

LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS INDIANAS: PARTE INTEGRANTE DEL PATRIMONIO JURÍDICO ARGENTINO

JUAN BAUTISTA FOS MEDINA (UCA-INHIDE-UMSA)

Las instituciones de nuestro pasado jurídico constituyen un valioso acervo que no es sensato menospreciar o ignorar. Es el derecho por el que se rigieron nuestros mayores durante siglos. Pese a sus luces y sus sombras, es de utilidad para enriquecer las instituciones jurídicas actuales y renovar nuestro futuro colectivo.

En general, los doctrinarios del derecho dedican muy poco espacio en sus publicaciones a la historia de su respectiva disciplina y de sus institutos. Y cuando abordan los antecedentes históricos de sus instituciones con cierta extensión, generalmente al comienzo de sus obras jurídicas, normalmente pasan por alto el período indiano. Del Derecho Romano saltan al período de la Ilustración y de la codificación napoleónica.

Por ello, la historia del derecho es útil, para que los especialistas en esa materia traten los institutos jurídicos pretéritos con la correspondiente amplitud académica, con método científico y con el oficio propio del historiador y del investigador.

Es por ello, que aquí brindaremos una visión general de las instituciones más destacadas del período hispánico, es decir, las nacidas en aquella época, iniciada con el Descubrimiento de América y finalizada con la caída del régimen indiano en el primer tercio del siglo XIX. Instituciones surgidas al amparo del viejo derecho castellano y de las Leyes de Indias, que continuaron aplicándose en nuestro país hasta la sanción de los códigos nacionales, ya avanzada la segunda mitad de aquel siglo.

1. Monarquía hispánica: Monarquía misional

La monarquía hispano-indiana tuvo un carácter ético-religioso, heredado de su antecedente, la monarquía medieval castellana. Aquella no era propiamente un Estado; llamarla así sería anacrónico. El Estado, tal como lo concebimos hoy, surge en Europa en la Edad moderna, es decir fuera de España, sobre todo a partir de la influencia política de Maquiavelo y de Richelieu. Asomará en la España del conde-duque de Olivares recién a fines del siglo XVII y, hará su aparición oficial, sobre todo, desde el advenimiento al trono de la dinastía Borbón a comienzos del XVIII.

El sentido apostólico de los reyes castellano-indianos se expresa desde el inicio de las Leyes de Indias, cuando en la ley 1ª se declara: «Y teniéndonos por más obligado que otro ningún príncipe del mundo a procurar su servicio y la gloria de su santo nombre, y emplear todas las fuerzas y poder que nos ha dado, en trabajar que sea conocido y adorado en todo el mundo por verdadero Dios, como lo es, y Criador de todo lo visible é invisible; y deseando

esta gloria de nuestro Dios y Señor, felizmente hemos conseguido traer al gremio de la Santa Iglesia Católica Romana las innumerables gentes y naciones que habitan las Indias Occidentales ...».

Vicente Sierra, señaló que «la penetración religiosa llega a ser un puro fin, al que se supedita lo político, lo social y lo económico»¹.

Como ha enseñado Ricardo Zorraquín Becú «la Iglesia formaba parte integrante del gobierno español en las Indias. El sentido religioso y misional... desde el principio... obligó a la corona a considerar a los sacerdotes como el auxiliar indispensable en la realización de los fines que se proponía la conquista...»².

La cooperación del poder espiritual y del poder temporal o civil en Indias importaba un maridaje entre el trono y el altar, que implicaba la división de funciones en sus respectivas esferas de competencia, pero coordinando las acciones³.

Los tres fines principales de la Monarquía en Indias fueron el religioso, la buena gobernación y administración de justicia y el buen tratamiento de los indios⁴. El gobierno temporal consistía en propiciar la vida virtuosa y alcanzar así la salvación eterna.

No hubo división de poderes como la concibió Montesquieu en el siglo XVIII, sino diferenciación de funciones en cuatro materias: gobierno, justicia, guerra y hacienda. El maestro Zorraquín afirmó que «la acumulación de funciones en los mismos organismos... consiste en atribuir funciones de diverso tipo y carácter a una misma autoridad... y en no establecer limitaciones rigurosas y definidas entre las autoridades similares»⁵. Así se distribuía el poder, a la vez que se articulaba un contrapeso de poderes.

2. Las leyes de Indias

La legislación dictada para las Indias era de Derecho público, especialmente político, administrativo y eclesiástico. Y aunque en materia de Derecho privado se mandaba aplicar la legislación castellana subsidiariamente, la organización de la propiedad, de la familia, del trabajo, del régimen de sucesión, el derecho de minería, el procedimiento civil, revistieron necesariamente caracteres nuevos...⁶.

