

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

El Jurista en el Nuevo Mundo

Pensamiento. Doctrina. Mentalidad

X La disimulación en el Derecho Indiano | 223–243



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

ISBN 978-3-944773-06-3
eISBN 978-3-944773-16-2
ISSN 2196-9752

First published in 2016

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin
<http://www.epubli.de>

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication
<http://global.rg.mpg.de>

Published under Creative Commons CC BY-NC-ND 3.0 DE
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de>

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie;
detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Cover illustration:

Christian Pogies, Frankfurt am Main

(Illustration taken from: Gregorio de Robles, *América a fines del siglo XVII. Noticias de los lugares de contrabando*; Introducción de Víctor Tau Anzoátegui, Valladolid: Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, 1980, p. 10)

Recommended citation:

Víctor Tau Anzoátegui (2016), *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh7>

X La disimulación en el Derecho Indiano*

SUMARIO: 1. Planteo del tema – 2. Trayectoria histórica y configuración indiana – 3. El discurso jurídico de Solórzano – 4. Entre textos legales – 5. En el mundo literario – 6. Cuestiones abiertas

1. Planteo del tema

Una visión del Derecho indiano entendida como orden normativo cerrado, exclusivamente legal, gozó de amplio consenso entre historiadores de varias generaciones. En las últimas décadas, puntos de vista más amplios empezaron a destacar otros modos de establecer el Derecho – costumbre, autores, estilo, etc. – y a reconocer la existencia de diversas potestades, jurisdiccionales y normativas y aun de poderes informales. Como consecuencia, se ha agudizado el interés por observar el tejido de la experiencia jurídica. Para avanzar en esta tarea es preciso conocer los mecanismos actuantes en el espacio que separaba la norma de su efectiva aplicación. La disimulación operaba en este ámbito.

Esta figura – parece necesario decirlo, aun a riesgo de caer en lo obvio – solo puede concebirse dentro de un orden jurídico caracterizado por reunir preceptos de diverso origen, naturaleza y alcance, que se invocan y aplican a los casos y situaciones, según fuese la materia, las personas y las circunstancias de cada uno. Lejos pues de tratarse de un conjunto de leyes abarcadoras de estricta aplicación. El jurista de entonces descreía del valor absoluto de las leyes generales.

* Publicado en *Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Toledo, 16 a 21 de octubre de 1998). Coordinador: Feliciano Barrios Pintado. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, vol. II, pp. 1733–1752. Tanto durante la elaboración del trabajo como en el momento de la exposición en el Congreso varios colegas me hicieron llegar sus opiniones y datos concretos que me han permitido enriquecer la redacción final. Entre ellos, debo agradecer particularmente a los doctores José M. Mariluz Urquijo, Bernardino Bravo Lira, Eduardo Martiré, Abelardo Levaggi y Nelson Dellaferrera.

Dentro de ese abigarrado tejido normativo hay intersticios que dan cierta libertad de acción a individuos o corporaciones para operar conforme a sus prácticas e intereses. Allí aparecen privilegios, excepciones, dispensas y también silencios, tolerancias y disimulaciones para moderar el rigor de ciertas normas; se admiten suplicaciones y actúan asimismo la equidad y el arbitrio judicial para templar la aplicación en los tribunales. Eran instrumentos a los que acudía el jurista para encontrar soluciones flexibles ante determinados hechos o situaciones reacios a someterse a las reglas vigentes. Mientras tanto el contexto político de la época participa de esta cosmovisión al tener por regla de oro que “el rey antes debía ignorar y perdonar que castigar, aunque fuera en detrimento de una rigurosa aplicación del Derecho”. Debía procurar hacerse amar más que temer.¹ De ahí la abundancia de gracias y perdones.

Esta cosmovisión resulta ajena a la mentalidad del jurista contemporáneo. El Derecho es concebido por éste como un sistema legal omnicompreensivo establecido por el Estado que se aplica deductivamente en su rigor literal, sin distinción ni elasticidad alguna. Aunque el modelo no funcione en la práctica siempre así, al menos ese criterio es dominante en el discurso teórico que ha formado la mentalidad de los egresados de las aulas jurídicas desde hace más de una centuria. En estas condiciones, para el modelo dogmático carecen de razón de ser los mecanismos que permiten contrastar las normas con la cambiante realidad social y con las circunstancias que rodean a las situaciones y casos concretos. Así la figura de la disimulación ha quedado fuera del campo de conocimiento y del léxico técnico del jurista actual.

