

EL DOMINIO DE LAS INDIAS: LA TOLERANCIA COMO REGLA DE GOBIERNO DE LA MONARQUÍA

Por el académico DR. Eduardo Martíre

*a veces conviene disimular algo
para no lo turbar y embarazar todo*

(Solórzano Pereira)

SUMARIO: 1) Introducción; 2) La “tolerancia” durante los primeros años del gobierno de la Indias; 3) El apogeo de la “tolerancia” en Indias; 4) La tolerancia en el importante caso de la magistratura indiana; 5) La “tolerancia” en el siglo de las luces.

1) Introducción

Advirtamos desde un comienzo, que los vastos y complejos territorios ultramarinos de América y Asia fueron gobernados por la metrópoli española durante largos siglos mediante un sistema de gobierno del que estaba prácticamente ausente la fuerza armada y del que al menos durante largos siglos no podría hablarse de unos “reinos” o “colonias” sometidos a un gobierno despótico o autoritario. Todo ello sin perjuicio de advertir en el siglo XVIII y en especial durante su segunda mitad nuevas “riendas” en el manejo de los dominios ultramarinos que marcan un nuevo tono, más “ejecutivo” y centralizador, por la aplicación de la política traída a España desde Francia por una nueva dinastía, que alteraría las seculares relaciones entre gobernantes gobernados e iniciaría el comienzo del fin de la dependencia. De ello me he ocupado

especialmente por lo que nada diré en esta ocasión. A esas páginas me remito¹.

Ahora bien cuando hablamos de un “gobierno tolerante” o de su ejercicio de una manera “tolerante”, tales afirmaciones no se vinculan ni mucho menos con materia religiosa, ni racial, ni en general discriminatoria, sino que se trata de lo que podríamos llamar una “tolerancia política”, es decir de un “estilo de gobierno” de la Monarquía para conducir por caminos apropiados el inmenso imperio que Dios había puesto en sus manos y mantener sujetos al solio real, en paz y justicia, a los innumerables y variados súbditos que lo habitaban. Para hacerlo el monarca debía “tolerar”, es decir aceptar muchas veces comportamientos reñidos con las normas de derecho imperantes, en beneficio de no provocar daños mayores que los que se habían querido evitar con las disposiciones en vigor.

Comencemos por señalar que tener por regla “tolerar” en el ejercicio del gobierno hace a la esencia misma del poder, del Poder Real, y al *ordo iuris* en que ese poder se enmarca, que no es otro que el del derecho común romano canónico, considerándolo integrado con el derecho propio (para el caso) castellano- indiano².

Tolerar es en suma soportar unas conductas inapropiadas, desarregladas, permitir un comportamiento apartado de las normas vigentes, unas veces por responder a matices de interpretación diversos de los criterios que podríamos llamar “oficiales”, otras por actitudes u obras francamente contrarias a lo normado, siempre en aras de no provocar resultados mas graves de los que se habían querido evitar (*evitare peior mala para bono pacis*).

La tolerancia se tuvo presente, en el manejo de todo el imperio, no fue algo particular del gobierno de las Indias, pero sin embargo debió acentuarse ese “estilo” en los extensos territorios agregados a la Corona a partir de 1492. Los innumerables factores y circunstancias que singularizaron al Nuevo Mundo y lo distinguieron del Viejo, serán otros tantos motivos para aplicar un gobierno “tolerante”, aun cuando en un comienzo hubiese parecido

¹ EDUARDO MARTIRÉ, 1808. *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación americana*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001 (Hay una segunda edición: Buenos Aires, El Elefante Blanco, 2002)

² E.MARTIRÉ, “Algo más sobre Derecho Indiano (entre el *ius commune* medieval y la modernidad)”, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, tº LXXIII, Madrid, 2003, p231/263

que no era precisamente ese tipo de temperamento el conveniente allende el Océano, es decir que no era la presencia en América de un gobierno “lábil” lo apropiado.

El rey del viejo régimen tiene como una de sus cualidades esenciales la clemencia (estrechamente vinculada a la tolerancia), condición a la que la literatura política apela con insistencia para fundar la legitimidad del régimen. El monarca *es padre y pastor de sus súbditos* y por tanto aspira a hacerse amar más que temer. Esta doctrina postula como regla de oro que el rey antes debe ignorar y perdonar que castigar, aunque ello fuera en detrimento de una rigurosa aplicación del derecho. De tal situación derivará un régimen general de gobierno, especialmente penal y disciplinario, que se ha llegado a clasificar de inconsecuente, en el que el rey – supremo juez – amenaza con castigar las conductas contrarias a derecho, sin cumplir con esa amenaza cuando la “mala” conducta se presenta. Pero ello no obsta a que el príncipe mantenga incólume la norma amenazadora (como por ejemplo la pena capital frente a determinadas violaciones del *ordo iuris*). Ello es así por cuanto a pesar de los términos elocuentes de la norma y de su consecuente sanción en caso de incumplimiento, su efectiva aplicación (ejecución) estará siempre sujeta a la valoración de las situaciones de cada caso particular, siendo el perdón real y cualquier otra forma de clemencia una posibilidad omni presente en el obrar de ese supremo juez.

Es más, al erigir al perdón como parte ineludible de la sanción contenida en la norma, a punto de constituirse en una suerte de costumbre rutinaria, el juez del antiguo régimen será “señor de la Justicia y mediador de la Gracia” (*summum ius, summa clementia*)³. Son notas características de la benignidad de la administración de justicia de los siglos de dominación hispana y de la apreciación benévola y “tolerante” aún de las propias violaciones de los jueces al entramado de reglas que pesan sobre ellos.