Junto con el Derecho indiano (proveniente de las autoridades residentes en la península o de las autoridades residentes en América y las costumbres locales) también «rigieron los Derechos consuetudinarios indígenas sobre la población autóctona,

¹ Vicente D. SIERRA, *El sentido misional de la Conquista de América*, Buenos Aires, Ediciones de Orientación española, julio de 1942, p. 90.

² Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, 2ª edición, editorial Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 113.

³ Fernando DE LOS RÍOS, *Religión y Estado en la España del siglo XVI*, Barcelona, 1921, pp. 223-4, citado por Vicente D. SIERRA, ob. cit., p. 90.

⁴ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispano*, 4ª edición, editorial Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 38.

⁵ ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina...*, ob. cit., p. 51.

⁶ Ricardo LEVENE, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, 4ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 48.

expresamente reconocidos como vigentes por las leyes españolas, salvo en aquello que estuviesen en contradicción con el Derecho natural o con las leyes indianas de carácter general»⁷.

Según ha señalado bien José María Rosa, las leyes de Indias fueron una legislación en constante perfección: prudente, particularista y casuista. Con ella se buscó captar la realidad indiana. Las leyes de Indias no pretendían imponerse sobre la realidad, sino interpretarla; de allí que no fueran coercitivas sino, (en ese sentido), recomendativas. «Los legisladores de Indias acertaron en hacer leyes para un pueblo y huyeron de hacer un pueblo para las leyes»⁸. Los funcionarios podían dejar de cumplirlas si las consideraban perjudiciales. Tenían un derecho de veto, que hoy no se comprendería: “Reverencio pero no cumpro” era la fórmula sacramental del incumplimiento⁹.

Además, se ha dicho que los altos fines que perseguía la legislación indiana fueron incumplidos. Al respecto ha escrito Ramón Menéndez Pidal sobre las Leyes de Indias: Incumplidas sí, algunas que hubieron de ser revocadas por su abstracta irrealidad; incumplidas otras por ministros claudicantes, no más numerosos que en cualquier otra administración, quienes, de todas formas, tenían como suprema norma del poder, la sentencia evangélica que dice: «¿Qué aprovecha al hombre conquistar todo el mundo si se pierde a sí mismo y padece detrimento en su alma?»¹⁰.

3. Las instituciones indianas

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española institución es «cada una de las organizaciones fundamentales de un Estado, nación o sociedad».

Las instituciones indianas surgieron con motivo del Descubrimiento de América, a partir de las capitulaciones de Santa Fe y de las bulas alejandrinas. Castilla e Indias eran reinos autónomos y compartían institucionalmente sólo la figura del rey. Los demás organismos (residieran en la península o en el Nuevo Mundo) eran órganos especiales para estas provincias.

El rey

Los reyes eran considerados vicarios de Dios en la tierra y estaban sometidos a la ley divina, a la ley natural y a la ley humana (leyes, costumbres, fueros, etc.).

Las Partidas prescribían que el rey era puesto en la tierra para cumplir la justicia, e dar a cada uno su derecho (Partida 2^a. i.5)¹¹.

⁷ Alfonso GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español, I, El origen y la evolución del derecho*, 5^a edición revisada, Madrid, 1973, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., p. 104.

⁸ José María ROSA, *Historia Argentina*, tomo I, editorial Oriente, 1974, pp. 267-8.

⁹ Prosigue Rosa, claro es que el funcionario asumía la plena responsabilidad, pues debería dar cuenta del incumplimiento en su juicio de residencia. La ley era devuelta con sus observaciones para que el rey resolviera definitiva e irrevocablemente; pocas veces se dio que una disposición reverenciada e incumplida fuese insistida por el monarca o los doctores del Consejo. Cfr. José María ROSA, ob. cit., p. 268.

¹⁰ *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias*, ob. cit., pp. 7-8.

¹¹ ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina...*, p. 13.

El poder del rey tenía limitaciones de orden religioso, moral y jurídico y las obligaciones del monarca podían serle recordadas por las Cortes, las ciudades y los nobles¹².

Si el rey no procuraba el bien común e infringía, así, el fundamento contractual de la reyecía, desaparecía el deber de fidelidad y obediencia de los súbditos y se convertía en tirano¹³.

De esa manera, según García Gallo triunfó «una concepción paternal y tutelar de la Monarquía», que se irá desvirtuando durante la dinastía borbónica.

Debajo del Rey, existían organismos político-jurídicos peninsulares y americanos, entre los primeros, el Consejo de Indias y la Casa de contratación. En el Nuevo Mundo, en cambio, había otros organismos como los virreinos, gobernaciones, capitanías generales, audiencias, consulados, cabildos, etc.

