

III. El buen tratamiento de los indios. Esta expresión, tantas veces repetida, fue uno de los principales objetivos perseguidos por el derecho y por la acción española en sus política americana. El problema tenía dos aspectos que es fácil distinguir, aunque no separar: la evangelización de los naturales y su condición legal y social frente a los españoles.

Las bulas alejandrinas ya habían encomendado a los Reyes Católicos difundir la religión entre los habitantes de las nuevas tierras y tratar de convertirlos e incorporarlos al cuerpo de la Iglesia. Y estos reyes, así como los que les sucedieron en el siglo XVI, asumieron leal y decididamente este deber que coincidía con sus propios sentimientos. Desde el segundo viaje de Colón se embarcan sacerdotes para las Indias, precedidos por Fray Bernardo Boil, a quien el Papa concedió amplios poderes espirituales. En un codicilo de su testamento, firmado a fines de 1504, la reina Isabel sostuvo que "nuestra principal intención fue... procurar inducir e traer los pueblos dellas (las Indias) e los convertir a nuestra Santa Fe Católica".¹⁴ Carlos V, en las Nuevas Leyes de 1542, repitió que "nuestro principal yntento y voluntad siempre ha sido y es de la conservación y agmento de los yndios y que sean ynstruidos y enseñados en las cosas de nuestra sancta fee catholica y bien tratados como personas libres y vassallos nuestros".¹⁵ Lo mismo dijo Felipe II en las ordenanzas para el Consejo de las Indias (1571): "ninguna cosa deseamos mas que la publicacion y ampliacion de la ley Evangelica, y la conversion de los Indios a nuestra Santa Fe Católica", lo cual era "el principal intento que tenemos".¹⁶ Órdenes en tal sentido fueron muchas veces reiteradas a todos los funcionarios; y este asunto dio origen a una copiosa legislación real y también canónica acerca de la forma en que debía procederse a la enseñanza religiosa, la administración de los sacramentos y otros problemas conexos.

En cuanto al segundo aspecto, fue también la Reina Isabel quien marcó el rumbo de la política a seguir. Colón había llevado a España algunos indios para venderlos como esclavos, y enterada de ellos dispuso; "agora nos madamos poner en libertad e habemos mandado el Comendador fray francisco de bovadilla

¹⁴ En GARCÍA GALLO, *Manual*, II, Madrid, 1959, No. 910, p. 728.

¹⁵ *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, 1945, II, p. 815. transcripción de ANTONIO MUÑOZ OREJÓN.

¹⁶ *Recop.*, II. ii. 8.

que lo llevase en su poder a las dichas yndias".¹⁷ Muy pronto establecido que los naturales de América eran seres libres y vasallos de la Corona, pero también necesitados de protección debido a su incapacidad. Gozaban de un estatus especial: se regían en lo posible por sus propias costumbres y en sus pleitos el trámite era sumario, pero para acostumbrarlos a tener una disciplina era preciso hacerlos trabajar. Se creó en muchas partes el cargo de Protector de Indios, que entre otras cosas debía ayudarlos en sus transacciones. Pero por otra parte estaban sometidos a muchas prohibiciones: no debían tener armas, ni andar a caballo, ni beber vino, ni realizar fiestas públicas, ni emigrar, y hasta el traje de las mujeres estaba sujeto a ciertas normas. El matrimonio monogámico dio origen a muchas reglamentaciones canónicas. Desde otro punto de vista, el derecho procuró que asistieran a los oficios religiosos y se crearon en ciertos lugares escuelas para la enseñanza del idioma castellano o para que aprendieran un oficio. Y desde luego les estaba prohibido practicar sus antiguos cultos. Las autoridades y los sacerdotes aspiraron sinceramente a inculcar la civilización europea pero sin que esto afectara la enseñanza religiosa.

Se presentó desde el principio el problema de las relaciones entre las dos razas. Los españoles querían que los indios trabajaran en las minas, en sus casa y en sus tierras, y hasta parecía que la disciplina del trabajo era necesaria para acostumbrarlos a la vida civilizada. Y también querían aquéllos mantener la jerarquía social que derivaba de la distinta cultura y capacidad. Se creó entonces (1503) la institución de la encomienda. Los indígenas fueron repartidos entre los principales conquistadores, con la facultad de emplearlos y la obligación de colaborar en su evangelización y de protegerlos y cuidarlos. Sin embargo, desde 1511 los dominicos denunciaron los abusos que los encomenderos cometían y lo malos tratos que se daban a los naturales lo cual impedía o dificultaba la enseñanza religiosa.

Se había producido el conflicto entre las exigencias de la acción evangélica y los intereses o las pretensiones de los principales españoles. Carlos V quiso suprimir las encomiendas (1542), pero el alzamiento de Gonzalo Pizarro lo obligó a derogar esta disposición. No obstante, desapareció en casi todas partes el "servicio personal", reemplazándolo por el tributo que lo indios debían al encomendero. Con el andar del tiempo, en muchos casos, el trabajo de los indígenas

¹⁷ R. C. de junio 20 de 1500 en RICARDO LEVENE, La reina Isabel y el sentido histórico de la legislación de Indias, en Boletín de la Academia Nacional de la Historia, vol. XXIV-XXV, Buenos Aires, 1950-51, p. 356-368, versión paleográfica del documento hecha por RAÚL A. MOLINA.

fue sustituido por el de los esclavos negros, por el de los mestizos o por el de otros indios que se contrataban libremente. Las encomiendas fueron lentamente desapareciendo.

