

EL DERECHO INDIANO, DEL DICHO AL HECHO  
*La subsistencia del derecho premial en la mentalidad de los conquistadores y  
beneméritos*

Alberto David Leiva

De acuerdo al primitivo diseño organizativo de la sociedad indiana, las primeras gobernaciones establecidas en las Indias Occidentales, tuvieron un origen previamente convenido en las capitulaciones firmadas entre la Corona y los vasallos que cruzaron el océano. Lo mismo sucedió con los corregimientos y los pueblos de españoles, que se fundaron también cumplimentando lo estipulado en las capitulaciones.

El reconocimiento jurídico de los actos meritorios a favor de la Corona, articulado en lo que voy a denominar "Derecho Premial", proponía una estructura de recompensas para el proceder heroico, noble o benéfico de los vasallos en virtud de aquella formulación, siempre muy claramente expresada<sup>1</sup>.

Detrás de esperanzadores premios y alentando expectativas señoriales, los vasallos partían a las Indias con la esperanza de servir a Dios y al rey.

Utilizo la expresión Derecho Premial, retomando una terminología propuesta hace años por el distinguido estudioso chileno recientemente fallecido D. Luis Lira Montt<sup>2</sup>; y me veo obligado a puntualizar esto, por cuanto desde los años setenta del siglo pasado, especialmente en Italia y también en algunas naciones sudamericanas, la doctrina jurídica viene usando la expresión "Derecho Premial" para designar una serie de medidas de política criminal, básicamente consistente en beneficios dispensados a delincuentes colaboradores de la Justicia en calidad de arrepentidos; concediéndoles sobre todo rebajas de pena, en temas tales como tráfico de drogas, lavado de dinero, corrupción administrativa y terrorismo<sup>3</sup>.

*La mentalidad de los conquistadores y beneméritos:*

Así como los derechos reconocidos al vasallo se originaban en una contraprestación previamente estipulada, el compromiso contractual entre la Corona y el conquistador, plasmado en las capitulaciones, incluía el derecho a recibir una recompensa en caso de que la empresa resultara exitosa. La Corona muy raras veces ayudó materialmente a los conquistadores. Generalmente solía estipular la consecución de lo prometido por los futuros expedicionarios como condición previa al cumplimiento de sus propias obligaciones; cumplimiento que los interesados nunca pudieron conseguir de inmediato.

Hay que recordar, sin embargo, que desde Colón en adelante, todos los que habían capitulado para encarar la empresa americana, se vieron forzados a suplicar al rey el cumplimiento de las mercedes prometidas, comprobando que en la práctica las

---

<sup>1</sup> El estatuto privilegiado de los conquistadores se enuncia por vez primera en las instrucciones para la segunda Audiencia de México del 12 de julio de 1530.

<sup>2</sup> Lira Montt, L. (2005) *El estatuto jurídico de los beneméritos de Indias*, en Revista Hidalguía número 310-311. Págs. 305 s.s.

<sup>3</sup> Un caso similar, quizás aún más dramático, se viene dando con el uso de la expresión "redes sociales", que los historiadores seguimos utilizando, y que ahora mayormente evoca a sitios de Internet y otras relaciones virtuales, creados para facilitar las relaciones entre usuarios.

capitulaciones contenían muchas obligaciones fácilmente exigibles al mandatario y difícilmente exigibles al mandante.

Como contrapartida, tampoco pudo el rey obtener un estricto cumplimiento de las cláusulas a cargo de sus súbditos. Como ha hecho notar el gran historiador venezolano José Antonio de Armas Chitty, "ya en América, el expedicionario, que muchas veces ni siquiera conocía el derecho que le asistía, se modificaba sociológicamente, se sentía centro de todo". Nadie se sentía en América con más derechos que los conquistadores y los beneméritos.

Luis Lira Montt señala que por "beneméritos" o "beneméritos de Indias" debe entenderse a los descubridores, conquistadores y primeros pobladores y sus descendientes, aunque también a los individuos que prestaron servicios insignes después de la conquista o hubiesen casado con hijas, nietas, etc., de conquistadores.