Patronato

A través de los documentos pontificios de Alejandro VI (*Inter Caetera, Eximia devotionis, Dudum siquidem*) y de Julio II (*Universalis Ecclesiae*), se definió el Patronato indiano.

El Patronato Indiano fue el conjunto de facultades ejercidas por la corona por concesión de la Santa Sede, respecto de la administración y gobierno de la Iglesia en las Indias. La Iglesia, en cambio, se reservaba con exclusividad todo lo referente a los dogmas, a los sacramentos, al culto y a la disciplina interna de la Iglesia.

En síntesis, las atribuciones excepcionales que los papas confiaron a los Reyes Católicos y a sus sucesores en materia de Patronato, fueron resumidamente las siguientes: a) la presentación a la Santa Sede de candidatos para los cargos de arzobispos, obispos, y otras dignidades eclesiásticas menores para ser investidos por la Sede apostólica; b) la creación de arquidiócesis, diócesis, parroquias, etc; c) el pase o la retención de los distintos documentos pontificios; sin el *exequatur* no podían introducirse y ejecutarse en territorio indiano; d) la administración de los diezmos que constituían un impuesto que percibía la Corona, con el que se sostenía materialmente a la Iglesia; e) la erección de iglesias, conventos, hospitales, universidades; f) el otorgamiento de permisos para la realización de concilios provinciales y sínodos diocesanos.

Varios de estos elementos del Patronato pasaron al Derecho Nacional y todavía hoy se encuentran vigentes, como el derecho de presentación y el pase (Concordato entre la Argentina y la Santa Sede de 1966).

El fuero eclesiástico

Existieron tribunales eclesiásticos con competencia en asuntos regidos por el derecho canónico, que entendían con exclusividad en todo lo atinente a la organización de la familia, es decir, matrimonio, nulidad, dispensas, separación, alimentos, tenencia de hijos, etc.

¹² ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina...*, idem.

¹³ ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., pp. 13-14.

No obstante, determinados asuntos fueron de competencia mixta, es decir, de los jueces eclesiásticos y de los jueces ordinarios como en cuestiones de adulterio, concubinato, incesto, sacrilegio, blasfemia, etc. Entendía el funcionario que interviniera primero en la causa.

Los mecanismos de control político

A comienzos de la Conquista el control político lo realizaron los clérigos que venían en las expediciones y quienes informaban al monarca del comportamiento de los expedicionarios.

Luego, los funcionarios peninsulares ejercieron un control más directo sobre las autoridades residentes en Indias, las cuales con sus amplias funciones y en ciertos casos con competencias coincidentes, realizaron también un control político recíproco.

Las más altas autoridades detentaban un poder vigilado y limitado; tal vigilancia la ejercían también los clérigos y los vecinos (éstos últimos a través de los cabildos).

El funcionario indiano estuvo sometido también a un control judicial a través de los jueces visitadores, los jueces pesquisidores y los jueces residenciadores. Los primeros realizaban inspecciones de manera general o específica; los segundos investigaban la comisión de algún delito o irregularidad y, por último, los jueces de residencia debían juzgar la conducta del funcionario en el ejercicio de la función pública. Dicho juicio debía hacerse, en general, sobre todos los funcionarios indianos. «Españoles e indios podían elevar acusaciones contra... el funcionario residenciado que fuese... El juicio constaba de una parte secreta, una especie de sumario preventivo, y otra pública, en la que los acusadores debían probar sus dichos, y el acusado defenderse. Las penas iban de una mera multa, pasando por inhabilitación temporal o perpetua, destierro, traslado, etc. Se juzgaba no sólo la actuación pública del enjuiciado, sino su vida privada, sus costumbres, su moralidad»¹⁴.

El régimen jurídico de los indios y de los esclavos

En virtud de las leyes de Burgos de 1512 se declaró que “los indios son libres”, y que se debía evangelizarlos.

Del libro VI de la Recopilación de las Leyes de Indias, dedicado por entero al régimen de los indios, se encuentran algunas disposiciones semejantes: «Que los indios sean libres y no sujetos a servidumbre»; «que sean castigados con rigor los encomenderos que vendieren sus indios»; «que los caciques y principales no tengan por esclavos sus sujetos».