IV. La buena gobernación y la justicia. El propósito de establecer un recto ordenamiento en el Nuevo Mundo se expresaba entonces con la idea de la buena gobernación y la justicia como suprema aspiración del sistema político y judicial que debía implantarse. Esto se refería principalmente a la "república de los españoles", como entonces se decía, porque eran éstos los que en forma directa estaban vinculados con las autoridades y los tribunales, incluyendo en este concepto el régimen fiscal. Ese objetivo implicaba un impulso permanente hacia la juridicidad de la organización el Estado, es decir la subordinación de todo el conjunto a un sistema de normas que asegurara el imperio del orden y la realización de la justicia.

Castilla había sido el primer estado Europeo en someterse a esa sublime idea. Las Partidas fueron la expresión cabal de esas aspiraciones. Sólidamente fundadas en una concepción cristiana, la obra de Alfonso el Sabio se destacaba por ser a la vez una enciclopedia del derecho y un código que derivaba sus preceptos de las enseñanzas de la religión y de la moral. El rey era la primera autoridad que debía inspirarse constantemente en la virtud y la justicia, entendida en su más amplio sentido, como comprensiva de toda la autoridad del gobernante. Del mismo modo, el derecho indiano se inspiró en idénticos principios, con referencias permanentes a los deberes religiosos. En lo que ahora nos interesa, las ordenanzas del Consejo de las Indias (de 1571 y 1636) le indicaban que "para la buena gobernación y administración de justicia pueda ordenar y hacer con consulta nuestra (del rey) las leyes... que por tiempo para el bien de aquellas Provincias convinieren".¹⁸ Y las audiencias fueran establecidas "para que nuestros vasallos tengan quien los rija y gobierne en paz y justicia".¹⁹

La recta conducción del Estado exigía naturalmente la existencia de organismos formados por elementos de alta capacidad y con la preocupación

¹⁸ Recop., II. ii. 2. El Consejo de Indias debía "para el buen gobierno de nuestras Indias" proponer al rey "personas de las calidades, letras, virtud, entendimiento, suficiencia, experiencia y aprobación que conviene, a fin de llenar las vacantes de oficios en las Indias" (id., II. ii. 30).

¹⁹ Id., II. xv. 1.

permanente de obrar de la mejor manera posible, fomentando el desarrollo y el progreso de las regiones que dirijan. Estos eran, en España, el rey, el Consejo de las Indias y la Casa de Contratación, principalmente. Y en América los virreyes, las audiencias y los gobernadores de las provincias, entre otros. Como era evidente, todo dependía de la calidad de las personas que iban a ser encargadas de cumplir aquella alta finalidad.

El derecho buscó sin duda las formas de lograr esa buena gobernación. Estableció sistemas de control y multiplicó las exigencias y las prohibiciones. Y hubo además modos de sancionar la corrupción, y la inconducta, como la visita y la residencia. Pero también éstas funcionaban a través de personas no siempre imparciales.

Junto a la buena gobernación, y estrechamente unido a ella, aparecía la recta administración de la justicia. Desde los siglos anteriores las Partidas exaltaban la primacía de esta virtud como propia del oficio real: "Vicarios de Dios son los reyes, cada uno en su reyno, puesto sobre las gentes, para mantenerlas en justicia, en verdad quanto en lo temporal".²⁰

Esta finalidad surge casi de inmediato. Los desaciertos de Colón en la Española obligaron a designar a Francisco de Bobadilla como Juez Gobernador, señalándole la necesidad de atender "a la ejecución de la nuestra justicia, y a la paz y sosiego y buena gobernacion de esas dichas islas e tierra firme".²¹ Desde entonces, la función judicial queda incorporada al cargo de gobernador. Más adelante, siendo gobernador Diego Colón, se nombraron tres jueces de apelación para entender en segunda instancia, y éstos fueron el antecedente de las futuras audiencias.

En el concepto de la época la justicia era una función de enorme amplitud. No sólo abarcaba la jurisdicción contenciosa, sino que además invadía muchas funciones de índole gubernativa que implicaban el ejercicio de una justicia legal o política.²² Como no existía entonces el sistema de división de los poderes,

²⁰ Part. II. i. 5.

²¹ Título del 21 de mayo de 1499, en MARTÍN FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XV, II, Buenos Aires, 1946, p. 277 (la edición original es de Madrid, 1825).

²² RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, La organización judicial argentina en el período hispánico, Buenos Aires, 1952 (2a. ed., 1981), p. 143.

todos los funcionarios de cierta categoría tenían, junto a sus poderes gubernativos y jurisdiccionales, otros poderes que propiamente correspondían a esa tendencia rectora o reguladora de la justicia, y que debía actuar, por ejemplo, en la distribución de las encomiendas o de las tierras, en las designaciones en cargos públicos, en el trato debido a los indios o en la solución de sus problemas. Las audiencias desempeñaban, en este sentido, una importante función, porque eran los máximos custodios, en América, del mantenimiento de la justicia y de actuar cuando se producían situaciones ilegales.²³

Tal importancia se dio a esta función de justicia ampliamente concebida, que al sancionar la Recopilación de 1680 se dijo que fue "el primero y más principal cuidado de los Señores Reyes nuestros gloriosos predecesores, y nuestro, dar leyes con que aquellos Reynos sean gobernados en paz, y en justicia".²⁴ En esta expresión de deseos y de objetivos jurídicos, la justicia aparece como una virtud comprensiva de toda la actividad gubernativa y política.

En cambio, un siglo después la Real Ordenanza de Intendentes para el virreinato del Río de la Plata (1782) encomendaba a los nuevos funcionarios "mantener la paz entre los pueblos de sus provincias, evitando que las justicias de ellos procedan con parcialidad, pasión o venganza". Ahora se atendía solamente a la función jurisdiccional.