Hay una relación directa entre las aspiraciones señoriales en la primera generación de la conquista y la vitalidad del derecho premial en las vivencias colectivas. En Castilla los títulos todavía eran focos de resistencia a la unidad política española que llevaba adelante la corona de Castilla, y el rey optó por retenerlos en su persona para evitar efectos disgregantes; pero en el Nuevo Mundo los beneméritos seguían abrigando esperanzas en la obtención de "feudos", "señoríos" y "vasallos a perpetuidad", de manera que durante los primeros años del siglo XVI, evocando el precedente inmediato de las Islas Canarias, la Corona se dedicó a ir ajustando de manera progresiva la clase de premio conferido a los conquistadores. Contemporáneamente, se instalaba con fuerza creciente en la cultura ibérica una nueva mentalidad, que hoy identificamos como Derecho Natural, nacida en las aulas universitarias de Salamanca y Coimbra.

Este Derecho Natural, ha sido también llamado Escolástica Tardía; denominación que da la sensación de que se tratase de una supervivencia; de un movimiento retrasado.

Pero en realidad los teólogos-juristas no fueron figuras epigonales. Entre Santo Tomás y ellos corrieron tantos años y pasaron tantas cosas, que bien podría hablarse de una renovación escolástica. Hay que puntualizar que en realidad el español fue un humanismo cristiano rigurosamente contemporáneo a la realidad de los siglos XVI y XVII, y precursor en muchos aspectos a la época en que se desarrolló. La más destacada nota de los escritores de este ciclo es que en buena medida se adelantaron a su tiempo, por la originalidad con que supieron esbozar teorías y disciplinas jurídicas que hoy se tienen por muy modernas.

España constituía en ese momento el centro intelectual de la civilización occidental. No debemos olvidar que los últimos años del siglo XV y la primera mitad del XVI, encierran la más honda transformación histórica vivida por Europa después de las invasiones bárbaras sobre el Imperio Romano de Occidente.

Por aquellos días, el prestigio de Salamanca atraía hacia sí una confluencia de estudiantes de todo el ámbito peninsular, e incluso europeos e indios en proporciones superiores a cualquier otra universidad hispana de la época. Todavía en pleno siglo XVI, la monarquía del Siglo de Oro conservaba el recuerdo de la muy antigua obligación medieval de mantener al reino en justicia. Por sobre todo arbitrio personal, el rey debía acatar las leyes; pero además se consideraba obligado al cumplimiento del derecho natural, y estaba decidido a gobernar con el consejo de varones prudentes.

Cumpliendo con la antigua obligación de aconsejar al señor, los mejores vasallos le señalaban problemas y ofrecían soluciones.

Desde el punto de vista jurídico, la instalación del Derecho Natural en Indias encontró un fuerte contradictor en la mentalidad de los conquistadores y beneméritos, debido a la subsistencia del Derecho Premial.

Fuera de la realidad americana, el rey en Castilla acostumbraba a formar juntas de teólogos y juristas para tratar cuestiones muy importantes y descargar su real conciencia,<sup>4</sup> y aplicó el mismo procedimiento para dilucidar los problemas americanos. Cuando se convocó a la primera Junta de teólogos referida a temas americanos, la convocatoria dio como resultado Las Leyes de Burgos de 1512.

Las ideas de los teólogos-juristas se enseñaban en las aulas universitarias y se pregonaban desde los púlpitos. Se hicieron carne en el pueblo español formando una conciencia colectiva en España y casi enseguida fueron llegando a América.

Aunque la política real -dirigida a legislar la abolición del carácter hereditario de las encomiendas e impedir el maltrato de los indígenas- fue secundada en Indias por sacerdotes y funcionarios llegados de España, el proceso de enfrentamiento se prolongó durante más de una generación.

Los colonizadores americanos consiguieron prolongar durante años su autonomía en los lugares más alejados de los centros de poder político de la monarquía.

Dentro del inmenso territorio adjudicado al Virreinato del Perú, fue especialmente dramático el caso del Paraguay, donde Domingo Martínez de Irala "estaba precisado a adelantar el descubrimiento y conquista, y le era imposible hacerlo con unos soldados a quienes el rey no daba honores, sueldos, armas ni municiones, ni aun vestuario ni cosa alguna: ni Irala podía proporcionarles nada de eso en un país que no conocía metales ni fruto precioso".

Los beneméritos, aferrados a la dinámica vasallática propia de la sociedad estamental, se vieron finalmente obligados a resignar los privilegios acordados con el rey y por su parte la Corona, apoyada por los teólogos-juristas, siguió poniendo todo su esfuerzo en la materialización legislativa de la protección de los indígenas. Hoy, cuando el Derecho enfrenta más que nunca nuevas situaciones; brota de aquella confrontación tal atmósfera de contemporaneidad, que comprendemos claramente que todo pasado es prólogo.