¹⁴ Héctor B. PETROCELLI, *Historia Constitucional Argentina*, volumen 1, UNR editora, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2009, p. 23. En la Argentina el juicio de residencia fue reemplazado en la Constitución de 1819 por el juicio político de origen angloamericano. Después hubo intentos de reimplantarlo y algunas provincias lo consagraron en sus reglamentos provisorios (una de las últimas fue la provincia de San Luis desde 1832). Pero la Constitución de la Nación Argentina sancionada en 1853 terminó por consagrar el juicio político. Cfr. Alberto David LEIVA, *El juicio de residencia, ayer, hoy y ¿mañana?*, editorial Eder, Institución de Magistrados Judiciales de la Nación en Retiro, Buenos Aires, 2015, pp. 35-37. Con todo en la actualidad las provincias de Tierra del Fuego (ley 264 de 1995) y Chaco (ley 7602 de 2015) lo han restaurado.

Asimismo, se les reconoció el derecho a casarse con quien quisieren (1515), la libertad de labranzas y ocupaciones, el comercio libre a contento de las partes, el tener mercados y testar.

En tanto, con la real cédula de 1697 de Carlos II se equiparaban completamente los derechos entre españoles e indios, al otorgar los actualmente denominados derechos políticos a los indios, es decir la facultad de «honras de lustre, empleos y conveniencias, con que premio a mis vasallos de los Reinos de España...»¹⁵.

Llegó a decir Cayetano Bruno que la legislación española relativa a los indios tocó la perfección por influjo de la Iglesia que, a través de sus prelados, moralistas, teólogos y juristas intervino en la elaboración de casi todas las leyes¹⁶.

Sería largo enumerar las distintas disposiciones que referían al buen trato y evangelización de los indios. Recordemos sólo algunas.

Una de ellas es la instrucción de los Reyes Católicos al comendador Fray Nicolás de Ovando de 1501 que disponía lo siguiente: «procuréis cómo los indios sean bien tratados y puedan andar seguramente por toda la tierra, y ninguno les haga fuerza, ni les roben, ni hagan otro mal ni daño, poniendo para ello la pena que viéredes ser menester»¹⁷.

Es así como los indios tuvieron una legislación de privilegio porque una igualdad jurídica con los españoles hubiera llevado a una desigualdad en los hechos.

A su vez, por real cédula de Carlos V de 1530 se establecía un régimen penal de excepción por el cual no se consideraba delito ni debía seguirseles proceso ni castigo, en caso de injurias y golpes de manos, así como se les eximía de penas pecuniarias en determinados casos y se elevaba los malos tratamientos que se les inferían a la categoría de delitos de instancia pública, para que el juez pudiera entender de oficio y cualquier persona pudiera denunciarlos.

Con Felipe II, mediante real cédula de 1593, se estableció un agravante por el cual se mandó castigar con mayor rigor a los españoles que injuriasen, ofendiesen o maltratasen a los indios, que si los mismos delitos se cometieren contra los mismos españoles.

Asimismo, en este régimen de predilección, Felipe II estableció un principio de *in dubio pro indigena* en el pago de impuestos al legislar que, en caso de duda, se estuviera a favor de los indios y de lo que más le conviniera y no de lo que fuera utilidad del encomendero.

Todas estas disposiciones de excepción fueron exhortadas por los monarcas a Virreyes, gobernadores y presidentes de Audiencias, a fin de que los indios fueran cuidados, amparados y favorecidos, y que los prelados eclesiásticos fuesen como verdaderos padres espirituales de esta nueva cristiandad.

Asimismo, se creó la figura de protector de indios, mediante real cédula de 1528, por lo que se mandaba «proveer de una persona celosa del servicio de Nuestro Señor y nuestro,

¹⁵ Cayetano BRUNO SDB, *Iglesia y Estado en Indias*, Centro de Estudios Salesiano de Buenos Aires (CESBA), Buenos Aires, 2004, p. 32.

¹⁶ BRUNO, ob. cit., p. 33.

¹⁷ BRUNO, ídem.

para que sea protector y defensor de los dichos indios, y mire por su buen tratamiento, y conservación, y conversión de ellos a nuestra santa fe católica»¹⁸.

Junto con las costumbres indígenas en materia de trabajo que se respetaron y se mantuvieron vigentes, como la mita y el yanaconazgo, se implementó asimismo un régimen nuevo, el de la encomienda, que tenía una matriz feudal y por el cual los indios eran repartidos entre los españoles principales e imponía obligaciones recíprocas: «el encomendero se comprometía a cuidar y proteger a los indios, a instruirlos en la religión y a defender la tierra en caso de peligro; al tiempo que los indígenas quedaban obligados a pagarle el tributo, ya fuera en dinero o en servicios, que debían al rey en señal de vasallaje. El encomendero no obtenía, por lo tanto, un derecho de propiedad sobre los indios, ni se le daba jurisdicción a su respecto. El conquistador beneficiado con la encomienda venía a sustituir al rey en sus obligaciones morales, religiosas y militares, y éste le retribuía cediéndole el tributo debido por el indio. Los españoles prefirieron, sin embargo, cobrar ese tributo en servicios, es decir, mediante el trabajo obligatorio y gratuito que imponían a los naturales»¹⁹.