La tolerancia está también estrechamente vinculada con la “simulación”, instituto que tiene su origen en el Derecho Canónico, interpretada desde los tiempos de Graciano como forma de eximir al superior de oponerse al acto cuestionado. En el Derecho Canónico funcionaba magníficamente el *dissimulare poteris* y junto a él y más modernamente el *tolerari postest*, que combinados consistían en

³ A.M.HESPANHA, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.229,232 y sig.

suma en “ *un’ armonica direttiva d igoverno dei fedeli*”⁴. El autor que acabamos de citar aún cuando distingue y diferencia la simulación de la tolerancia, en materia canónica se entiende, no deja de admitir que ambos institutos responden a una exigencia del gobierno de la Iglesia, “quella dell’istituzioni di ripieghi contro il male, e cioè di mezzi attenuati, indiretti – diverse de la sanzione – di lotta contra la ilegalità, l’indisciplina”, siempre teniendo a la vista el principio fundamental “ *del evitare peior mala... para bono pacis*”⁵.

Esta claro que la tolerancia consiste en buscar, bien que de una manera indirecta, el mantenimiento del orden jurídico establecido, que aunque se lo vulnere con una conducta contraria, se procura resguardarlo a través de soluciones diferentes a la pena.

Un pasaje del célebre jurista del siglo XVII Castillo de Bovadilla aclara la vinculación de tolerancia y disimulación: “ el juez inconsiderado más daña [al] ejecutar rigurosamente las leyes, que el sabio disimulando con ellas” (*Política de Corregidores*,(1616) II,iii,1). En suma, perdonar, permitir, dispensar, aún cuando los significados de estos vocablos puedan no coincidir exactamente, nos están dando una aproximación al “ estilo de gobierno “ de que hablamos.

Esa tolerancia forma parte de las condiciones basales del buen gobernante indiano. Virreyes, gobernadores y oidores y aún funcionarios de menor rango, han de saber ser tolerantes con el gobernado, comenzando por tratarlo con buenas palabras, mansamente, aunque le ahorquen al día siguiente, si es necesario, dándole acogida y tratando de protegerlo. El vasallo que acuda a la autoridad habrá de sentirse “como el que de la gran tempestad de la mar entra en puerto seguro” al decir del ilustre jurista y oidor de Charcas, don Juan de Matienzo en su *Gobierno del Perú*(1567)⁶.

⁴ GIUSEPPE OLIVERO, *Studia canonica, dissimulatio e tolerantia nell’ordinamento canonico*, Milano, Dott.Giuffrè Editore, 1987, p.7

⁵ Idem.,p.152,170. Es interesante que nuestro autor recuerde en p.5 de esa misma obra, como base de sustento de un comportamiento “tolerante” un texto de San Agustín, titulado *Pro pace Ecclesiae mali sunt tolerandi*, que expresa: *Qui ergo voluit Dominus noster Jesus Christus admonere Ecclesiam suam, quqndo unum perditum inter duodecim haberse voluit, nisi ut malos toleremus, ne corpus Chisti dividamus?* (c.3, Causa XXIII, qu. IV)

⁶ Parte II, cap.I. Utilizo la edición preparada por GUILLERMO LOHMANN VILLENA: Juan de Matienzo, *Gobierno del Perú (1567)*, Edition et Etude préliminaire par ..., Paris-Lima, 1967, p.207

El principal fundamento de la necesidad de esta forma de ejercicio del mando en América, es la distancia existente entre las Indias y el centro del poder peninsular, lo que provoca que las más de las veces la solución arbitrada por la Corona para dar remedio a las necesidades locales, llegue de la Península tarde y a destiempo; también lo es y tan principal como el anterior, las largas extensiones y las diversas características que separaban los distintos centros urbanos entre si, en el propio escenario indiano, generador de disímiles situaciones geográficas y humanas, de resultas de lo cual lo bien resuelto para un lugar no necesariamente lo habría de ser para otro. Por lo demás cada una de las características que conforman la particularidad del Nuevo Mundo justifican semejante temperamento.

Un autor del siglo XVII de la talla de Juan de Solórzano Pereira, tal vez el más estimado en su tiempo en materia indiana (y aún en el nuestro), que como Matienzo, había sido oidor en el Perú, además de ocupar importantes cargos en el *cursus honorum* indiano, apela a la simulación para mostrar una conducta de gobierno tolerante, fundado especialmente en las razones que acabamos de señalar.

Aconseja Solórzano al gobernante indiano *no lo querer apurar todo, ni llevarlo por el sumo rigor del derecho, haciéndonos desatendidos de sus puntos y tolerando semejantes desviaciones...*⁷⁷.

Veamos algunos casos particulares tomados de la obra de este respetado autor del XVII (*Política Indiana*, 1647): En algún supuesto simulación y tolerancia son equiparadas, para aconsejar no se aplique semejante regla, como ocurre por ejemplo, en un caso en que debe proceder el comiso de bienes, sin que quepa para evitarlo “disimulación o tolerancia” (VI, x, 36). Otras veces considera que la tolerancia debe ser manifiesta por parte del príncipe para eximir el cumplimiento de lo normado, lo que no ocurre –dice- cuando el rey insiste en el cumplimiento de la disposición violada, como ocurre con las normas sobre concesión de encomiendas de indios en cabeza de beneméritos, que gobernadores y virreyes transgreden otorgándolas a personas allegadas. El apartamiento de estos funcionarios de la ley del rey, opina

⁷⁷ Cit. Por V:TAU ANZOATEGUI, “La simulación en el Derecho Indiano”, en *Actas del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Toledo, 19/21 de octubre de 1998)*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, vol.II, p.1737

Solórzano, no puede admitirse y sus normas deben aplicarse rigurosamente, “ pues para poder inducir la derogación del orden se requiere ciencia y *tolerancia* del príncipe que las despachó y mandó ejecutar”(III,viii,15)⁸.