V. El monopolio español de la navegación y del comercio. Desde que se tuvo noticia del descubrimiento colombino, los Reyes Católicos decidieron dirigir exclusivamente el intercambio con las nuevas tierras. Las bulas los autorizaron a excluir a los extranjeros, pero además y aun con respecto a los nacionales - aquéllos prohibieron la salida de cualquier navío sin su permiso o licencia. Y esta política se mantuvo, aunque con grandes excepciones, hasta el final del siglo XVIII.

El primer organismo creado para las Indias, cuando apenas se habían realizado los llamados "viajes menores" y antes del cuarto de Colón, fue la Casa de la Contratación instalada en el Alcázar de Sevilla. Esta premura puede dar idea de la importancia que se le atribuía, cuando aun faltaban dos décadas pa-

²³ Id., p. 144-145.

²⁴ Ley de mayo 18 de 1680, que aprueba la Recopilación.

ra la creación del Consejo, que sería el sistema rector de todo el ordenamiento del Nuevo Mundo e incluso de la Casa.

El presidente y los oficiales residentes en Sevilla tenían la misión de controlar los navíos, los pasajeros, los tripulantes y las mercaderías que partían hacia las Indias, y de cumplir las mismas funciones al regreso de los barcos con su cargamento y sus pasajeros, cuidando especialmente todo lo concerniente a la hacienda real. La Casa era, por lo tanto, el órgano que debía asegurar el monopolio de la navegación y del comercio de ultramar, porque todos los navíos debían aparejarse, cargar y partir del Guadalquivir con sus debidos registros y obligatoriamente volver al puerto de salida para someterse a idénticos controles.

Los peligros derivados de la piratería obligaron a organizar esa navegación en convoy, escoltadas las flotas por los galeones armados para su defensa. Los puertos de llegada fueron Veracruz, Cartagena y Portobelo. Allí se realizaban las ferias, y las mercaderías eran enviadas luego a México o Centroamérica o bien, cruzando en istmo de Panamá, a lo largo de las regiones del Pacífico. Buenos Aires, único puerto que España poseía en el Atlántico sur, quedó al margen de ese derrotero, y sólo consiguió que llegaran esporádicamente algunos barcos para surtirla de productos indispensables.

Todo este sistema mercantil estaba minuciosamente legislado y sujeto a infinitos controles. El tema ocupa todo el libro IX de la Recopilación, el más extenso de ese ordenamiento, lo cual evidencia por sí solo la importancia que se le daba dentro del conjunto del sistema.

Los borbones introdujeron en España otras ideas más modernas. Empeñado en restaurar la grandeza de la monarquía, Felipe V consideraba que "el Comercio de la Carrera de las Indias (era) el fundamento principal de la conservación de mis Dominios, y de la opulencia y alivio de mis vasallos";²⁵ y que el interés de estos últimos "y la convivencia recíproca de mi Erario Real consisten principalmente en el regular, y necesario curso de los Comercios, fundamento único de la opulencia de las Monarquías".²⁶ Estas ideas sólo más tarde determinaron los cambios producidos en el régimen del monopolio.

²⁵ Reglamento sobre derechos de los navíos de registro, septiembre 20 de 1720, en *Documentos para la historia argentina*, V, Buenos Aires, 1915, p. 58.

²⁶ Proyecto para galeones y flotas del Perú y Nueva España, abril 5 de 1720, en *id.*, *ibid.*, p. 21.

En 1765 se habilitaron nuevos puertos en España para el comercio con las islas del Caribe, y esta franquicia se extendió sucesivamente a otros lugares de América, con lo cual desapareció la exigencia del puerto único de salida y de llegada, iniciándose la nueva política del comercio libre en navíos nacionales. Pero la reforma más importante se hizo en 1778, mediante el Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España a Indias. Se exigía que los buques pertenecieran "enteramente a mis Vasallos", y que fueran españoles los oficiales y marineros, estos últimos en proporción de dos tercios. Quedaban habilitados numerosos puertos, tanto en América como en la península, y se favorecían con rebajas de derechos los efectos vernáculos. En los últimos años del siglo, habiéndose interrumpido el tráfico de España a causa de la guerra, fue preciso autorizar nuevas formas de comercio en las Indias, incluso con naciones extranjeras, lo cual puso fin al sistema de exclusivismo mercantil.

4. La progresiva declinación de esas aspiraciones

A lo largo de la historia de España y de América, desde el siglo XVI hasta la sucesiva emancipación de las antiguas colonias, se asiste a un lento proceso de decadencia durante el cual perdieron vigor o dejaron de cumplirse los fines más importantes del derecho indiano, y con ellos sus aspiraciones fundamentales. Es cierto que esta prolongada evolución conoció diversas alternativas, pero es evidente que si se contemplan esos tres siglos en su conjunto, puede advertirse claramente esa constante histórica que conduce, desde los Reyes Católicos y Carlos V, a la invasión napoleónica y al reinado de Fernando VII.

Procuraremos analizar aquí, no las fases de esa declinación, sino el destino que tuvieron los fines originarios de la empresa hispánica y por lo tanto las normas jurídicas que los sustentaban.

a) El imperio católico. Éste se formó, casi en su totalidad, durante el reinado de Carlos V, inmensas regiones de las Indias quedaron incorporadas a la Corona gracias al impulso conquistador de arrojados capitanes que organizaron sus huestes en América. Esas conquistas fueron conservadas con algunas ampliaciones realizadas en tiempos de Felipe II, y hoy forman el mundo his-

panoamericano, que rinde tributo de admiración y gratitud a España sin dejar por ello de celebrar su independencia.