### *la imagen social del abogado*

Al producirse la colonización del Nuevo Mundo, los prejuicios contra los abogados, acuñados en la Baja Edad Media fueron automáticamente reutilizados; aunque enriquecidos con la experiencia local. No es de extrañar que existiesen entre los beneméritos personas muy interesadas en presentar al abogado como un perturbador de la sociedad, una persona conflictiva, dedicada a generar problemas, más que a solucionar conflictos. En la segunda mitad del siglo XVI, a partir del reinado de Felipe II, los abogados representantes del grupo social de burócratas educados, finalmente desplazaron a la alta nobleza en el servicio de la monarquía española.

---

<sup>4</sup> Como fue, por ejemplo, la que presidió en Salamanca Fray Hernando de Talavera para analizar la propuesta de Colón, o la que trató sobre la nulidad matrimonial que pretendía Enrique VIII.

La obra de Juan del Corral Calvo de la Torre, mas citada que conocida, es un fiel reflejo de las vivencias colectivas del Derecho en su remoto rincón indiano, y sirve para conocer -y comprender- la mentalidad jurídica predominante en un tiempo de transición.

En términos generales, refleja las mismas experiencias del Derecho que las que nos muestran los escritos del resto de los juristas indianos<sup>5</sup>, pero también tiene espacio para las naturales diferencias de lugar, reflejando Corral Calvo en alguna medida su experiencia de la vida judicial<sup>6</sup> que; como se sabe, era de por sí muy difícil de transmitir, debido al acusado casuismo en que permanecía el Derecho Indiano en la época en que escribió la obra.

La vida en el Nuevo Mundo no supuso la desaparición de formas jurídicas medievales, que se encontraban todavía vigentes en Europa al momento de ocurridos los hechos narrados. La Corona Española reprodujo en los adelantados y las encomiendas, formas jurídicas que habían resultado ser exitosas en sus tiempos y lugares – Baja Edad Media, Meseta Castellana y llanura extremeña-; contemplando las diferentes realidades de las poblaciones americanas. El Adelantamiento figura tempranamente en las capitulaciones de Santa Fe de 1492. Adelantado Hombre antepuesto, distinguido o preferido. El gran historiador mexicano Silvio Zabala, notando la similitud de las capitulaciones con las cartas pueblas dijo que eran el primer fuero de las villas fundadas.

Con el paso del tiempo, según ha destacado Sergio Núñez y Ruiz Díaz, las “ordenanzas” de los cabildos fueron consolidando un verdadero “derecho estatutario capitular”, asimilable en su concepto a los “fueros municipales” de las ciudades castellanas. Dicha fuente jurídica puede apreciarse en las Actas de los Cabildos de las diversas ciudades indianas, y que hasta la fecha no han sido investigadas de manera sistemática, teniendo en cuenta que se trata de un orden jurídico particular – el del Derecho Indiano - en el cual los hechos o casos particulares llegaron a ser generadores del derecho.<sup>8</sup>

La corona confirió a sus vasallos todos los beneficios compatibles con su soberanía. No olvidemos que las Indias, fueron continuadoras de las múltiples instituciones del Reino de Castilla, por pertenecer a dicha monarquía con carácter de “señorío”, según nos refiere Ricardo Zorraquín Becú en su obra “La condición política de las Indias”<sup>3</sup>.

Sabemos que en Castilla el rey optó por retener los títulos en su persona para evitar efectos disgregantes; pero en el Nuevo Mundo los beneméritos seguían abrigando esperanzas en la obtención de " feudos ", " señoríos " y " vasallos a perpetuidad ", de manera que durante los primeros años del siglo XVI, evocando el precedente inmediato de las Islas Canarias, la Corona se abocó a ir ajustando de manera progresiva la clase de premio conferido a los conquistadores. Resistidas las pretensiones señoriales, la recompensa se orientó con más

---

<sup>5</sup> Según estudios realizados para otros territorios indianos; antes y aún mucho tiempo después de las Leyes de Indias (entre 1650 y 1750), la fuente que estilaban citar los curiales con mayor asiduidad era la Biblia.