La lectura de textos antiguos con “lente dogmática” es pues a todas luces defectuosa, ya que no permite descubrir los criterios propios de los juristas ni la mentalidad de la época. Las sucesivas generaciones de juristas e historiadores formados bajo el modelo dogmático no alcanzan a percibir en aquellos viejos textos el espíritu de ese “otro” Derecho, como es el anterior al siglo XIX. Naturalmente esto es más evidente con todos aquellos principios y figuras que han sido expulsados del conocimiento dogmático.

No es de extrañar pues que las huellas de aquellos antiguos mecanismos de aproximación entre normas y realidad estén en los mismos textos habitualmente usados por los historiadores – leyes, libros de jurisprudencia,

1 ANTONIO M. HESPANHA, “La senda amorosa del Derecho,” en CARLOS PETIT (ed.), *Pasiones del jurista*, Madrid, 1997, p. 39.

obras literarias, etc. – y, que nos serán notorios si practicamos una lectura despojados de aquella “lente dogmática.” Vocablos, giros, frases atesoran en esos textos un sentido que, con el transcurso del tiempo, se ha oscurecido o perdido. Suelen pasar rápidamente bajo nuestros ojos sin suscitarnos interrogantes o en todo caso sin que percibamos su genuino significado. Es que si en todo lector hay una tendencia irresistible hacia la “actualización del texto”, esto parece más evidente en los de índole jurídica, donde esa percepción ha sido una constante en todos los tiempos por exigencias profesionales y desde luego, como en nuestro caso, por la introducción de nuevos métodos y modos de encarar el fenómeno jurídico.

La disimulación está vinculada a la observancia del Derecho y ocupa un lugar dentro de la jurisprudencia casuista indiana. Se acudía a ella en la legislación, en las obras jurisprudenciales y en la práctica de gobierno. Es lo que me interesa perfilar en este ensayo, sin caer en una ‘purificación’ jurídica de la figura, pero sin confundirla con otras formas en que también aparece la disimulación, en especial la resonancia política que adquiere en el contexto de la Corte y el cortesano en la misma época del Barroco. Ella se hizo muy intensa sobre todo en Italia, donde la literatura política y moral acunó una infinita controversia acerca de su utilidad, honestidad y aun legitimidad.² Sin descartar una eventual vinculación con nuestra figura jurídica, no percibo claramente esa relación más allá de algunos rasgos de semejanza, y más bien creo que tuvieron características distintas, que tienen su correlato en diferentes usos semánticos de la voz.

La reconstrucción de esta figura requiere una paciente indagación empírica que se hace más vacilante si tenemos en cuenta que la antigua jurisprudencia, más práctica que teórica, no se ocupó de hacer una presentación conceptual de la misma. En el sentido que aquí nos interesa, hace más de medio siglo el maestro Rafael Altamira abrió camino en la observación de

2 Es en este sentido que TORQUATO ACCETO definía la disimulación como el ingenio de no hacer ver la cosa como es. Se simula aquello que no es, se disimula aquello que es (*Della dissimulazione onesta*, 1641). Sobre esta cuestión véase R. VILLARI, *Elogio della dissimulazione. La lotta politica nel Seicento*, Roma, 1987; ANTONIO M. HESPANHA, “La Corte”, en ídem, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, pp. 178–181; JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *Teoría del Estado en España en el siglo XVII*, 2ª ed., Madrid, 1996, pp. 256–260; ídem, “Maquiavelo y maquiavelismo en España”, en ídem, *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, vol. III, Madrid, 1984, p. 52. En este punto me han sido muy útiles los juicios y aportes de Bernardino Bravo Lira.

este vocablo. Lo hizo con su estilo característico dentro de las limitadas posibilidades de acceso a las fuentes históricas que tenía entonces, sacando cuestiones a la luz, planteando dudas, apuntando sugerencias. Se ocupó de la disimulación sólo en forma marginal, sin alcanzar a elaborar monográficamente el tema. Lo hizo en diversos pasajes de su estudio sobre la costumbre jurídica en la colonización española. Luego también volcó observaciones de interés al tratar la voz en el *Diccionario* de palabras utilizadas en la legislación indiana.³ Por haber residido mucho tiempo fuera de España, Altamira solo dispuso de pocas fuentes históricas para elaborar esos trabajos. La preocupación de Altamira por buscar un Derecho indiano que trascendiera del campo legislativo lo condujo seguramente a resaltar este vocablo, aunque me parece que no alcanzó a percibir todo su significado ni pudo recrear su curso de acción. Junto a ésta hay que ubicar otra inquietud del maestro español: mostrar las lagunas del *Diccionario* académico en punto a palabras o acepciones que habían alcanzado particular desenvolvimiento en las Indias. Pese a aquellas deficiencias y a cierto desorden argumental que le era propio, Altamira nos legó los primeros hilos para empezar a tejer el tema que estamos considerando.