El ímpetu conquistador desapareció a mediados del siglo XVI. Felipe II transformó el imperio en un organismo burocrático, y por consiguiente estático. Las conquistas se llamaron pacificaciones. Se prohibió utilizar la fuerza. Funcionarios del Estado, temporarios y rentados, reemplazaron a los dinámicos capitanes que habían promovido esa extraordinaria expansión territorial. El intervencionismo del Estado se fue acentuando.

El siglo XVII es una época de progresivo abatimiento en España, y esta situación se trasmite a las Indias. Los reyes se desinteresan del gobierno y delegan su autoridad en los válidos, que naturalmente realizan su política personal, con la notoria excepción del conde-duque de Olivares. España está vencida, vencida por las otras naciones, por la decadencia del comercio y de la industria, por el empobrecimiento de todas las clases. El gobierno de las Indias es patrimonio de los arbitristas, de los intrigantes, de los intereses creados. Los cargos públicos se venden, aun los de mayor jerarquía. Y así se llega hasta Carlos II, que murió con el siglo.

Los borbones procuraron mejorar esa situación sacando a España del abatimiento en que se encontraba, incluso como consecuencia de la guerra de sucesión. Ésta y otras guerras posteriores -en buena parte causadas por la alianza con Francia- no impidieron un cierto resurgimiento en la península. Pero la monarquía se inclinó resueltamente a la defensa de los intereses hispánicos y a la subordinación de América frente a ellos, al paso que procuraba afirmar su imperio para impedir las posibles rebeldías que podían ocurrir en sus dominios de ultramar.

Al final ocurrió el triste espectáculo de dos reyes que corrían a Bayona para suplicar el apoyo de Napoleón, defendiendo sus situaciones personales. Ni siquiera dejaron un regente que los reemplazara. Atrás quedaba el pueblo español que iba a luchar por su independencia. Atrás quedaban también las colonias de América que igualmente aspiraban a su independencia. Esos reyes, sucesores de Isabel, de Fernando y de Carlos V, olvidaron la corona, dieron la espalda a sus dominios y a sus vasallos y consiguieron el amparo que buscaban, pero quedándose en Francia. Había desaparecido la monarquía. El imperio se disgregaba.

Este imperio católico mantuvo sólidamente su exclusivismo religioso durante el siglo XVI y aún, aunque con menos fervor, en el XVII. Pero en la siguiente centuria se produjo un cambio en las ideas que no contribuyó a sostenerlo. Apareció - con el apoyo oficial - la teoría de que los reyes derivaban su poder únicamente de Dios, lo cual desplazaba a la filosofía escolástica de los siglos anteriores; la Ilustración, en partes atea pues era difundida por las sectas masónicas, se convirtió en la ideología dominante; y la Iglesia se vió sometida por los avances del regalismo, convertido entonces en la doctrina que hacía del Patronato un privilegio exclusivamente real. Muchos eclesiásticos adhirieron a estas orientaciones deletéreas, con lo cual la religión fue perdiendo el vigor de los tiempos anteriores. La Inquisición dejó prácticamente de funcionar.

El tratado de límites entre España y Portugal, firmado en 1750, fue un claro exponente de estos cambios substanciales. El gobierno quería, por razones estratégicas y mercantiles, recuperar la Colonia del Sacramento en el río de la Plata. Se llegó entonces a un convenio, llamado de "permuta", por el cual España entregaba a cambio de aquella plaza las siete misiones jesuíticas ubicadas al oriente del río Uruguay, que ocupaban con sus estancias casi todo lo que hoy es el Estado brasilero de Rio Grande do Sul. Eran tierras de los indios guaraníes, que por derecho natural, inveterada ocupación y solemne donación de los reyes les pertenecían. Allí estaban sus pueblos, sus cultivos, sus ganados vacunos, yeguarizos y lanares. Se les ordenaba, dándole una irrisoria indemnización, trasladarse al otro lado del río Uruguay. Los indígenas se negaron. Y luego de dos campañas en que intervinieron ambos ejércitos, fueron vencidos, masacrados y miles de ellos perecieron. ¿Qué quedaba del buen tratamiento de los indios? ¿Qué quedaba del deseo y de la obligación de convertirlos y civilizarlos?

Ese mismo tratado de 1750 fue un golpe tremendo dado a la acción misional de la Compañía de Jesús, porque significaba la destrucción de los pueblos y tal vez el regreso de esos indígenas a su estado primitivo. Años más tarde, en 1767, los jesuitas fueron "extrañados" de todos los dominios del rey. El resultado fue un daño irreparable para las misiones y para la cultura de América. Aquéllas pronto se disgregaron; ésta vio desaparecer a los mejores profesores, filósofos, científicos y expertos religiosos. Los jesuitas tenían en América las mejores universidades, numerosos colegios y estudios de todas clases que naturalmente decayeron. Y con su ausencia decayó la cultura y también la religiosidad que ellos mantenían con auténtica ortodoxia.

De este modo el imperio católico de Carlos V fue perdiendo sus características esenciales. Desde la época de Felipe II se acentuaron su orientación cada vez más estatista y su funcionamiento burocrático. La decadencia se tornó más profunda en el siglo XVII. Y con los borbones fue desapareciendo su relativa autonomía para quedar subordinado a la política y a los intereses de la península, hasta que desapareció la monarquía. Y también fue perdiendo, a lo largo de los siglos, la impronta religiosa que tuvo en sus orígenes, aventada por los progresos de la Ilustración, del despotismo y del abandono del primitivo fervor.