Ahora bien, cuando nos pareciera cerrado el caso con esta opinión tan rotunda, a renglón seguido hace nuestro autor un claro acatamiento a la “tolerancia” en el ejercicio del mando, pues afirma que, a pesar de lo expuesto, no puede negarse que lo corriente es admitir la conducta abusiva de gobernadores y virreyes..., [por] convenir a la autoridad de los magistrados y del monarca que los nombra y aún a la utilidad pública que así se presume, pues a veces conviene “disimular algo, por no lo turbar y embarazar todo”(III,viii,16)⁹.

En el supuesto de la sucesión en las encomiendas por más de dos vidas y hasta cuatro, que no se admiten en el Perú, sostiene nuestro autor que está permitido en Nueva España *por simulación* y aún *por prorrogación* (prolongación), a pesar de las normas generales contrarias. Es que para Solórzano, como buen autor del antiguo régimen, cuando “la razón de alguna ley o disposición es demasiado general, se haya de restringir a los términos de la sujeta materia”, pudiendo existir jurisprudencia que la destruya (III, xxiv , 18/19 y 39).

En suma que a nuestro jurista práctico, que ha servido largos años en la administración de justicia indiana, no le cabe duda de la necesidad de atemperar la aplicación de la ley, en un orden jurídico en donde la norma debe estar acomodada a cada circunstancia y a cada lugar.

2) *El apogeo de la “tolerancia” en Indias*

La política de “tolerancia” se ejercía en la alta conducción del imperio peninsular y ultramarino. Especialmente en este último caso, una vez que, asentada la dominación española en el Nuevo Mundo, se trató de mantener incólume la posesión de esos territorios inmensos, “donde no se ponía el sol”.

Las circunstancias que rodearon la posesión de las Indias, durante el gobierno de los Austrias, a la muerte de Isabel y Fernando, fue asumiendo tonos de gravedad inusitada, interna y externamente. Y

⁸ Es mío el subrayado

⁹ El subrayado me pertenece

si durante los reinados del Emperador y de su hijo Felipe II, la situación no escapó de sus manos, aún cuando la tolerancia estuvo presente en sus actos de gobierno, la llegada de Felipe III y sus sucesores, los llamados “Austrias menores”, encontraron en esa política de la Monarquía, de “tolerancia”, el principal recurso para el mantenimiento de su poder en América, cada vez más menguado.

Claro que América presentaba problemas enormes. Por lo pronto el tema del indígena asombró y confundió durante largos años a una Monarquía escrupulosa en definir el trato justo para esos nuevos súbditos. El otro gran tema fue el de los criollos, con quienes la política oficial osciló entre atraerlos mediante situaciones de privilegio, como la concesión de encomiendas y otras granjería en donde se preferiría a los “beneméritos y descendientes de los primeros conquistadores” y su apartamiento de cargos de responsabilidad (sin llegar a lograrlo totalmente).

El indio terminó siendo considerado un hombre libre, sometido eso sí a una *capiti diminutio* obligado a tributar en prueba de sometimiento y a trabajar, mediante el pago de un salario justo.

En cuanto a los criollos, supieron desarrollar una silente y exitosa conquista del poder para ejercerlo en su “patria americana”, que arrancaron a zarpazos a una Corona cada vez más débil y permisiva, en donde para poder mantener en el redil a los numerosos y variopintos habitantes de esos inmensos territorios americanos, encontraron en la “tolerancia” la llave principal que cerraría el camino al descontento, las inquietudes y aún a la sublevación.

El importante grupo de los blancos criollos aceptó estar sujeto a un monarca distante y cada vez menos exigente, a cambio de presidir la sociedad indiana y ejercer en ella su influencia y su poder. A estos súbditos levantiscos, siempre disconformes de las gracias que recibían, que se enorgullecían de haber dado a la Monarquía, con la conquista de América por sus padres y abuelos, la situación de grandeza que de otra manera no habría logrado, se unían en Indias una numerosa población de color, de origen diverso, que conformaba un abanico étnico y social sumamente complejo y conflictivo.

La Monarquía, encontró sabiamente en la tolerancia y el disimulo (y permítaseme hablar de ambas “instituciones” en común aún cuando no puedo dejar de reconocer que no son idénticas) la forma de mantener su autoridad y a la vez alejar los conflictos que

podían presentar unos dominios lejanos, mal defendidos y peor administrados. Para ello concertó y mantuvo a través de siglos un acuerdo, un pacto callado, entre los habitantes de aquellos nuevos reinos (que nunca fueron colonias) y el centro del poder, sobre ciertas bases fundamentales, que hacían precisamente a esa política de “tolerancia” de que venimos hablando.