<sup>6</sup> Hace años, Ismael Sánchez Bella, en su trabajo sobre los distintos comentarios a las Leyes de Indias, lamentaba que Carlos de Aluralde no hubiese dado ninguna noticia sobre este tópico. Hoy, ya contando con la excelente traducción Hugo José Garavelli y publicada en 2017 por *Revista de Humanidades Cruz del Sur* ([www.revistacruzdelosur.com.ar](http://www.revistacruzdelosur.com.ar)), podemos confirmar que Corral tampoco se privó de citar sus propias obras. De hecho, en el primer tomo se cita a si mismo muy a menudo. Los ocho tomos del Directorio Canónico Moral, remitidos a España en 1715, se citan cuarenta veces, y en cinco oportunidades trae también a colación sus votos y alegaciones.

<sup>8</sup> Tau Anzoátegui; V. (1992) “Casuismo y sistema; Instituto de Investigaciones de historia del Derecho; Buenos Aires, 1992, pág. 49 y s.s.-

<sup>3</sup> Zorraquín Becú, R.;(1972) “La Condición Política de las Indias”; en Revista del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; N° 2; Buenos Aires.

facilidad al reconocimiento de los bienes obtenidos por conquista militar, a la concesión de encomiendas, de tierras y de cargos públicos.

Desde un principio, la subsistencia del derecho premial fue argüida sin descanso por los colonizadores, beneméritos y vecinos feudatarios, pero la consagración del derecho señorial que supone el uso de las capitulaciones marcó, paradójicamente, el momento de mayor auge de la tendencia por la que los reyes se afirmaban en la creación del estado moderno, designando autoridades indianas en actos de gobierno distintos del acuerdo con sus vasallos.

Aún sin adoptar un enfoque conflictualista, cabe concebir a la sociedad indiana como un conjunto de relaciones de consenso, comunitarias, societarias, conflictuales y hasta de dominación, que vinculan entre sí a un conjunto de grupos con intereses diferentes, comprometido en conflictos persistentes, y evidencia una mentalidad jurídica que constituyó también el trasfondo de muchas luchas entre facciones de conquistadores, o directamente con la Corona; como en el caso de los famosos pleitos entablados por los herederos de Colón en defensa de los privilegios estipulados con el rey .

El sistema premial utilizado en Indias por la Monarquía respecto de las huestes conquistadoras no fue igualitario, considerándose diferencias en el otorgamiento de peonías o caballerías, de acuerdo a los merecimientos de cada cual. Comprendía no sólo las mercedes de tierras urbanas o rurales, aguas, minas, encomiendas de indígenas y otros repartimientos, sino también la concesión de oficios y cargos a los conquistadores y beneméritos.

#### *El papel de los letrados*

También me parece útil resignificar el papel que desempeñaron los operadores jurídicos, en este caso los letrados, en las circunstancias de tránsito del derecho premial al orden legislativo que fue instalando en América la corona castellana. Frente al cambio que provocó desde sus inicios en la política legislativa de la corona la empresa americana, la actuación de los letrados; lejos de asumir un papel central y decisivo, se limitó en buena medida a jugar el simple rol de escolta de fuerzas superiores, originantes de la conversión. Las vivencias colectivas del derecho.

Aclaro que el uso de la expresión "tránsito", alude a la convicción de que dos órdenes jurídicos pueden ser contemporáneos, mientras compiten por la supremacía, merced a la vigencia social de las vivencias colectivas del derecho., dentro de sus vivencias y perspectivas subjetivas, los grupos sociales específicos interpretan o utilizan los modelos jurídicos.

Superando la ilusión de acatamiento que alientan los legisladores, los individuos eligen el acatamiento de entre el conjunto de modelos culturales y de formas de participación a las que tienen acceso (primer romano y último griego)

Claramente, la subsistencia del derecho premial explica de modo más profundo que el simple estudio de la personalidad de los implicados el persistente enfrentamiento entre autoridades indianas y letrados, y, sobre todo, proporciona una explicación esencial para la intelección de la conocida competencia entre los hombres de toga y los de capa y espada en la lucha por ganarse el favor de los reyes y de la sociedad.

Es sabido que desde el siglo XIV se instaló en Europa una corriente hostil a la proliferación de los letrados, pero -cabe puntualizar- en el caso indiano, esta animosidad

esconde los reiterados desencuentros entre la Corona y los vasallos americanos, que al sentirse recompensados con tacañería, veían con frecuencia insatisfechas sus aspiraciones, por lo que -siglos después- se ha llegado a decir que la emancipación americana del siglo XIX, fue el último y definitivo quebrantamiento del pacto entre el rey y sus vasallos afincados en América.