Las nuevas repúblicas americanas heredaron ese imperio disgregado y esa catolicidad desvanecida. Quedaban, sin embargo, una estructura territorial y una población vernácula que iba a sustentar las nacionalidades incipientes, libradas a sus propios recursos y deseosas de reconstruir su organización política. Esas nacionalidades habían recibido lo que quedaba del antiguo imperio de Carlos V. Ese legado, importantísimo legado, reunía el idioma de Castilla, la religión católica, el derecho que regía en las Indias y la cultura española, influida ya por los aportes locales. Estos países, por consiguiente, continuaron siendo países de raíz hispánica. Tales aportes constituyeron las bases esenciales e indestructibles de su personalidad. Y eran las que España había inculcado a lo largo de tres siglos, aunque diluidas por los cambios ideológicos y políticos ocurridos en esa nación, que había perdido el rumbo tradicional.

b) La exclusión de las demás naciones. El derecho estableció, desde la época de los Reyes Católicos y como principio fundamental, la norma que eliminaba a los extranjeros de la navegación y del comercio en el nuevo continente. Las Indias debían ser un coto cerrado a toda participación extranjera. Pero para sostener ese aislamiento era indispensable contar con una fuerza naval poderosa destinada a impedir las incursiones foráneas. La tuvo España hasta el descalabro de la Armada Invencible (1588), y luego comenzó la decadencia que ya mencionamos.

Desde mediados del siglo XVI aparecieron piratas, principalmente ingleses, incursionando en el Atlántico para combatir el tráfico y el comercio de España. Más tarde, desde los inicios del XVII, se fundan los establecimientos británicos en la América del Norte, y luego los franceses se instalan en el Canadá. Unos y otros, así como los holandeses, se apoderan de algunas islas del Caribe desde las cuales practican un activo contrabando y perturban las actividades

españolas, sin que faltaran los ataques a los mismos puertos siempre mal defendidos.

Los asientos de negros concedidos a extranjeros dieron la posibilidad de realizar un importante tráfico ilícito y de introducirse en las Indias. Sobre todo el que fue impuesto a España en 1713 para la South Sea Company, que no sólo tuvo ciertos lugares para mantener a los negros, sino también un barco en el Caribe con permiso para vender mercaderías. Esta concesión, motivo de interminables discusiones, concluyó en 1739.

La penetración foránea se produjo principalmente gracias al contrabando, a veces favorecido o tolerado por las autoridades locales. Los centros más importantes del tráfico ilegal fueron los puertos del Caribe y el Río de la Plata. En este punto el comercio clandestino aumentó considerablemente con la fundación de la Colonia del Sacramento (1680) que perduró, con interrupciones, durante casi un siglo.

En 1596 se autorizaron las "composiciones" de extranjeros que residían ilegalmente en las Indias, con ciertas limitaciones.²⁷ Pero la instalación de forasteros en el Nuevo Mundo, por razones mercantiles o por otras causas, se hizo cada vez más frecuente, y concluyó siendo una realidad admitida por los funcionarios encargados de expulsarlos.

El *mare clausum* impuesto por España en las Indias y por Portugal en las costas de África y de Asia fue discutido por Francisco de Vitoria al establecer ciertos principios del derecho de gentes: "por derecho natural a todos pertenecen los bienes comunes, como el aire, el agua corriente y el mar, los ríos y los puertos; y por derecho de gentes pueden las naves atracar en todos ellos... Luego su uso no puede vedarse a nadie".²⁸ Años después esta teoría fue desarrollada por Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), que sostuvo la doctrina de la libertad de los mares. En este filósofo y jurista español se inspiró Hugo Grocio (*De mare liberum*, 1609), mientras que la posición contraria fue defendida por Seraphim de Freitas (*De justo imperio lusitanorum asiatico*, 1625) y por el inglés John Selden (*De mare clausum*, 1635).

²⁷ Recop., IX. xxvii. 13 y sig.

²⁸ Relectio prior de Indis, III. i. Utilizo la traducción del Corpus hispanorum de pace (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1989).

Fuera de estas controversias, España siempre consiguió que se le reconociera, en los tratados internacionales, un espacio marítimo exclusivo. En el de Munster (Westfalia), firmado en 1648, Holanda prometió que sus súbditos "se abstendrán de navegar y traficar en todos los Puertos" de los españoles. En 1670, por el tratado de Madrid se dispuso que los ingleses "no dirigirán su comercio, ni navegarán a los puertos y lugares que el Rey Católico tiene en dicha India, ni comerciarán en ellos". Con mayor énfasis aseguró su Magestad Británica, en el tratado de Madrid de 1713, que sus navíos no pasarían al océano Pacífico ni llevarían su tráfico a ningún paraje de las Indias. Disposiciones análogas figuran en los tratados posteriores.²⁹ Pero todos estos solemnes compromisos eran, para quienes tenían el *sea power*, tiras de papel.