En *Casuismo y Sistema*⁴ me ocupé brevemente de la disimulación como ejemplo del mecanismo destinado a templar el rigor de la ley. Lo consideré entonces como “un instrumento propio de la concepción casuista” e ilustré la exposición con un párrafo medular de Solórzano y con un caso de aplicación. El asunto quedó en el telar con vistas a un futuro tratamiento. Ahora ofrezco unas aproximaciones que dan consistencia a su base conceptual y permiten observar su arraigo indiano, acudiendo a algunas muestras representativas de la jurisprudencia de los autores, de la legislación y del mundo literario.

- 3 RAFAEL ALTAMIRA, “Estudios sobre las fuentes de conocimiento de la Historia del Derecho indiano. La costumbre jurídica en la colonización española”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. UNAM, México, 1946–1948, núms. 31–40, particularmente núm. 33, p. 228; núm. 34, pp. 147–148 y 152; y núms. 35–36, pp. 241, 314 y 325. RAFAEL ALTAMIRA, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1951, voz “Disimulación”, pp. 114–115, 349–350 y 354.
- 4 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1992, pp. 522–525.

2. Trayectoria histórica y configuración indiana

Nuestra figura – o institución, como la denomina Charles Lefebvre⁵ – no es creación indiana. Siguiendo a este autor podríamos señalar que sus orígenes son estrictamente canónicos. Es más, Paolo Grossi considera que es institución exclusiva y típica del Derecho canónico.⁶ Hay ejemplos que atestiguan su antigua práctica. Ya a mediados del siglo XII, en la época del Decreto de Graciano, parece consolidado el sentido técnico del vocablo. Los canonistas la entendían como una cierta tolerancia, que eximía al superior de intervenir y oponerse al acto indiscriminado. No era ni dispensa, ni aceptación, tan solo era una “tolerancia provisoria”. Esta tradición canónica se recogió en algunas decretales del papa Alejandro III (1159–1181) en materia matrimonial y quedó así plasmada la figura en textos oficiales. Se reafirman entonces sus características: conocimiento de parte de la autoridad de una situación irregular; imposibilidad de remediar ésta; ignorancia simulada del carácter reprehensible de ese acto y como consecuencia ausencia momentánea de una intervención oficial⁷ Consiste, en fin, en la actitud evasiva de un superior ante un ilícito a fin de evitar un ilícito mayor.⁸

La teoría en elaboración parece debilitarse cuando Raimundo de Peñafort recopila estos textos pontificios en el *Liber Decretalium*, promulgado en 1234 por el papa Gregorio IX: solo reúne dos decretales que recurrían a la disimulación. Por entonces, los canonistas centraban la discusión acerca de si la disimulación debía asimilarse a una dispensa tácita o era una institución de naturaleza particular. Si bien las opiniones estaban divididas, en ese momento se impuso la primera alternativa. A partir del siglo XVI la cuestión fue revisada y esta vez, bajo la doble influencia de moralistas y humanistas, se sostuvo el segundo criterio. Las diferencias entre la disimulación y las instituciones vecinas, como el silencio, la tolerancia y la dispensa tácita fueron desde entonces mejor percibidas.

5 CH. LEFEBVRE, “Dissimulation”, en R. NAZ (dir.), *Dictionnaire de Droit Canonique*, t. IV, París, 1949, col. 1296–1307.

6 PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma, 1995, p. 214. Hay edición española, Madrid, 1996.

7 LEFEBVRE, “Dissimulation”, cit. Un amplio estudio sobre el tema en GIUSEPPE OLIVERO, *Dissimulatio e Tolerantia nell'ordinamento canonico* (Milano, 1953) en ídem, *Studio Canonica*, Milano, 1987, pp. 5–196.