Al producirse la colonización del Nuevo Mundo, los prejuicios contra los abogados, acuñados en la Baja Edad Media fueron automáticamente reutilizados; aunque enriquecidos con la experiencia local. No es de extrañar que existiesen entre los beneméritos personas muy interesadas en presentar al abogado como un perturbador de la sociedad, una persona conflictiva, dedicada a generar problemas, más que a solucionar conflictos

Como a los abogados se les consideraba casi "maliciosos" por naturaleza, a pedido de los colonizadores, les fue progresivamente prohibido que embarcaran en Sevilla o en Sanlúcar de Barrameda con destino a las Indias. En 1507 el almirante y virrey Diego Colón se quejaba amargamente al rey Fernando el Católico por la conducta de los abogados que llegaban a la isla La Española, fomentando la discordia entre los vecinos y sobrecargando la incipiente maquinaria judicial. Como respuesta, el mismo rey, por Real Cédula del 14 de noviembre de 1509, instruyó a la casa de la contratación de Sevilla para exigirles limpieza de sangre y permiso real, lo que por cierto no impidió la inmigración ilegal, lo que derivó en la prohibición general de inmigración a todos los letrados. Aclaro que son muchos los ejemplos concordantes.

La desaprobación social hacia los abogados se mantuvo vigorosa aunque sin reflejar fielmente individuos reales, servía como pretexto cada vez que un abogado caía, con Justicia o sin ella, bajo el poder de las autoridades indianas.

Por lo general, los Adelantados y sus huestes, claramente adscriptos al agonizante orden feudal, resistían la presencia de los letrados, a los que identificaban con claridad como representantes del derecho de la Corona.

Pese a que las capitulaciones, enmarcadas en el derecho señorial, incluían muchas veces la promesa real de prohibir el paso de abogados o procuradores -operadores de un orden legislado basado en el Ius Commune y en el Derecho Real - inevitablemente llegaron a Indias, junto con las huestes los primeros letrados. En Lima, hacia 1540, ya había una comunidad de abogados y letrados, a pesar de la vigencia de la prohibición de 1529.

La transición finalizó junto con el siglo XVI, al consolidarse la posición de los letrados en la vida administrativa y política de las ciudades indianas.

Los modelos de comportamiento basados en un orden contractual entre el señor y sus vasallos nunca encontraron apoyo en la literatura jurídica, dominada por la presencia del derecho real. En los ambientes universitarios tuvieron amplia difusión las expresiones doctrinarias del ius comune, en tanto que la muy escasa literatura jurídica producida por el derecho premial, ya en retirada, fue desconceptuada por los lectores universitarios, que hasta comenzaron a presentarla como una preocupación necia e inútil y hasta llegaron a vincularla con las ficciones literarias. Esta tendencia se consolidó cuando los frutos de la tipografía se hicieron cotidianos y hasta vulgares, generalizándose la demonización de la abogacía gracias a la ayuda de la literatura más leída, que insistía en acusar genéricamente a los abogados de alimentar los litigios artificialmente y en que ellos eran los únicos que obtenían beneficios de los juicios.

Además del hondo sentido religioso y espiritual de la evangelización de los indios, la religiosidad reflejada en la normativa ha sido una característica particularísima y de constante presencia en el Derecho Indiano. El catolicismo, religión de la Corona y del Estado, hacía que los actos políticos y jurídicos también tengan una fuerte connotación religiosa, de allí la presencia de los hombres de la Iglesia en los actos de la vida pública y lógicamente en el episodio central que da origen al nacimiento de una ciudad.

*La etapa crítica (1511-1566).*

Las reprobaciones y censuras que realizaron frailes dominicos como Bartolomé de Las Casas o Antonio de Montesinos en torno a las condiciones de vida de los indígenas determinaron la promulgación de una serie de normas en las que se pretendía paliar tal situación.

Tanto unas como otras no parecen haber sido muy aplicadas, salvo en las zonas próximas a las Reales Audiencias que se crearon en territorio americano.

Se legisló además, y mucho, para las Indias desde España, sobre todo a través del Consejo de Indias. No obstante, y como se ha dicho, esta legislación fue de parco o nulo cumplimiento en el Nuevo Continente.