Durante la última década del siglo XVIII, cuando quedaron interrumpidas las comunicaciones entre España y sus dominios de ultramar a causa de las guerras, aquellos principios excluyentes del "comercio de extranjería" como entonces se decía, quedaron prácticamente abandonados al permitirse el tráfico negrero sin distinción de nacionalidades y el intercambio mercantil con las potencias neutrales. Por lo demás, el mundo había evolucionado en esos tres siglos, y ya no podían mantenerse normas que si eran aceptables en la época de la conquista resultaban obsoletas en los tiempos de la Ilustración y del movimiento revolucionario francés.

c) El buen tratamiento de los indios. Este objetivo primordial de la política española en el Nuevo Mundo se mantuvo firmemente durante los siglos XVI y XVII. La función evangelizadora fue acometida con entusiasmo por las órdenes religiosas (franciscanos y dominicos sobre todo) que en cierto momento aspiraron a actuar sin depender de los obispos, pero Felipe II hizo caso omiso de esas pretensiones. Aquellas órdenes religiosas formaron las reducciones, establecieron la enseñanza y edificaron capillas e iglesias conforme a las necesidades de cada lugar. No faltaron las quejas y denuncias contra clérigos y frailes por su mala conducta y su codicia, pero siempre se procuraba corregir esos inconvenientes. Los Concilios de México y de Lima establecieron reglas para la predicación y ordenaron que ésta se hiciera en las lenguas vernáculas, para lo cual también se imprimieron los correspondientes catecismos.

²⁹ Para las citas ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, El sistema internacional indiano, en Estudios de historia del derecho, I, Buenos Aires, 1988, p. 256 y sig.

En el siglo XVII los jesuitas introdujeron, en las regiones fronterizas con el Brasil, un nuevo método para convertir y pacificar a los indígenas. Las misiones se organizaron fuera de todo contacto con los españoles y con la única dirección de los sacerdotes. El sistema dio excelentes resultados hasta que aquéllos fueron expulsados en 1767.

Los reyes quisieron tener la dirección exclusiva de esta empresa misional. A la concesión del Patronato (1508) sucedió, ya en tiempos de Felipe II, la ordenanza que lo reglamentaba (1574), centralizando su ejercicio hasta poner en manos de la Corona todos los nombramientos en cargos eclesiásticos. Aquel privilegio de la Santa Sede se convirtió en un beneficio a la vez religioso y laico. Tiempo después sería considerado simplemente como una regalía.

También los reyes se preocuparon intensamente por evitar la inhumana explotación de los indígenas y todos los excesos que se cometían contra ellos. Carlos V quiso en 1542 suprimir las encomiendas, pero la rebelión del Perú lo obligó a retractarse. Sin embargo, más adelante se consiguió eliminar en casi todas partes el "servicio personal" o trabajo forzado de los encomendados, y en el siglo XVIII fue desapareciendo gradualmente esta institución. Felipe II, en 1573, sancionó la ordenanza definitiva a reglamentar las conquistas prohibiendo en lo posible el uso de la fuerza. Por lo demás, algunos indígenas se fueron civilizando y aprendiendo oficios, pero la gran mayoría no pasó de un grado muy elemental de adelanto cultural.

El trato que los españoles dieron a los naturales dejó sin duda mucho que desear, y dio motivo a una campaña que todavía perdura. Las conquistas produjeron situaciones de guerra y de violencia, tanto más graves cuanto mayor fuera la resistencia de los aborígenes, como ocurre inevitablemente en todas las empresas de esta naturaleza. Cuando se produjo la sumisión de los indios y éstos fueron repartidos, los encomenderos, en general, extremaron su natural dureza hacia ellos: castigos a veces inhumanos, trabajos excesivos, abusos de todas clases e incumplimiento de los deberes religiosos y de asistencia que las leyes les imponían. Las quejas de los religiosos y sus frecuentes denuncias atestiguan el rigor de esos soldados convertidos en pobladores, y el espíritu dominante de los que venían de España con sus ínfulas señoriales y su deseo de someter a los indios. Tal vez esas denuncias fueran exageradas, como lo eran las de Bartolomé de las Casas. Habría que considerar la situación en los distintos lugares y según las épocas, pues seguramente hubieron excepciones

que no pasaron a la historia. Pero de todos modos, puede sostenerse que las leyes sólo alcanzaron a tener un escaso grado de cumplimiento, debido también a la tolerancia de las autoridades.

Con el transcurso del tiempo el problema de los indios fue cambiando. La creciente mestización y la llegada de los esclavos negros dio origen a nuevos sectores sociales que no estaban sometidos a la encomienda ni eran objeto de una protección legal. Fuera de los esclavos, los demás -las castas- gozaban de una gran libertad aunque con ciertas restricciones. El problema laboral cambió de aspecto, pues ya no dependía exclusivamente de la mano de obra indígena. Y así esta finalidad del sistema indiano se fue diluyendo al compás de esa evolución social.

Los borbones no presentaron mayor atención a la enseñanza religiosa de los naturales ni se preocuparon por civilizarlos. Ya hemos referido su actitud con las misiones jesuitas y la expulsión de la Compañía, actitud que pone en evidencia su desinterés por estos temas. La Ilustración no era proclive a su consideración. Ya estaban surgiendo otras finalidades como objetivos de la acción del gobierno unitario de España: el desarrollo del comercio de ultramar, el aumento de la producción sin perjuicio de los intereses peninsulares, y más tarde, ya en la época de Carlos II, el impulso por afirmar con mayor solidez el dominio de la Corona sobre las provincias americanas.

Aquella aspiración del derecho indiano tendente de procurar el buen tratamiento de los indios se cumplió con entusiasmo en el siglo XVI, con algo menos de energía en el siglo XVII, y con ninguna en la última centuria de la dominación española. El derecho no había cambiado, pero las normas protectoras ya no encontraban quien las cumpliera. El indígena dejó de ser la primera preocupación del Estado. Otras ideas, otros objetivos se impusieron con los borbones, y aquella finalidad quedó prácticamente olvidada.

d) La buena gobernación y la justicia. Como lo señalé anteriormente, aquella aspiración al buen gobierno y la realización de la justicia a la práctica. No eran suficientes las exigencias legales si éstas no llegaban a cumplirse, la pericia o la honradez de los funcionarios. Es cierto que el personal burocrático de todo tipo se tornó cada vez más numeroso y por lo tanto la selección se hacía más difícil. Pero esto no fue lo más grave.

