganto*' (XII Tab. 9, 1), ya que se entendía que, por regla general, el *privilegium* se irrogaba "contra alguien", y servía más bien para aludir a las prerrogativas abusivas de individuos, cargos o clases. Con todo, la ambigüedad de los usos del término en las fuentes permitió que, sin hacer demasiada violencia mental, pudiera constituir una fuente de autoridad legal sobre la que basar la preeminencia de las situaciones privilegiadas en el mundo jurídico medieval y moderno, y tanto más aún en el espacio sociopolítico colonial, en el que las diferencias entre sujetos y grupos sociales era aún más acusada que en la metrópoli. De ahí que se llegara a la paradoja de que lo que para los juristas romanos constituía una institución nefanda contraria a la igualdad jurídica consagrada ya desde las Doce Tablas, para los juristas modernos pudiera reconducirse a la máxima '*Summa omnium privilegiorum causa et finis est aequitas*'. A dar cuenta de esta transmutación, y la operatividad de la misma en el seno de la sociedad europea y americana de inicios de la Edad Moderna, está dedicado fundamentalmente este sólido y denso volumen.

La originalidad del planteamiento de la obra (cuyo objeto, como ha podido ir viéndose someramente en las líneas anteriores, no es ni mucho menos nuevo en el contexto de la historiografía jurídica de los últimos años) se encuentra en el hecho de afrontar la conceptualización del fenómeno del privilegio (entendido modernamente como expresión máxima del *ius singulare*) desde la óptica de la praxis, y en concreto del juego de la figura en el caso particular de las *personae miserabiles* – solo uno, en todo caso, de los múltiples supuestos de sujetos privilegiados según la doctrina supra mencionada de Enkelius. Como es sabido, esta noción de *persona miserabilis* también tiene un origen romano, arrancando de una constitución del emperador Constantino del 334 (Cod. Iust. 3,14,1) en que se dan ciertos privilegios procesales a huérfanos, viudas y enfermos crónicos; sin embargo, los juristas del *ius commune* (tanto civilistas como, sobre todo, canonistas), tomando este texto como base, ampliaron la noción –tanto en intensidad como en extensión– hasta el punto de abarcar un abanico inmenso de tipos de personas que, por una razón u otra, se consideraban que inspiraban compasión '*propter iniuriam fortunae*' y, en consecuencia, precisaban de una especial protección (vid. pp. 40 ss. del libro que comentamos). El ejemplo de las *personae miserabiles* representa, por tanto, un campo de pruebas particularmente significativo del juego del concepto de *privilegium* en el ordenamiento preliberal, ya que contribuye a perfilar mucho mejor el verdadero sentido que esta idea tenía en el seno de aquella sociedad, ya que, en este caso, la existencia del privilegio no puede conceptuarse, al modo liberal, como un instrumento de opresión al servicio de los estamentos dirigentes de la comunidad, sino como un mecanismo efectivamente equitativo (aunque de cierto sometido al arbitrio poco controlable del juez estamental, véase a este respecto también del A., "Algunas observaciones acerca del *modus operandi* y la prudencia del juez en el Derecho canónico indiano", en *RHD.*, 35, 2007, pp. 195 ss.).

Con todo, un estudio de la operatividad del concepto de privilegio o "derecho especial" con relación a la totalidad de los casos reconocidos de *personae miserabiles* hubiera convertido la obra en un texto inmanejable y, seguramente, de dudosa utilidad: de ahí que el A., juiciosamente, haya limitado el campo de su investigación a dos supuestos específicos de tales *personae*, los ancianos (*senes*) y los aborígenes de los territorios de la América colonial española (*Indi*), a los que dedica la mayor parte de las observaciones del

volumen. El título, en consecuencia, puede resultar a primera vista un tanto engañoso, porque, tras la referencia general al “derecho especial en la primera modernidad”, se especifica que el verdadero objeto del libro es el *ius singulare* y los privilegia “*miserabilium personarum, senum und indorum*”, lo que puede hacer pensar, a primera vista, que *ius singulare* y *privilegium* son cosas distintas, lo que en realidad no sucede a juicio del A. (lo que ha sido resaltado, en sentido crítico, por W. Brauneder, en su recensión de este libro en *H-Soz-Kult*, online: <http://www.hsozkult.de/publicationreview/id/rezbuecher-11375>), y también que hay una distinción entre *personae miserabiles*, por un lado, y *senes e Indi*, por otro, lo que tampoco es cierto, ya que estos no son sino dos especies, entre otras muchas, de las categorías de *personae miserabiles* reconocidas por el *ius commune*, y es sobre ellas exclusivamente sobre las que versan las explicaciones de este libro, con la salvedad de algunas reflexiones generales referidas a la noción de “derecho especial” (*Sonderrecht*, entendido en la temprana Edad Moderna tanto como *ius singulare* cuanto como *privilegium*), así como al significado de la expresión “*persona miserabilis*” en la doctrina del *ius commune*.

El libro queda dividido, así, en cinco partes que van abordando todas estas cuestiones. La primera (pp. 1-38) está dedicada a la explicación del concepto de *ius singulare* en el Derecho de la primera Edad Moderna, partiendo del conocido caso de la petición de Bartolomé de las Casas (en su calidad de obispo de Chiapas) junto con otros dos obispos de la América hispana, dirigida al presidente de la Audiencia de los Confines el 19 de octubre de 1545, bajo amenaza de excomunión en caso de no atenderse, de reconducir todos los casos judiciales referidos a los indígenas del reino a la jurisdicción eclesiástica, con base en su condición de *personae miserabiles* (vid. también el trabajo del A. “Las Casas in Mexico”, citado *supra* en el texto) en tanto que sujetos privilegiados. A partir de este caso paradigmático, el A. redirige su mirada hacia la noción de *ius commune* y *privilegium* en el Derecho europeo del *ius commune*, con interesantes reflexiones de orden general en relación con el sentido del “derecho especial” en el seno del Antiguo Régimen.