La concepción lascaciana está lastrada por un defecto radical: el desconocimiento del medio americano. Hasta finales del siglo XVI ninguno de los humanistas españoles estuvo en América. Viajaron a Italia, Francia, Alemania, Países Bajos, Inglaterra: se quedaron en el Viejo Mundo y no cruzaron el Atlántico para conocer el Nuevo.

Para Fray Bartolomé de las casas todos los indios eran el mismo indio. Podría haber sido incapaz de distinguir un indio de otro, no parece haber sentido curiosidad ni interés por sus cosas y no se molestó en aprender una palabra de una lengua indígena. Esta fue una de las razones por las que fray Toribio de Motolinía criticó ásperamente al obispo de Chiapas, que renunció a su diócesis y prefirió vivir alrededor de la corte toda su vida.

En el caso de los aztecas, pasaban buena parte del año cazando gentes en las tribus vecinas para sacrificarlos en festivales que duraban tres meses y en los que se mataban entre 20.000 y 30.000 personas cada año. Las matanzas sobre población azteca fueron llevadas a cabo por tribus sometidas a ellos que no hallaron reposo hasta convencerse de que los aztecas no volverían. Esto sucedió contra la voluntad expresa de Hernán Cortés que, una vez acabadas las venganzas, incorporó a una buena parte de los aztecas supervivientes a la nueva estructura de poder.

Fray Bartolomé transformó la venganza de las víctimas de los aztecas en un acto de opresión colonial que no resiste el cotejo con documentos y testimonios.

Al final del período indiano, cuando el científico alemán Alejandro Von Humboldt viajó por Nueva España a fines del siglo XVIII, no manifestó ningún interés por las repúblicas de indios implantadas en 1538. En su concepto, la integración y regeneración del indio debía hacerse de un plumazo y por decreto, destruyendo su organización tribal y sus lazos comunales, que él considera perniciosos, y el hecho de que el Derecho Indiano prohibiera intervenir tanto a las autoridades eclesiásticas como civiles en las repúblicas de indios respetando sus leyes internas le parece un anacronismo feudal.

Philip Wayne Powell, un recordado historiador estadounidense especializado en la historia colonial española, insiste en varias de sus obras en que la mayor parte de la conquista fue un trabajo de alta diplomacia, más que de guerra y que solo fue posible estableciendo alianzas con los indios.

### *Etapa del Derecho Indiano Criollo (1566-1700).*

A continuación de las normas anteriormente mencionadas aparece el Derecho creado y aplicado en América por las autoridades territoriales, que presenta perfiles propios y que, se conoce como Derecho Indiano Criollo, y por la propia naturaleza de las cosas, era de aplicación más cierta y eficaz.

Prolifera en esta etapa la práctica de Obedecer y no cumplir Las Leyes.

En ciertas circunstancias puntuales cuando las leyes hubiesen sido dictadas por ignorancia o falseamiento de los hechos, o cuando de su cumplimiento se siguiera “*escándalo conocido o daño irreparable*” era lícito suspender su aplicación de la ley y suplicar ante el rey su enmienda. Como es sabido, los funcionarios reales utilizaban una vieja modalidad del Derecho castellano, que se resume en la fórmula “*se obedece, pero no se cumple*”.

El *obedecimiento* era la ceremonia por la cual se rendía a la orden el homenaje debido a su origen: los funcionarios, de pie y destocados, besaban los documentos y los colocaban sobre sus cabezas, como imposición de su rey y señor natural. El *cumplimiento* era la ejecución de la orden.

En Indias, generalmente se realizaba el obedecimiento, y los gobernantes (virreyes o gobernadores), a petición de los “colonos”, solían dejarlo en suspenso el cumplimiento pidiendo posteriormente al soberano la modificación o la derogación de la orden. Muchas veces, si el rey se empeñaba en mantener su resolución sobre un asunto que afectaba los intereses de los colonos, como los referentes al servicio personal de los indígenas o al contrabando, se le violaba lisa y llanamente.

De cualquier manera, el cumplimiento de la legislación por las autoridades estuvo siempre dificultado por el desconocimiento de la normativa vigente en cada caso, a causa de una complejidad que se reflejaba en la existencia de disposiciones contradictorias.