Durante el siglo XVI las Indias tuvieron algunos excelentes gobiernos, sin duda porque los reyes pusieron especial cuidado en las designaciones. Pero en otros casos se equivocaron. Carlos V, en 1542, tuvo que expulsar del Consejo de las Indias a dos de sus miembros, el doctor Beltrán y el obispo Lugo, por sus cohechos y contravenciones.³⁰ Bajo Felipe II se nombró a Antonio González presidente de la Audiencia de Guatemala: en su Residencia "fue convicto de tantos y tan graves delitos -comercio prohibido, admisión de sobornos, tablaje público (casas de juego) y muchos casos de nepotismo-, que el Consejo de las Indias lo condenó a unos 1.700 ducs. de multa e inhabilitación perpetua para todo cargo de justicia en las Indias. Pero esta condena no impidió que pronto volviese a su antigua plaza de Oidor de Granada, que en 1584 fuese nombrado a Consejero de Indias - ambos oficios finalmente no estaban en las Indias. - y que en 1587, en contraposición directa con la citada sentencia, fuese elegido a Presidente de la audiencia de Santa Fe, de donde volvió a España muy poco tiempo antes de su muerte".³¹ En la visita que se le hizo por su actuación en la Nueva Granada fue nuevamente condenado, no obstante lo cual volvió a incorporarse al Consejo de las Indias. Murió en 1602 dejando una deuda de 3000 ducados que el rey perdonó a su viuda.³²

Esto ocurría en el Consejo en el siglo XVI. El nivel de inteligencia y de probidad de los funcionarios continuó descendiendo en la centuria siguiente. Desde la época de Felipe II hasta la de Felipe V, es decir, durante más de un siglo, funcionó el sistema de la venta de oficios, que evidentemente no podía contribuir al prestigio del elenco directivo. Al principio se autorizó la venta de algunos cargos de inferior categoría, pero luego la lista fue aumentando hasta comprender a los gobernadores, los miembros de las audiencias y hasta los virreyes. En esta forma, los cargos se concedían sin tener en cuenta la idoneidad de quienes hacían los "donativos gratuitos" a la corona y éstos, naturalmente, procuraban resarcirse en América del desembolso inicial, y con crecidos intereses. A su vez, los virreyes vendían en su propio provecho los corregimientos y alcaldías. Con este sistema la corrupción no podía dejar de existir.

Este mal fue, puede decirse una característica de la vida colonial, un mal difundido en todas las esferas y en todas las clases, en la burocracia y entre los

30 ERNESTO SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, I, Sevilla, 1935, p. 64-66.

31 SCHÄFER, II, Sevilla, 1947, p. 153.

32 FERNANDO MAYORGA GARCÍA, *La audiencia de Santa Fe en los siglos XVI y XVII*, Bogotá, 1991, p. 40-45.

sectores más elevados de la sociedad, en el clero menudo y hasta entre los dignatarios de la Iglesia. Por cierto esta afirmación tan generalizada tuvo numerosas excepciones, pero el vicio estuvo extendido y nunca pudo ser extirpado. "La corrupción en América no fue un mero abuso más o menos frecuente sino estuvo presente en todas las épocas y en todas las regiones de forma regular ...En la burocracia hispanoamericana se observaron predominantemente cuatro tipos de corrupción: comercio ilícito, cohechos y sobornos, favoritismo y clientilismo y, finalmente, venta de oficios y servicios burocráticos al público. Es de resaltar como regla general que la corrupción no se limitó a la burocracia solamente, sino que se encontraba -como transgresión de normas legales, religiosas y morales- de forma muy acentuada en la sociedad en general".³³

Con estos funcionarios -que por lo común venían a América a enriquecerse en pocos años- el buen gobierno y la justicia decayeron considerablemente y dejaron de ser una aspiración de ese elenco directivo, más atento a sus intereses personales que al cumplimiento estricto de las leyes.

e) El monopolio español. La idea inicial surgió cuando apenas se conocía el primer viaje de Colón y los Reyes Católicos esperaban lucrar con el pequeño tráfico que iba a organizarse. El procedimiento consistió en impedir cualquier navegación que no estuviera bajo su control. Pero con la ocupación de nuevos territorios con potenciales riquezas y el aumento de los pobladores y de sus actividades económicas el problema se tornó más complejo. Si Castilla aspiraba a manejar exclusivamente ese comercio, debió tener una industria poderosa para abastecer a las lejanas tierras de ultramar.

No era ésta la situación. El mercado sevillano se pobló de extranjeros -de Francia, Génova, Holanda, Inglaterra y otros- que exportaban sus mercaderías bajo cubierta de sus intermediarios peninsulares, y al retorno de sus viajes recibían sus ganancias en metálico que enviaban a sus respectivos países. De esta manera los 2/3 del tráfico y más tarde los 4/5 era beneficio que los extranjeros recibían. Igualmente foráneo era el comercio de contrabando que se practicaba en Sevilla y en Cádiz lo mismo que en el Caribe y en el Río de la Plata. En el Caribe los ingleses, franceses y holandeses se apoderaron de varias islas desde las cuales incursionaban a las costas ocupadas por los españoles. En el Plata el tráfico ilícito partía del Brasil y penetraba al interior para surtir a las

³³ HORST PIETSCHMANN, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América, México, 1989, p. 180.*

regiones vecinas. Más tarde la Colonia del Sacramento (1680-1776) fue la factoría que con ayuda de Inglaterra contribuyó al desarrollo de esa costumbre mercantil.