Los “reinos de las Indias” se habían incorporado a la Corona de Castilla, sin privilegios ni reservas, ni condicionamientos de ninguna naturaleza, como había ocurrido en cambio con otros de los reinos que pasaron a integrar la monarquía plural, pero las Indias estarían a cubierto de arbitrariedades o excesos de parte del poder central por efecto del espeso manto de circunstancias especiales que los protegía. Una capa que se nutría, en primer lugar, de las enormes distancias que la separaban de Madrid, lo que estorbaba y hasta anulaba una comunicación fácil y frecuente entre la metrópoli y sus dominios, que quedaban de tal manera en manos de la autoridades locales, que si muchas de ellas (como virreyes, gobernadores, oidores, oficiales de Real Hacienda, etc.) eran de nominación real, estaban sumergidos en un mundo extraño gobernado por el poderoso elemento criollo o acriollado, que había avanzado para hacerse no ya de los escaños concejiles, que monopolizó desde un comienzo, o de las poltronas del consulado de comercio, que usufructuó por derecho propio, sino de los mismos cargos de designación regia, como por ejemplo los de oidores y regentes, es decir la mas alta magistratura judicial. Según recientes investigaciones, hacia fines del siglo XVII y hasta la segunda mitad del siguiente, un gran número de miembros de las poderosas Audiencias indianas eran criollos, habiendo quedado de hecho bajo su control la mayoría de los tribunales de justicia de América¹⁰. Otro factor que integraba el espeso manto protector de las Indias eran las complejas relaciones del monarca y sus gobernantes indianos, sujetos a un cada vez más fuerte derecho local nacido por acción de los poderes periféricos, aceptado por Madrid. Y por fin, y decisivamente, el peligro de sublevaciones y desórdenes -siempre latentes- en lejanías mal defendidas y sin fuerzas de contención, como no fueran las espirituales de los sacerdotes, curas y frailes, defensores del orden establecido, y en general de origen americano.

¹⁰ M.A.BURKHOLDER & D.S.CHANDLER, *De la impotencia a la autoridad*, México, FCE, 1977, p. 58/59

También cooperaban a nutrir el espesor del manto protector de América los vínculos establecidos con el correr del tiempo, entre la multiétnica población americana, en donde prevalecía la presencia del blanco criollo, en la cúspide de la pirámide social, cultural y económica, siempre pronto a absorber a toda autoridad peninsular que llegase a esas distantes posesiones, y asociarlas con su grupo. Mestizos, negros y demás gentes de color transitaban entre la sumisión, real o ficticia al círculo criollo o peninsular, y los intentos de sublevación, el odio o el resentimiento.

En esta situación la ambigüedad del poder central, la indefinición, las imprecisiones, eran la regla, que se acomodaba, por lo demás, a las características particulares de un orden jurídico esencialmente impreciso y casuístico, como eran el *ius commune* y los *iuria propria*. En esas condiciones la “tolerancia” era el lógico estilo de gobierno, yo diría que el único posible.

Siempre fue difícil el gobierno de las Indias, por eso la habilidad de la Monarquía por mantener la sujeción de sus vasallos americanos fue ejemplar. Claro que para ello debió ceder, debió tolerar, debió darle a los habitantes de las Indias una suerte de autonomía que los colocara en condiciones de desarrollarse sin mayores tutelas ni lazarillos, aceptando el dulce yugo metropolitano, de un rey que exigía poco y permitía mucho.

4) *La tolerancia en algunos casos particulares*

Acerquemos la lente ahora, una vez trazadas las líneas generales de nuestro tema, a algunos casos particulares de “tolerancia” eligiendo para ello, por ejemplo, a la violación de las normas que gobernaban la alta magistratura indiana, por ser demostrativos de la aplicación de esa regla hasta en los más importantes escaños de la estructura del poder.

Partamos de la base de que en el antiguo régimen solo la conducta del juez y solo ella, era garantía de un fallo justo, ya que el magistrado no expresaba los fundamentos de hecho y de derecho que lo habían llevado a dictarlo, y aún estaba facultado en casos de verdadera necesidad, a variar el derecho vigente en aras de encontrar una sentencia justa. Frente a un derecho esencialmente incierto, como era el derecho común, la presencia de un “juez perfecto”, lleno de virtudes y de conducta irreprochable, haría posible la recta solución de los casos sometidos a su decisión, ya

que hacer justicia entre los hombres, era la primer obligación del soberano hacia sus súbditos. Para lograrla pesaban sobre el juez una larga serie de obligaciones que regulaban su vida pública y privada, que este debía cumplir rigurosamente, pues únicamente así lograría estar a salvo de tentaciones y malas influencias, que desbaratarían su recta conducta y harían peligrar la justicia de sus decisiones, es decir de sus sentencias. De ahí que a fuerza de prohibiciones y exigencias legales fue elaborándose en doctrina la imagen del *iudex perfectus*, que debía servir de modelo al magistrado del antiguo régimen¹¹.

Pues bien, aún en esta materia, las manifestaciones de disimulo y en suma de “tolerancia” con respecto al comportamiento de los magistrados fue enorme. En vez de castigar las violaciones a la ley, o de sancionar las conductas reñidas con el modelo del juez perfecto, la política de la Monarquía, en general, fue otra. Lo corriente era “tolerar”, atenuar las sanciones o bien olvidarlas, encontrar la manera de evitar una pena grave, de reducirla en lo posible, de darla por cumplida antes de tiempo si se trataba de suspensión en el oficio, de rehabilitar al infractor (a veces curiosamente ascendido en su carrera), de retener dentro de la administración de justicia indiana a elementos que hoy nos parece que hubieran de ser expulsados sin vacilación. A veces las inconductas, por graves que fuesen, se solucionaban con admoniciones privadas, o con el traslado del juez culpable a otro destino. En ocasiones una temporaria “comisión de servicio” lejos del teatro de sus hazañas era bastante.