Desde un comienzo el instituto tuvo idas y vueltas porque el tratamiento dado al indígena por parte del español desataba duras controversias, que se ventilaban delante de los reyes. El sistema se fue extinguiendo lentamente, hasta casi desaparecer a fines del siglo XVIII.

En el Río de la Plata y el Paraguay, los jesuitas se ocuparon de la evangelización en la zona de frontera y, por ello, tuvieron un trato insuperado con el indígena, quienes tenían a los padres de la Compañía de Jesús un respeto reverencial y una admiración que todavía es posible percibir entre los actuales habitantes de las zonas aledañas a las ruinas jesuíticas.

Los jesuitas sustrajeron al indio del régimen de las encomiendas y en sus misiones realizaron con él una obra civilizadora, extirpando el vicio y enseñándole a vivir en forma sedentaria y en familias estables, a partir del matrimonio monogámico e indisoluble.

Las **reducciones** constituyeron verdaderas ciudades en medio de la selva o del desierto, unos pueblos con su inmensa plaza mayor, iglesia, cabildo, casas principales, viviendas, huertas, las fracciones de tierra individuales y los campos colectivos. Con sus cabildos con autoridades indígenas y con los padres jesuitas como sus asesores, conformaron un «mundo aparte». Fueron auténticas «ciudadelas de Dios» que resultaron víctimas de una política imperial intolerante que había cambiado de paradigma.

La indolencia de los indios y sus limitadas aptitudes para el trabajo, así como la legislación de favor que contaban, hizo que los españoles venidos a América que pretendían gozar de una situación mejor que la que tenían en la península, solicitaran el permiso a la Corona para la introducción de esclavos, como existían en las colonias de otras potencias europeas²⁰.

¹⁸ BRUNO, ob. cit., p. 37.

¹⁹ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, tomo I, editorial Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 167-168.

²⁰ Ello significaba también para la Corona ingresos en carácter de tributos. La esclavitud estaba tan implantada en el mundo a través de los siglos que, observó Cayetano Bruno, la práctica pasó por tan honesta que aún los

Normas del trabajo: precursoras del derecho laboral moderno

La corona castellana fue tomando medidas en materia de trabajo que pueden considerarse precursoras del derecho laboral moderno; fueron descubiertas y tuvieron vigencia mucho antes que las reivindicaciones obreras del siglo XIX.

Héctor Petrocelli las ha sintetizado y enumerado de la siguiente manera: «Jornada de labor diaria de seis a ocho horas; descanso dominical y festivo; salario justo y suficiente, vital, pagado en moneda corriente; salario mínimo y móvil, de acuerdo al mandato de Felipe II: ´cuando aumente el valor de las cosas que suba también el precio del sudor de los indios´; condiciones especiales para el trabajo de las mujeres y de los niños; indemnización por accidentes de trabajo; atención del obrero enfermo; servicios médicos gratuitos al indio pobre; trabajos peligrosos o insalubres vedados; prohibición del trabajo nocturno; provisión de vivienda adecuada, alimentos, vestimenta, herramientas de trabajo; control de precios; justicia gratuita; defensa frente a los abusos laborales de los propios caciques», el pacto del trabajo en las plazas y lugares públicos por días o semanas (el cuatequil en México), y muchas más normas que formaban el ordenamiento jurídico y que no tenían vigencia ni siquiera en Europa²¹.