Los borbones procuraron revertir esa situación que empobrecía a España e impedía el crecimiento de América. Pero sólo bajo Carlos III se adoptó una actitud drástica al suprimir progresivamente el monopolio del puerto único (a partir de 1765). El nuevo sistema quedó ordenado en el Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España a Indias (1778), del cual nos ocupamos antes. Era una imitación del *Navigation act* de Cromwell (1651) que había forjado la grandeza de Inglaterra. El resultado fue extraordinario. El comercio aumentó considerablemente y ya no fue necesario recurrir al contrabando. Pero la vigencia del nuevo régimen mercantil fue muy breve. Otras guerras europeas interrumpieron el tráfico, América quedó desabastecida, fue preciso autorizar la importación de negros aún en navíos y por cuenta de extranjeros, se permitió el comercio con colonias neutrales y se otorgaron otras franquicias que pusieron término final al exclusivismo español.

5. Reflexión final. El derecho indiano fue un sistema jurídico creado durante el siglo XVI. Los Reyes Católicos pusieron los cimientos, y luego Carlos V estableció las instituciones fundamentales. Felipe II, por fin, ordenó y reglamentó ese conjunto de leyes que ya en su época alcanzó a tener un volumen considerable. Posteriormente, en el XVII, no se hicieron cambios substanciales. El derecho continuó siendo el mismo, con algunos agregados sin trascendencia.

En el siglo XVIII ese derecho parecía ya, en gran medida, obsoleto. Muchos cambios se habían producido en el mundo y en las Indias. El panorama social se había modificado con el notable crecimiento del mestizaje y la importación de esclavos negros. Los grupos superiores de las principales ciudades habían aumentado también en número e importancia. Se habían enriquecido. Practicaban el comercio o ejercían otras actividades que les daban prestigio y fortuna. Los españoles seguían llegando a las Indias y traían sus ideas, sus iniciativas, su deseo de prosperar. Todos ellos aspiraban a defender sus intereses influyendo en la conducta económica y política. Sin duda estaban preparados para tener alguna participación en el gobierno, lo cual era impensable en el siglo XVI.

Por lo demás, podían contemplarse los síntomas de la decadencia del sistema: el olvido del espíritu imperial, el relativo estancamiento de la acción evangélica,

la progresiva penetración extranjera, la incapacidad de la burocracia y la corrupción generalizada. Estos no eran defectos del sistema jurídico, pero sí inconvenientes graves que se habían producido al no darle cabal cumplimiento. Pero ya era muy difícil, después de un siglo, restaurarlo en su primitivo ideal y en su espíritu original.

El derecho indiano en el siglo XVIII, ya no alcanzaba a satisfacer las necesidades para las cuales estaba destinado. Sus primitivas finalidades apenas tenían vigencia entonces. Para restablecerlas hubiera sido necesario realizar un inmenso esfuerzo religioso, cultural, económico y marítimo que superara ampliamente las posibilidades y aun las aspiraciones de España.

Entonces era indispensable modernizar ese edificio en gran parte vetusto. Infundirle otras esperanzas, crearle otras finalidades. Reemplazar el espíritu imperial de Carlos V por la idea de la unión orgánica de pueblos hispanoamericanos; aceptar el concurso de otras naciones; crear un nuevo estatuto para los indios, los mestizos y las demás castas, eliminando instituciones vetustas; modernizar la administración pública con el concurso de las sociedades locales; dar a éstas alguna participación en el manejo de los problemas; y por último suprimir las trabas al comercio y abrir los cauces de la economía.

Yo bien sé que estas ideas eran muy difíciles de realizar entonces, y que mil obstáculos se oponían a tan drásticas reformas. Pero era indispensable intentar algunos cambios para volver a la América hispánica sus antigua vitalidad, la que había tenido en el siglo XVI, cuando esparcía por medio continente el idioma, la religión y la cultura traídos por los españoles.

Los borbones hicieron todo lo contrario. No quisieron una América rica floreciente sino una América sometida. Felipe V quitó al Consejo de las Indias sus funciones de gobierno, con lo cual desapareció el órgano que daba cierta autonomía y personalidad a las regiones de ultramar. Estas se convirtieron en dependencias de España. Más tarde triunfaron la Ilustración y sus nuevas ideas. La Iglesia Católica perdió la escasa libertad que aún conservaba y los jesuitas -promotores de la cultura y de las misiones- fueron expulsados. Con Carlos III se multiplicaron las designaciones de funcionarios españoles para eliminar a los criollos. Con las intendencias apareció el despotismo. La Iglesia y los cabildos quedaron sometidos. Una nueva burocracia, dominante y soberbia, vino a reemplazar a los antiguos estamentos, que significaban un cierto equilibrio del poder

en cada provincia. El derecho indiano, creado para fomentar el desarrollo armónico del Nuevo Mundo hispánico, se convirtió en un derecho anti-indiano, impuesto para asegurar su sumisión.

Es cierto que se decretó en 1778 el comercio libre y desaparecieron muchas de las trabas existentes. Pero esto se hizo, principalmente, para fomentar la marina y el desarrollo económico de España. El sistema tuvo escasa duración y desde finales del siglo las comunicaciones entre la metrópoli y sus colonias (así se llamaban entonces) quedaron prácticamente interrumpidas.

España advertía que estaba perdiendo el control de la América. El ejemplo de las trece colonias inglesas era aleccionador. La independencia era inevitable y España no estaba en condiciones de evitarla, aunque multiplicara las medidas de fuerza. Pero no quiso darse cuenta de esto, y lo que debía ocurrir ocurrió.