La capacidad de adaptación, sin contravenir directamente las órdenes reales, dio lugar al repetido incumplimiento de una legislación que en la teoría permitía ejercer un poder controlador, pero que en la realidad carecía de eficacia.

Si la orden emanaba de una autoridad americana debía cumplirse y representarse.

### *La Disimulación*

Entre otros engranajes existentes en el antiguo Derecho para aproximar la letra de la ley a las situaciones concretas se puede incluir también a la Disimulación, que consistió en la actitud evasiva de un superior ante un ilícito con el propósito de evitar un ilícito mayor. El contexto político de la época reconoce que el rey debe hacerse amar más que temer “el rey antes debía ignorar y perdonar que castigar, aunque fuera en detrimento de una rigurosa aplicación del Derecho”.

La autoridad aparenta ignorar un incumplimiento o la comisión de un hecho ilegal, adoptando una actitud pasiva, generalmente secreta y provisional hasta que se pueda suprimir la situación irregular. La disimulación no crea ningún derecho; simplemente busca evitar el escándalo y contar con el tiempo necesario para adoptar una decisión o suprimir una costumbre particular intolerable.

Disimular es mirar para otro lado, sin aprobar, sin acordar una dispensa tácita ni simplemente tolerar. Lo que se elude no es la norma, sino la aplicación rigurosa de la misma.

La doctrina, en este caso representada por los llamados Prácticos, le dio categoría jurídica a la figura. Así por ejemplo, Solórzano y Pereyra (Política Indiana) se muestra partidario de su aplicación por tratarse de *Provincias tan remotas.....donde tan fácilmente se truecan las cosas*. Y Castillo de Bovadilla en Política para Corregidores escribió: *Si Dios usara de la justicia todo el tiempo en un instante se perdería el mundo*.

La aceptación de la disimulación siempre tuvo carácter de excepción. Sobre la disimulación abundan los refranes: “Procura *disimular* lo que no puedas remediar”. “Para bien gobernar, bien *disimular*”.

Para pasar a otro tema podemos ilustrarlo con dos ejemplos: Uno citado por VTA: Es un caso que se suscitó en el Buenos Aires de mediados del siglo XVIII a raíz de la recurrente presencia de portugueses entre la población porteña. El gobernador dispuso en 1742 su expulsión en cumplimiento de una real cédula expedida cuatro años antes. El Cabildo obtuvo la suspensión de la medida con respecto a los casados y vecindados. El gobernador dio cuenta al rey. En España, el fiscal del Consejo de Indias se expidió por la expulsión de los portugueses. El Consejo empero requirió opinión a don Juan Vazquez de Agüero, ministro de la Corona que había residido en Buenos Aires durante cinco años. En su dictamen Vazquez de Agüero estableció la conveniencia de mantener a esos pobladores a pesar de las prescripciones legales en razón de los servicios que prestaban, y el Consejo dispuso que a los portugueses radicados con hijos desde algún tiempo atrás “se les disimule la permanencia sin molestarlos en su vecindario...”. El otro ejemplo surge de la obra de Arturo Bentancur sobre la familia montevideana a fines del período hispánico, y se refiere a los asientos en algunas actas de bautismo en que los curas párrocos omitían datos importantes, aún a sabiendas, para ocultar el nombre de padres o madres, usando la expresión *hijo de padres no conocidos*, pero agregando la siguiente frase *me consta que sus padres son de lucido nacimiento y distinción y por justas causas no se expresan*. En muchos casos esto fue luego subsanado por diversas vías de legitimación.

Un indicador de la gran importancia que se le dio a la filiación puede verse en el hecho de que, dentro de una misma familia, y hasta bien entrado el siglo XVII, algunos hermanos acostumbraban usar diferente apellido; buscando no abandonar ninguna línea sucesoria con el propósito de reclamar a la corona las recompensas debidas a sus antepasados.

#### *La etapa de los Borbones:*

Durante el siglo XVIII se buscó crear un nuevo orden jurídico que se basaba en la creencia optimista de que la inmensa mayoría de los problemas sociales podrían llegar a resolverse mediante discursos y reflexiones prudentes. Desde esta posición, los autores de la época sostenían la necesidad de efectuar la revisión de todas las fuentes del derecho.

La costumbre representaba la creación jurídica de una fuerza social retardataria, tan poderosa y tan arraigada en el vulgo que a los ojos de los nuevos intelectuales debía ser combatida sin hesitar, si es que se quería mejorar alguna vez la vida de la sociedad y se la combatía por haber tenido el pecado original de nacer al margen de la voluntad del legislador.