En suma, que el poder del antiguo régimen y por tanto los juristas que lo auxilian descreen del valor absoluto de las normas generales y de las pautas de conducta que lleven esas características, aún cuando se tratase de materia tan grave como la conducta de los jueces, para buscar en el caso particular la solución apropiada, a pesar de que tal proceder implicase un apartamiento del derecho vigente, que no se derogaba por ello, ni mucho menos¹².

¹¹ Véase CARLOS GARRIGA & MARTA LORENTE, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 – España, 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol.1 (1997), p.97/142. CARLOS GARRIGA, *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994

¹² V.TAU ANZOATEGUI, op.cit.,p.173

La estructura normativa se mantiene incólume, es decir la “amenaza de la sanción” y la norma preceptiva misma, a pesar de la visión de un rey paternal de que hablamos al comienzo. Lo que varía, lo que se tolera y disimula, cuando así conviene a la autoridad, es su violación en cada caso particular que se presenta. Ello significa que también pudiera resolverse (y hubo casos en que así se lo hizo) la aplicación lisa y llana de la pena prevista en el ordenamiento jurídico. Posibilidad que –tanto como la clemencia– nunca desaparece.

Las visitas y residencias y las pesquisas consiguientes, eran los instrumentos de que se valía la Monarquía para vigilar y sancionar la conducta de sus altos funcionarios. Es por ello un material de gran riqueza para hallar casos concretos de aplicación de esta política de “tolerancia”, que no solo se ejercía en el manejo general de las Indias, sino que se aplicaba a cada problema de inconducta que se presentaba, aún cuando los sujetos que infringían las normas fuesen precisamente los jueces, destinados a hacerlas guardar.

El Consejo de Indias y el propio monarca, gustan “disimular” los hechos reprochables comprobados en el comportamiento de sus magistrados y funcionarios y “tolerar” desviaciones; aún en estos casos de altos magistrados judiciales.

Es así que se recomendaba especial tolerancia a los visitadores y jueces de residencia, que habrían de investigar la conducta de los jueces y sancionarlos, exigiéndoles que procediesen siempre con gran prudencia y morigeración. En 1642 el Obispo-Virrey de México Juan de Palafox y Mendoza (muerto en olor de santidad) aconsejaba a su sucesor obrar con los oidores con gran cuidado y respeto y salvo casos verdaderamente excepcionales no sancionarlos, sino remitir sus faltas para que se juzgasen en las lejanas residencias que les tomarían al finalizar sus mandatos (cosa que ocurría en general con la muerte o jubilación del oidor, o cuando era ascendido a otro cargo de mayor jerarquía), por no quitarles el respeto y reverencia que se le deben a tan altos personajes¹³.

Claro que semejante temperamento era algo más que “obrar con gran cuidado y respeto” como decía el Obispo-Virrey. Era una manera de que el problema se solucionase solo, sin más expediente

¹³ BIBLIOTECA DE AUTORES ESPAÑOLES (BAE), tº 276, p.62/63 (El subrayado me pertenece)

que dejar pasar el tiempo, que podía restañar heridas o hacer desaparecer el interés del particular ofendido por denunciar el agravio. En fin, no sancionar una falta inmediatamente de producida era algo más que un modo benévolo de conducirse con el infractor, sino un caso claro de disimulo, de tolerancia en el ejercicio del poder.

El célebre Solórzano Pereira, a quien ya hemos recurrido, dedica largos párrafos de su *Política Indiana* para recomendar moderación al juez visitador o a aquellos que sindicán a los magistrados indianos, a quienes para mejor inducir a la clemencia, les pide no olviden que los jueces “están puestos como blancos de lenguas o saetas de los calumniadores, facinerosos y mal intencionados, porque como haciendo bien su oficio no pueden complacer a todos ..., es forzoso que sean odiados de muchos, que les busquen calumnias y asechanzas para vengarse y descomponerlos”¹⁴.

Pedro de Alvarado al ser residenciado como lugarteniente de Hernán Cortés por hechos graves producidos durante la empresa de conquista de México, acude al “disimulo” para salvar sus culpas, que no deja de reconocer (se lo acusaba, entre otros graves cargos, de esclavizar a los indios de Acatepéquez y Moquizalco): Sostiene que “ Eran muchas las burlas que los dichos indios [nos] hacían, que estábamos yo y mis compañeros muy cansados, y tan hartos de los sufrir, y estando tan lejos de remedio y socorro, y entre tanta multitud de indios que, aunque alguna cosa [mala se entiende] se hiciese, se había de disimular y pasar, y no hacerme cargo de ello”¹⁵.

Por lo demás la “tolerancia” era invocada invariablemente por los magistrados que buscaban exculparse, o por sus letrados y apoderados que intervenían en los juicios de residencias o visitas, para beneficiar a sus clientes con esa regla contemporalizadora de conductas incorrectas. La “extraordinaria agudeza” de los juristas, de su tiempo, de que habla Mariluz Urquijo¹⁶, hallaría las circunstancias especiales con que navegar en las “inciertas” aguas del derecho común. Por severos –y me parece que no lo fueron

¹⁴ *Política Indiana*, V,x,31/32

¹⁵ Citado por JOSE MARIA VALLEJO GARCIA “Los juicios de residencia de Pedro de Alvarado en México y Guatemala”, trabajo presentado al XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Córdoba, España, 2005) en prensa

¹⁶ J.M.MARILUZ URQUIJO, *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla, 1952, p.XVI

tanto- que se considerasen los institutos de vigilancia y corrección, como vistas, residencias y pesquisas, orientadas a preservar el cumplimiento de la ley, ya se encontraría en el inmenso “cajón de sastre”¹⁷ del derecho común, al decir de Tomás y Valiente, la llave que pudiese abrir la puerta a la justificación de la mala conducta, a “interpretar” la norma que se violaba a favor del que lo hacía, a mitigar los efectos de la sanción aplicada o a rehabilitar al culpado. En suma a “tolerar”.