La segunda parte (pp. 39-144) se centra en la cuestión del concepto de *persona miserabilis*, a partir de los desarrollos de la jurisprudencia europea medieval sobre la base de los textos romanos, y en ella se aclara la conexión existente entre categoría de “persona miserable” y jurisdicción eclesiástica, que es la que motiva el caso que sirve de introducción práctica al trabajo (en este sentido puede verse también el trabajo posterior del A. “La jurisdicción eclesiástica sobre los indígenas y el trasfondo del Derecho Canónico universal”, en A. Zaballa de Beascoechea [ed.], *Los indios, el Derecho canónico y la justicia eclesiástica en la América Virreinal*, Madrid/Frankfurt a M., 2011, pp. 29-45).

La tercera (pp. 145-248) es probablemente la que puede resultar de mayor interés para los estudiosos del Derecho indiano, ya que está dedicada específicamente al estudio de la *persona miserabilis* como categoría de sujeto sometido al “derecho especial” y, por tanto, titular de privilegios. Tras una reflexión general en torno a los privilegios que la doctrina del Derecho común concedía a quienes se integraban en dicha categoría (con atención a los fundamentales tratados de Giovanni Maria Novario, *Tractatus de privilegiis miserabilium personarum*, 1623, y de Gabriel Álvarez de Velasco, *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, 1630), el A. acaba centrándose en las figuras de los ancianos (*senes*, sobre los cuales cfr., también del A., “Venerables y miserables. Los ancianos y sus derechos en algunas obras jurídicas de los siglos XVII y XVIII”, en *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*, vol. 1, Lima, 2009, pp. 367-388) y, sobre todo, de los indios, que pudieron ser integrados en la categoría de *personae miserabiles* con base en su absoluta ignorancia de las costumbres y las leyes europeas, y

también de las verdades de la fe cristiana, por lo que podían ser equiparados a rústicos y neófitos, desde mucho tiempo antes considerados ya como categorías propias de *personae miserabiles* (vid., también del A., “Derecho canónico y alteridad indígena: los indios como neófitos”, en W. Oesterreicher/R. Schmidt-Riese, *Esplendores y miserias de la evangelización de América. Antecedentes europeos y alteridad indígena*, Berlin/New York, 2010, pp. 73-94). De ahí que estas obras de los autores del *ius commune* tuvieran una extraordinaria aceptación entre los juristas indios hispano-americanos de la Edad Moderna.

Las dos últimas partes del libro son mucho más breves y presentan un carácter más teórico-dogmático. La cuarta (pp. 249-267) se dedica a la transición del Antiguo Régimen a la Modernidad propiamente dicha, esto es, las vías a través de las cuales la noción de *ius singulare* y *privilegium* fueron transformándose en el “derecho especial” (*Sonderrecht*) en el sentido moderno, a través las discusiones de la doctrina jurídica europea de los siglos XVI y XVII. El concepto central a este respecto es el de *aequitas*, que constituyó la base de fundamentación teórica de esa noción de “derecho especial” que pudo encontrar un significado específico en el Derecho moderno. La quinta y última parte (pp. 269-274) se limita a presentar una panorámica actual del significado del “derecho especial” en la ciencia jurídica contemporánea y trata de ofrecer un esbozo de definición del “derecho especial” en el marco del Derecho de la primera Edad Moderna. Para el A., el *privilegium* funcionó en el Antiguo Régimen de los siglos XVI y XVII como una forma de pensar, una categoría útil para ordenar la información jurídica producida por una pluralidad de fuentes del Derecho, que no puede encerrarse en una totalidad sistemática como en el Derecho postracionalista actual, pero que sí comparte, empero, rasgos comunes con el “derecho especial” moderno, en la medida en que ambos sirven para limitar la aplicabilidad general e indiscriminada de normas dictadas por un poder teóricamente “absoluto” (lo que remite al concepto de “absolutismo jurídico” de Paolo Grossi, característico del Derecho moderno frente a la apertura y flexibilidad casuística del orden jurídico premoderno) en nombre de un cierto concepto de *aequitas*.

El libro se cierra con un breve epílogo (Nachwort, pp. 275-280), donde apunta un buen número de consideraciones teóricas en torno al potencial cognoscitivo respecto al funcionamiento de la sociedad del *Ancien Régime*, y específicamente de la sociedad de la América colonial, que ofrece el concepto de *persona miserabilis*, como un buen ejemplo de legal transfer, que hoy resulta de tanta actualidad en el campo del Derecho comparado y, por ende, también de la moderna *comparative legal history*, y señala, con muy buen criterio, la enorme expansibilidad del tema y la gran cantidad de cuestiones que quedan aún abiertas a la investigación futura (como el mismo A. se ha encargado de demostrar en algunas de sus aportaciones posteriores que hemos ido mencionando a lo largo de estas páginas).

Nos encontramos, pues, ante un trabajo de enorme envergadura, que, a pesar del tiempo transcurrido desde su publicación, sigue siendo perfectamente actual e insustituible tanto a la hora de enfocar los aspectos teóricos referidos a la noción de “persona miserable” en el *ius commune* de la Modernidad como de abordar un gran número de cuestiones particulares del Derecho indiano.

FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS
Valladolid