En el paradigma propuesto por el orden jurídico ilustrado se consideró al pueblo carente de atribuciones constitucionales para crear derecho, porque en el nuevo sistema los

ciudadanos no deliberan ni gobiernan sino a través de sus representantes, únicos habilitados para generar normas jurídicas; y estos a su vez sólo pueden expresarse por medio de la ley. Por su parte, el pueblo actuando por sí mismo no está habilitado para crear derecho fuera de la ley o contra sus expresas disposiciones.

La muerte del particularismo jurídico llegó por fin, cuando se comenzó a comprender la imposibilidad de perfeccionar la ciencia jurídica con muchedumbre de leyes enfocadas sobre casos particulares. En materia de técnica jurídica se llegó a plantear el abandono del secular casuismo y la necesidad de formular a priori leyes abstractas y generales, capaces de abarcar todos los supuestos imaginables y de aplicarlos a todos los casos posibles.

Se trataba del único camino practicable, vista la imposibilidad de recurrir a la costumbre para cubrir los vacíos o lagunas de la única fuente de derecho reconocida como tal.

Empujando esta concepción, la ilustración terminó por destronar definitivamente al particularismo jurídico y sostuvo, en consonancia con las aspiraciones del derecho natural racionalista, la posibilidad de crear a través de las leyes un derecho aplicable a todos los hombres, a todos los regímenes políticos y a todas las clases sociales.

#### *Una institución indiana propia del siglo XVIII : el arbitrio judicial*

Podría definirse al arbitrio judicial, como la facultad discrecional que se concede a los juzgadores para decidir, como si fueran el mismo legislador, en los casos no resueltos por la ley, los dudosos en ella o los expresamente librados a su apreciación.

A través de su adhesión al absolutismo ilustrado, la sociedad del llamado siglo de las luces, fue proclive a ver en el arbitrio del juez una prolongación del poder del monarca. Las leyes de fondo ya habían envejecido tanto como para reconocer al juez la facultad de alterar según su propia convicción la pena legal. Asimismo, ante la ausencia de un precepto legal que determine una sanción para un delito, el juzgador podrá imponer aquella que estime más adecuada.

El arbitrio judicial, que traía aparejada la indeterminación de las penas, fue uno de los elementos característicos del derecho penal indiano, que en su última etapa presentó características distintivas que respondían a la influencia del lugar, de la época y del ambiente socio cultural en que convivían juzgados y juzgadores.

Se admitían dos procedimientos distintos para la determinación de las penas: la vía legal, en cuyo caso hablaba de “penas legales”, y la vía judicial, en cuyo caso de “penas arbitrarias”.

#### *Consideraciones finales:*

Todavía hoy, algunos escritores más políticos que intelectuales, insisten en predicar - como un eco anacrónico de la Leyenda Negra- que los españoles y sus descendientes, presos de su codicia, su lujuria y su crueldad, actuaron en América impulsados por una corona cruel y aprovechadora, o si en cambio lo hicieron por su cuenta propia fue ignorando y violentando expresas mandatos humanitarios emanados de reyes humanitarios.

No se trató tampoco de la lucha de una Corona defensora de la humanidad contra sus malos vasallos. Claramente, no fue una guerra de conquista apartada de todas las leyes divinas y humanas, hecha por aventureros sin escrúpulos y con hambre de dinero y fama, escudados en el nombre de los reyes católicos.

Hasta siglo XVIII no éramos de España, éramos España.

Transitando el fin del período hispánico, los americanos fuimos perdiendo peso dentro del conjunto de un imperio ya crepuscular. El español criollo comenzó a ser considerado como una mala copia del español europeo.

En pocos años, este grave error de apreciación llevó a los españoles americanos a tomar otro camino, compartiendo con Fernando VII la responsabilidad de llevar al conglomerado político más grande de Occidente a su desintegración.

Respecto de los indígenas, el Quinto Centenario fue ocasión propicia para el recrudescimiento de los viejos temas de las grandes masacres y la destrucción de las culturas precolombinas; hecho que al parecer solo sucedió en la América del Sur y no en la del Norte, a pesar de la evidencia de que América del Sur está llena de indígenas, mientras que en el Norte sobrevivieron muy pocos.