Además, con el transcurso del tiempo y a veces tempranamente, ciertas prohibiciones a los magistrados, de esas que se debían investigar en residencias y visitas, fueron perdiendo autoridad (es decir se fue tolerando su incumplimiento), como por ejemplo las contenidas en las leyes que prohibían a los oidores tener indios, o que les vedaban los tratos y contratos, o llevar una vida recatada, o casarse en su propio distrito o casar a sus hijos, sin licencia real, a pesar de la insistencia de las autoridades peninsulares y a veces locales, en lograr su observancia.

Cuando el visitador Jerónimo de Valderrama encontró en México que la mayoría de los oidores de la Audiencia tenían indios a su servicio y en tal cantidad, escribió al rey el 24 de febrero de 1564 con tono cómplice: “Tengo sospecha de que V.M. tiene noticia de ello y por alguna razón particular es servido que se disimule”. Lo que lo decidió a no tomar medida alguna y esperar las instrucciones del monarca¹⁸.

Con relación a los tratos y contratos, decía Castillo de Bovadilla ya citado, en el siglo XVII, que la prohibición de tratar y contratar que afecta a los ministros de Indias “aprovecha poco porque, desde los virreyes a los alguaciles, ninguno lo guarda y aunque a muchos castigan, ninguno se enmienda”. Lo ratificaba el oidor de Chile Calvo de la Torre en el siglo XVIII y en esa misma centuria el Licenciado José Lebrón y Cuervo dejaba constancia de ello en una de sus *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*: “están derogadas por la costumbre”¹⁹.

¹⁷ La expresión es de F.TOMAS Y VALIENTE, “De la Administración de Justicia al Poder Judicial”, en *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1990,p.19

¹⁸ Carta al rey de 24.II.1564, en P. ARREGUI ZAMORANO, *La Audiencias de México según los visitadores*, México, UNAM, 1985, p.243

¹⁹ C. GARCIA GALLO, “José Lebrón y Cuervo. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias”, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Vo.XI, Madrid,1970, p.349/537

Ya a mediados del siglo XVII, el visitador de Nueva España y oidor de Nueva Galicia le informa al Príncipe Felipe, en carta fechada en 1554: “Manda V.A., que los oidores no tengamos granjerías y tratos pero no faltan modos y cautelas para defraudar la prohibición de V.A., y a trueque de la pena, porque tienen por cierto que no se les ejecutará²⁰”.

Como ocurría con las demás prohibiciones, la de no casarse los oidores o de no casar a sus hijos e hijas con personas de sus distritos fue reiterada por el gobierno central en repetidas oportunidades, lo que habla de la insistencia en la violación y del interés de la Corona en mantener la veda. Desde un principio se trató de no observar la Real Cédula de 1575, que establecía la prohibición, aún cuando en ella se precisaba su publicidad y cumplimiento. La misma cédula preveía que debía darse lectura de su texto en sesión plena de la Audiencia y dar cuenta al rey de esa lectura.

Pero no hicieron así los oidores, según informaba el Consejo al rey en 1586, considerando hasta conveniente no haberse cumplido con ese requisito para poder aplicar S.M. la prohibición con sordina y a su regio arbitrio. Es decir para “tolerar” su cumplimiento. Oigamos al Consejo: “... aunque esta cédula se envió por vías duplicadas a todas las Audiencias, no se pregonó en ellas, y así quedó en los archivos, teniendo apercebidos y recelosos a los ministros para no incurrir en la pena ni contravenir lo ordenado *que fue la intención que se tuvo, mas que a ejecutarla con todo rigor*, pues podría ofrecerse algún casamiento que no tuviese inconveniente ...²¹. Es decir dejar abierta la puerta a la tolerancia. Las violaciones a esta prohibición fueron muchas y la “tolerancia” a tales conductas tan extensas como aquellas.

Como ya hemos dicho, a pesar de las graves penas establecidas en la ley, que amenazaba con el cese inmediato del magistrado y su inhabilitación, en general la infracción a la norma se castigaba con un traslado. Así resulta de numerosos casos registrados en el Archivo General de Indias. No fatigaremos a la audiencia con el relato de tantos expedientes.