Los bandos de buen gobierno

propios eclesiásticos mantuvieron, sin remordimientos, gente negra a su servicio con título de esclavos. Sin embargo, no todos consintieron este abuso, de manera que se alzaron las voces misioneras de fray Domingo de Soto, de Bartolomé Albornoz, de fray Bartolomé de las Casas, de los padres Luis de Molina, Luis de Sandoval y San Pedro Claver en Cartagena, Colombia. En el Río de la Plata los jesuitas Lope de Castilla y Pedro de Espinoza hicieron gran labor educativa y de elevación material de los negros. Pero triunfó la mentalidad renacentista de la época por sobre las posiciones antiesclavistas españolas. De manera que pasaron cientos de miles de esclavos negros del Congo o de Angola a la América española. En general, los españoles no se acreditaban en esta actividad que consideraban infamante, sino los portugueses, holandeses, ingleses y franceses. El esclavo se podía comprar, donar, alquilar, embargar, rematar, formaba parte del inventario de bienes de una sucesión antes o después del ítem ganado o de un juego de sillas. No obstante, la ley prohibía matarlo, herirlo, mutilarlo; también había que respetar su decisión de contraer matrimonio, su derecho a adquirir la libertad, y debía ser instruido por sus dueños en la fe católica. La real cédula de 1789 mejoró su situación, reglamentando su evangelización, su alimentación, vestido, descanso y diversiones sanas; en caso de invalidez, enfermedad y ancianidad, debía ser asistido por sus amos, los cuales no podían sobrecargarlos en sus tareas en caso de ser niños o mujeres. Tuvieron un trato más benigno en el Río de la Plata que en México, Perú y el Caribe y, ciertamente mucho mejor que el que soportaron de parte de otras potencias, que tuvieron también esclavos blancos. Cfr. BRUNO, ob. cit., p. 74 y PETROCELLI, ob. cit., pp. 40-42.

²¹ Ricardo LEVENE, *Historia del derecho argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1945, p. 46. Y PETROCELLI, ob. cit., pp. 38-39. Juan Vázquez de Mella, conocido como el «orador de España», al respecto había dicho en un discurso: «Nosotros os hemos dado aquel Municipio glorioso de las Ordenanzas seculares de Alonso de Cárdenas, que sirvieron, en el siglo XVIII, de base al de los Estados Unidos, y del cual después nosotros sacábamos la copia, sin saber que el original lo teníamos en la propia casa; nosotros os hemos dado las leyes inmortales de Indias, que no había dado jamás ningún pueblo; aquellas leyes en las cuales, en todos los litigios se prefería al indígena sobre el peninsular, y que establecieron en el siglo XVI la jornada de ocho horas para los indios mejicanos». Juan VÁZQUEZ DE MELLA, *Obras completas del Excmo. Señor Don Juan Vázquez de Mella y Fanjul*, vol. I, Selección de Elocuencia y Historia, 2ª. edición, Administración Junta del Homenaje a Mella, Madrid, 1943, pp. 144-145.

El bando de buen gobierno era un mandamiento de autoridad competente (alcalde, gobernador, virrey) dirigido a todos los vecinos y habitantes de la ciudad y su jurisdicción, que contenía un conjunto articulado de disposiciones sobre diversas materias relativas a la vida local, que se daba a conocer públicamente a toda la población²².

Eran fundamentalmente leyes locales y leyes de policía.

La Religión era la primera preocupación de las leyes; aquella traspasaba todo el ordenamiento legal y, además, encabezaba el articulado de cada norma.

En cuanto a la Religión existieron disposiciones sobre asistencia a las celebraciones religiosas y a las observancias cuaresmales; la reverencia al Santísimo Sacramento en su paso por las calles; la enseñanza de la doctrina cristiana a indios, esclavos; el castigo de la blasfemia, del juramento en vano y de otros pecados públicos²³. Se combatió la embriaguez que provocaba riñas seguidas de muerte y otros delitos graves, considerada en los bandos como una «grave ofensa a Dios Nuestro Señor» y daño de las almas y peligro de la vida. Los alcaldes jujeños, en un bando de 1794 consideraban a la Religión como «el más firme apoyo de la subordinación y el freno más eficaz contra todos los desórdenes que pueden perturbar un Estado»²⁴.

En tanto, el aspecto moral sobresalía también en reiteradas disposiciones, por ejemplo, acerca de que los maridos retornaran a sus lugares de origen a hacer vida maridable con sus mujeres, que no se pronunciaran palabras ni canciones deshonestas en calles y plazas, la prohibición de que se bañaran juntos en el río hombres y mujeres o que los baños se realizaran de noche para observar la decencia, que las mujeres permanecieran en las plazas y otros parajes después de la oración²⁵.

El régimen penal indiano

En materia penal los jueces tenían una amplia discrecionalidad mediante el llamado arbitrio judicial. A través de él debían aplicar la justicia con misericordia. Con la piedad y benignidad se moderaban los rigurosos castigos del sistema punitivo indiano.

El régimen sucesorio: Testamentos, mayorazgos y mejora del tercio

En esta época la familia era una suerte de sujeto de derecho y depositaria de los bienes familiares que debía guardar celosamente y transmitir a las futuras generaciones. No se conocía al individuo ni a la propiedad individual. El individuo pasaba pero la familia permanecía en la propiedad familiar. De ahí que, para perpetuar el solar, el apellido y el poder familiar existieron distintos medios.