²⁰ Carta de Lebrón de Quiñones al Príncipe, Taximaroa, Nueva España, 10.IX.1554, en FRANCISCO PASO y TRONCOSO, *Epistolario de Nueva España, 1505/1818*, México, 1939/1940, tº vii, p.223/250

²¹ E. SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de Indias*, Sevilla, 1935, tº 2, p.122/123

Sólo expondremos algunos, bien notables, a guisa de ejemplo. Un suceso de esas características fue el del oidor de Lima Licenciado Pedro Sánchez de Paredes, quien al estar en Trujillo, casó a su hijo de tres años con la hija de nueve de un rico encomendero. Casi al mismo tiempo el oidor de México Licenciado Valdés de Cárcamo casó a su hijo con la hija muy joven de una encomendera viuda, con intención de hacerse de sus indios, casi contra la voluntad de esta. Como el tema resultó escandaloso el Consejo, en vez de proponer al rey, según indicaba la Real Cédula de 1575, la privación del cargo de ambos oidores, toleró la violación a la ley y sugirió a Felipe II las permutas y lo logró, aún contra del parecer del monarca, que había anotado en la consulta: “Poca demostración parece mudarlos, de que podría ser que no se les diese mucho, pues dejando sus hijas casadas, tendrían poco que sentir la mudanza, y así se mire si convendría suspenderles de los oficios y que se les tome luego residencia, y así por ser hijas de menor edad y la prohibición que hay y haberse ido contra ella, se podría ordenar acerca de ello”²².

Un caso similar fue el casamiento sin autorización Real del oidor de Charcas Torres de Vera y Aragón con la hija mestiza del Adelantado Juan Ortiz de Zárate, por la que vino a heredar el cargo de su suegro de Adelantado y Gobernador del Río de la Plata, que confirmó el Consejo. Si bien el 4 de noviembre de 1578 se lo cesó como oidor, se toleró mantenerlo en la gobernación. En 1559 aún vivía en Charcas, gobernaba Buenos Aires por tenientes y era persona muy principal²³.

En el siglo XVIII las cosas seguían igual trote. Cuando se visitó la Audiencia de México en 1715 se descubrió que los oidores disculpaban las sanciones a los funcionarios inferiores por sus malos procederles contra los indios, violando expresamente las normas vigentes, y aún más, ante las protestas de los naturales contra sus gobernantes también “se las disimuláis, reservándolas para las residencias” (R.C.13.XII.1721).

En la residencia tomada al Fiscal de la Audiencia de Santo Domingo, Herrera y Rivero, se deja constancia de haber tomado nota el rey, según Real Carta de 15.XI.1768 dirigida al propio Herrera, del desinterés demostrado al no “haber cobrado ni pedido las antiguas utilidades anejas a dicho empleo (de Fiscal de Santo

²² Idem., tº2, p.125

²³ Idem., tº2, p.126

Domingo), ni los cien ducados que de inmemorial se han pagado a vuestros antecesores”. En sus declaraciones los testigos dijeron que ni “aún recibía los regalos que de estilo se hacían a los señores Fiscales ...” El juez al elevar el expediente de la residencia con sentencia laudatoria, dejó constancia de que “se negaba a recibir no solamente aquellos agasajos y regalos que por estilo antiguo se les hacían a sus antecesores por los capitanes o dueños de las embarcaciones que entraban a este puerto con víveres o sin ellos, sino también algunas cortedades de frutas del país que varias personas indiferentes y de respeto solían mandarles”. En suma que no había hecho lo que todos sus antecesores venían haciendo en contra de normas expresas que lo prohibían, sin que ninguna autoridad superior, ni en la Audiencia ni en el Virreinato les hubiese reprochado semejante “mala costumbre” *contra legem* que fue disimulada y tolerada por la Corona y sus servidores.

Cuando el Regente de la Audiencia de Lima Melchor Jacot Ortiz Rojano, comprobó al hacerse cargo de sus funciones en 1777, que los Fiscales cobraban cuatro pesos y medio, que partían con su Agente, por cada vista que se les corría y que los porteros exigían a los indios doce reales por cada provisión que les hacían firmar, sin norma alguna que autorizara tales excesos, sino todo lo contrario, nada hizo. Debió disimular y tolerar el abuso por ser costumbre inconcusa y bien recibida por los oidores de la Audiencia que la toleran por favorecer a sus amigos²⁴.

De manera que el incumplimiento de preceptos precisos no era cosa extraordinaria. En los altos tribunales indianos se disimulaba el cumplimiento de esas normas, ante el común beneplácito de quienes las violaban y se beneficiaban con ello, por supuesto, y de quienes debían velar por su cumplimiento y de la resignación de aquellos que sufrían los agravios.

Es notable que la corriente tolerante siga presente en el ánimo de juristas y gobernantes, aún en casos realmente asombrosos, como este en que se combina el nepotismo. Una R.C. de 23.II.1707 manda no se provean sacristías en el Arzobispado de Charcas, en personas menores de edad, porque obliga a servir las por intermedio de substitutos, pero que a pesar de ello se mantenga el nombramiento recaído en un párvulo de corta edad, pues se trata del hijo del Presidente de la Audiencia de ese distrito Francisco

²⁴ Archivo Histórico Nacional (AHN), Madrid, Sec.Consejos, Leg.21461

Vazquez y Velazco, “por esta vez, aun cuando la regla deberá ser la enunciada”²⁵.

Acabamos de señalar algunos ejemplos entresacados de muchos más, por ser harto elocuentes de “tolerancia” y “disimulo” en la aplicación de las normas y corrección de violaciones a esas mismas normas, con una insistencia y una constancia en la actitud de clemencia que nos muestra aún en los casos precisos de la administración de justicia indiana (nada menos), como se juzgaban las faltas de los altos magistrados de la Monarquía y con que resultados.

La regla ya enunciada por Castillo de Bovadilla en las primeras décadas del siglo XVII de que “el juez inconsiderado mas daña (al) ejecutar rigurosamente las leyes, que el sabio disimulando con ellas”, resultaba de aplicación corriente en los casos examinados, regla que por lo demás coincidía con las afirmaciones que en la segunda mitad del mismo siglo propiciaba Solórzano, que se venían cumpliendo aún antes que estos autores las estamparan en sus obras.

5) *La tolerancia en el siglo de las luces*

En el siglo XVIII nuevos vientos recorren la Península, insuflados con el ejemplo francés, desde la llegada de los Borbones al trono español. Los ya conocidos “decretos de nueva planta” de comienzos del siglo marcarán el nuevo estilo de gobierno de lo Monarquía ¿cabrá ahora también en estos nuevos tiempos la política “tolerante” de que hemos hablado?

Digamos en avance que en tanto impere en ella Península el *ius commune-ius proprio*, resultará prácticamente imposible dejar de disimular y de tolerar. Si bien es verdad que la obediencia a las normas y el culto a la ley escrita del rey comienza a ser materia de especial devoción, nunca se dejará de lado totalmente la “tolerancia” del gobernante hacia sus súbditos, claro que en esta nueva época, combinada con otros extremos de mayor rigor en la observancia de las normas, que antes o no se respetaban como ahora o no habían adquirido la importancia que en estos nuevos tiempos se les daba.

Un revitalizado espíritu “colonialista”, encuentra en el estricto cumplimiento de la ley, y no en su estudiada interpretación

²⁵ AHN,Consejos, Leg.20765

o en su apartamiento, es decir en el recurso a la “tolerante” apreciación del caso, el arma más poderosa de la reforma en que se empeñará la nueva dinastía. Las “reformas” harán tambalear las bases en que se asentaba el gobierno de convivencia y disimulo logrado a fuerza de concesiones y privilegios, pero esas son “otras historias”.

Para terminar la disertación señalemos que a pesar de los esfuerzos de los gobernantes del siglo XVIII por lograr una obediencia rendida a la ley del rey y una observancia estricta de sus mandatos, de lo que hay numerosos ejemplos, apelando inclusive a la militarización de la Monarquía, no para convertirla en una máquina de guerra y conquista, sino para hacer que sus servidores, su alta burocracia, fuese mas efectiva, mas subordinada a los mandatos del poder²⁶, no pudo desembarazarse la Corona de ese estilo “tolerante” impuesto desde hacía siglos.

Preanunciando los nuevos vientos que sacudirían el ramaje del gobierno de las Indias, el fiscal actuante en el juicio de residencia del primer virrey del régimen borbónico en el Perú, Marqués de Castellidosrius, sostendrá en dictamen de los primeros años del XVIII, en defensa de un cambio de rumbo en la política que se había venido siguiendo hasta entonces, que “El Rey y juez no deben excederse en la práctica de lo benigno, sino aplicarse más a la severidad; porque por la suma clemencia, el Rey es desatendido, la Ley despreciada y se inficiona la república y reinos, pero por la severidad, el Rey es honrado, la Ley se salva y el rebaño se conserva”²⁷. No se logró en definitiva un absoluto cambio de rumbo, a pesar de las nuevas riendas con que se trató el gobierno de América, que está sintetizado en este temprano dictamen fiscal.

Ello será así porque la “tolerancia” formaba parte del *ordo iuris* del *ius commune* romano-canónico, que aún subsistirá con lozanía hasta que la tormenta de la Revolución y sus anejas

²⁶ Ver E. MARTIRÉ, “La Militarización de la Monarquía Borbónica (¿Una Monarquía Militar?), en FELICIANO BARRIOS (cord.), *El gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Fundación Rafael del Pino, 2004, p.447/488

²⁷ Dictamen del fiscal del Consejo de Indias José Agustín de los Ríos de 12 de marzo de 1710 (AGI, Indif. General, 2720), cit. por ALFREDO MORENO CEBRIÁN y NÚRI SALA I VILA, *El “premio” de ser Virrey. Los intereses públicos y privados del Gobierno Virreinal en el Perú de Felipe V*, Madrid, Instituto de Historia, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004, p.76

corrientes constitucionalistas y codificadoras lo destruyan. Hasta entonces no se podía obrar desde el gobierno, sino sobre carriles “tolerantes”, disimulando faltas y violaciones al orden normativo, mientras ese orden mantuviese las raíces medievales que le habían dado origen.

¿Estaba en juego el reinado de la justicia al aplicar esta actitud “tolerante” por parte del poder? Respondo con las expresiones con que en su tiempo se juzgaba semejante regla de gobierno y con las que inicié esta disertación. “ El juez inconsiderado más daña [al] ejecutar rigurosamente las leyes, que el sabio disimulando con ellas” (Castillo de Bovadilla, *Política de Corregidores*,(1616) II,iii,1) . O la sentencia de otro gran jurista indiano Solórzano Pereira dirigida al gobernante indiano, quien debe: “no lo querer apurar todo, ni llevarlo por el sumo rigor del derecho, haciéndonos desatendidos de sus puntos y tolerando semejantes desviaciones...”. Es que el monarca padre de sus súbditos debe castigar haciéndose amar al mismo tiempo, para mantener incólume el derecho mediante el recurso a otra solución distinta que la aplicación rígida de la pena, siempre en aras del bien común, supremo objetivo de toda su actuación regia (*evitare peior mala para bono pacis*).

Cierro mi exposición recordando aquél párrafo del *Tridentino* contenido en el canon 2214 # 2 donde se amonesta que *saepe plus erga corrigendo agit benevolentia quam austeritas, plus exhortatio quam comminatio, plus caritas quam potestas*²⁸

²⁸ Cit. por G. OLIVERO, op.cit.,p16