Uno de ellos fue el testamento. Testar fue una práctica frecuente en Indias; morir intestado era una especie de deshonor, así como ocurría en Roma. Además, era el momento

²² Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo* (época hispánica), Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2004, p. 17.

²³ TAU ANZOÁTEGUI, ídem.

²⁴ TAU ANZOÁTEGUI, ob, cit., pp. 68-9.

²⁵ TAU ANZOÁTEGUI, ídem.

más solemne para hacer el descargo de la conciencia. En el testamento el causante podía arreglar las deudas civiles y cumplir con las obligaciones naturales y morales que hubiese contraído y ordenar todas las cuestiones atinentes a las oraciones por su alma y a las disposiciones fúnebres. Tenía la facultad, por ejemplo, de reconocer hijos ilegítimos, legar a criados, liberar esclavos, etc.

Junto a la práctica testamentaria se encontraba la mejora del tercio, de origen visigótico, que resultaba una ingeniosa combinación que conjugaba las ventajas de los dos grandes sistemas sucesorios, es decir, la libertad de testar y la sucesión dispuesta por la ley, que reserva una porción de la herencia a los herederos forzosos. En la Argentina la mejora fue suprimida recién por el Código de Vélez Sarsfield (1871).

Mediante la mejora, aparte de la porción reservada por ley a los herederos, el causante, por ejemplo, un padre o madre de familia, podía destinar al o a los hijos que quisiera un tercio de la herencia y acumularla o no a la porción de libre disposición (de un quinto). De esta forma, un heredero podía recibir, con la acumulación de la mejora del tercio y el quinto, más de la mitad de la herencia.

La mejora o «porción igualadora», como también se la llamó, servía para ayudar al hijo que estaba en situación desventajosa frente a los demás (económicamente o por su salud deficiente) o para premiar a los hijos que habían cuidado a los padres en sus últimos años de vida (por ejemplo, fue usado con frecuencia por las madres para premiar a sus hijas por haberlas cuidado en su última enfermedad).

Todavía rige en el Código civil español y en algunos códigos de países hispanoamericanos (Chile, Ecuador)²⁶ y hasta hace poco en Colombia, Puerto Rico y otros países que ampliaron la libertad testamentaria.

Las vinculaciones y los mayorazgos se suman al elenco de institutos sucesorios indianos. Mediante aquellos se podía afectar un inmueble a un orden sucesorio dispuesto por el fundador del vínculo y/o mayorazgo que no, necesariamente, debía asignársele -en el caso del mayorazgo- al varón mayor, sino que -como ha sostenido Mariluz Urquijo- podían instituirse también como beneficiarios otros descendientes varones o mujeres (mayorazgo irregular), porque lo que se buscaba primordialmente era la continuidad de la familia en la propiedad ancestral. No obstante, la indivisión forzosa de las vinculaciones en general resultó ser una solución rígida para la sucesión de la propiedad familiar, a diferencia de la flexibilidad que ofrecía una amplia libertad de testar, como ocurría en algunas regiones del norte de la península que se regían por el derecho foral²⁷.

²⁶ Asimismo, Bolivia y Perú contemplaron la mejora en sus respectivos códigos civiles (aunque fue suprimida en el código de 1975 y en el código de 1985, respectivamente) al igual que Guatemala que la sustituyó por la absoluta libertad de testar, establecida en el Código de 1963. El código civil colombiano contenía una norma semejante a las de Chile y Ecuador, pero mediante ley 1934 de 2018 redujo la porción legítima a la mitad de los bienes sin distinción de legitimarios, por lo que quedó sin efecto la cuarta de mejora.

²⁷ Con todo, los mayorazgos no fueron frecuentes en la jurisdicción del Virreinato del Río de la Plata; hubo un ambiente más igualitario que, por ejemplo, los virreinos de Nueva España (México) y Perú. Dichas vinculaciones habían sido restringidas y, finalmente, suprimidas desde fines del siglo XVIII.

La tenencia de la tierra no sufrió, sin embargo, grandes cambios en el período. En cambio, la situación de la propiedad de la tierra mediante la división forzosa e igualitaria de la herencia que se impuso -sin lenitivos-, a partir del Código Civil de Vélez y por influjo del *Code Napoleon* y de las nuevas ideas económicas provocó, al cabo de cien años, una pulverización de la propiedad rural familiar²⁸.

4. La caída del régimen indiano y la pervivencia de las Leyes de Indias

El Imperio español se desmembró lentamente a partir de los Austrias menores y la decadencia se acentuó con el advenimiento al trono de la dinastía borbónica y, con ella, se instaló primero el centralismo burocrático y luego el despotismo ilustrado en la segunda mitad del siglo XVIII.

En la práctica se relegaron los objetivos fundacionales a un segundo plano, preocupándose principalmente por el afianzamiento de la autoridad real (que en materia religiosa se manifestará en el regalismo) y por los asuntos económicos.

Emergía audaz y casi inadvertidamente un ente que se llamó Estado, y del cual el mismo rey se terminó convirtiendo en servidor, como ocurría en el resto de Europa. De esa manera, con la nueva creatura de matriz leviatánica, si se le cortaba la cabeza al rey en la guillotina, como ocurrió en la Francia de 1793 o la corona quedaba acéfala, como ocurrió en la España de 1808, permanecía el Estado para suplantar a la monarquía.

Los borbones españoles, al volverse títeres de los ministros ilustrados, ordenaron el extrañamiento de la compañía de Jesús, una mayor presión impositiva y otras medidas que provocaron la desazón y el desagrado de muchos criollos. Se derrumbaba el viejo orden, desde adentro del Imperio y producto de un movimiento innovador de arriba hacia abajo²⁹.

²⁸ Además de los vínculos y mayorazgos, la legislación indiana -heredera del Derecho Común- receptó la sustitución fideicomisaria que permitía establecer un orden sucesorio sobre los bienes hereditarios que, en general, tuvo una limitación hasta el cuarto grado desde Justiniano y que continúa vigente en el derecho foral español (v.gr. en Navarra). La sustitución fideicomisaria fue regulada en la Partida 6ª, título V, ley XIV. También la capellanía «era una fundación en la cual se imponía la celebración de cierto número de misas anuales en determinada capilla, iglesia o altar, afectando para su sostenimiento las rentas de los bienes que se especificaban» por testamento o por contrato. Los bienes de las capellanías fueron inalienables e imprescriptibles hasta las leyes de desamortización y suprimidas por Vélez del Código Civil. Cfr. José María OTS CAPDEQUÍ, *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, tomo I, Buenos Aires, 1943, p. 163.

²⁹ Hacia fines del régimen indiano comienza la intromisión del Estado en los asuntos de la Iglesia y las Indias, en tanto sociedad jerárquica que tendía a resumir la pluralidad en la unidad, con las nuevas ideas se tenderá a dividir la organización del poder y a los cuerpos sociales. Por ejemplo, con relación al poder estatal, se implementará la división de poderes, en cuanto a la administración de justicia se intentará imponer el juicio por jurados, ajeno a nuestra tradición jurídica; en la familia, se inclinarán por limitar la autoridad paterna y se fragmentará la propiedad familiar con la división forzosa e igualitaria de la herencia. El constitucionalismo de fines del siglo XVIII declaraba luchar por una limitación del poder absoluto, pero, en lugar de fortalecer a la familia y a las asociaciones intermedias, las omitió de sus textos constitucionales y, aún más, el aquel movimiento en Francia, la ley *Le Chapelier* de 1790 suprimió las corporaciones. Dos siglos más tarde vemos un agigantamiento en el tamaño del Estado y en la injerencia en asuntos antes librados a los demás actores de la vida política.

En este contexto de crisis y luego de la emancipación, el imperio de las antiguas leyes de Indias va a subsistir en nuestro país, siempre que dichas leyes no se opusieran a los nuevos principios de independencia y libertad de las provincias unidas, ni las disposiciones libradas desde el 25 de Mayo de 1810 (art. 2, cap. I, sección II, Reglamento Provisorio de 1817).

La Constitución nacional y los códigos de fondo terminarán por imponer un nuevo ordenamiento normativo, apartado ya de la legislación colonial, aun cuando todavía perviva su influencia en el trasfondo del derecho actual en varios aspectos del derecho público (v.gr. cuestión de la Iglesia y del Estado, Patronato y Concordato) y del derecho privado (v.gr. derecho procesal).

5. Conclusión

El régimen jurídico-político indiano hundió sus raíces en el pensamiento clásico y supo ajustarse a la realidad americana. Ofrece unas instituciones que han sido testigo de un largo tiempo de paz y de moderada prosperidad, consagradas por la experiencia de nuestros antepasados y que constituyen un antecedente de nuestro ordenamiento jurídico-político que, si las redescubrimos, podrían adornar y engrandecer las instituciones jurídicas del presente.

En síntesis, las antiguas instituciones indianas son parte de nuestro rico patrimonio cultural y un verdadero monumento jurídico, si nos atenemos a la acepción que brinda el Diccionario de la Real Academia Española de la palabra monumento, definida como un objeto o un documento de gran valor para la historia, así como también una obra científica, artística o literaria, y podríamos agregar nosotros también jurídica, memorable por su mérito excepcional.