8 GROSSI, *L'ordine...*, cit.

En contraste con esta rica y sutil elaboración canónica, las leyes romanas, según Lefebvre, no ofrecen a los canonistas puntos de apoyo para encuadrar esta teoría, como sí ocurre con otras instituciones. El vocablo, que no se encuentra frecuentemente en el Digesto o en el Código, carece del sentido dado en la tradición canónica.

¿Cuál fue el camino que llevó de una disimulación canónica casi restringida a materia matrimonial a la más amplia configuración alcanzada en las Indias? ¿Fue a través de la misma disciplina canónica o del derecho civil común? ¿La recepción fue directa o por medio de la vía castellana? Son preguntas que hoy no tienen respuestas precisas. Unos pocos testimonios aislados, pero de peso, nos acercarán a una explicación provisional.

Un documento toledano depara el primer ejemplo. Transcurría el año 1547 y en la Iglesia Catedral de Toledo se debatía en el capítulo la introducción del requisito de “limpieza de linaje” para aspirar a los cargos beneficiados. La votación dio un amplio triunfo a la propuesta que había sido promovida por el mismo Arzobispo. Pero entre los votos contrarios había uno, cuya argumentación gira en torno a nuestra figura. Era voto solitario pero aun así merece atención por la forma en que alega la disimulación. El votante – identificado como doctor Peralta – sostenía que la introducción de ese requisito iba a generar disputas y odios, que siempre se levantaban cuando se trataba de averiguar el linaje y la raza de los pretendientes. Él estimaba que había que seguir en esta materia la conducta de los antiguos preladados que establecieron la regla adecuada. Bien vale atender al núcleo de este voto: decía el doctor Peralta que si “en tiempo de herejías grandes que andaban en España *disimularon* en semejantes estatutos los preladados antepasados habiendo entre ellos tanta gente santa y tanta gente docta, tanta gente ilustre, tan prudentísimos que por su prudencia no solo les encargaron el gobierno del Arzobispado más [sic] de toda España, *disimularon* también los capitulantes pasados siendo hombres sapientísimos y doctísimos razón sería que *disimulásemos* nosotros, en tiempos que por gracia de Dios está todo pacífico con gran Cristiandad”.⁹ La disimulación, encadenada a través de varias generaciones, se asociaba argumentalmente nada menos que con la

9 El manuscrito existente en la Real Academia de la Historia está glosado en JULIO CARO BAROJA, *Toledo*, Barcelona, 1988, pp. 109–112. Las palabras en bastardilla en esta transcripción y en las siguientes se han colocado para destacar el vocablo dentro del texto. Se advierte la falta de una palabra que no hace a la comprensión del texto.

santidad, la prudencia y la máxima sabiduría ¿Era posible argumentar de este modo en ámbito tan selecto sino hubiese un cierto grado de reconocimiento hacia la figura de la disimulación y una aceptación de su utilidad?

Veamos otro dato: ¿cómo se usa el vocablo disimulación en la *Política para corregidores* de Castillo de Bobadilla, un clásico de la literatura jurídica castellana de fines del siglo XVI? Se puede observar en este texto que es frecuente referirse a la disimulación como acto o conducta reprochable de omisión en jueces y otras justicias, pero también hay pasajes donde reluce el sentido positivo de la figura, como aquel en que empezando con una cita del Eclesiastés, sostenía que las leyes debían guardarse “en cuanto convienen, porque muchas veces se debe *disimular* con ellas; y así es, que el juez inconsiderado más daña con ejecutar rigurosamente las leyes, que el sabio disimulando con ellas”.¹⁰ Despunta en este elogio de la disimulación, enlazada con fuentes bíblicas, el carácter general que adquiere, extendido a la aplicación genérica de las leyes ¿Era este un sentir generalizado en el universo jurídico de Castilla?

Un tercer ejemplo comprobatorio nos lleva a verificar el uso social de la voz, a través de diccionarios, vocabularios, refraneros de la lengua castellana, partiendo de la idea de que las transformaciones léxicas suelen encubrir procesos de evolución conceptual. La indagación tiene en nuestro caso una notoria limitación dado que la publicación de la mayoría de esos repertorios es tardía con relación al período de auge de nuestra figura. Pero aún así la exploración no es vana, porque una voz compleja como la examinada, ofrece distintos significados y en todo caso necesita verificarse cuál es la presencia del sentido o matiz jurídico que estamos empeñados en resaltar. En un esfuerzo de síntesis podemos reducir los diversos sentidos a tres principales, a saber:¹¹

1. Encubrir con astucia la interacción; ocultar lo que uno siente o padece; y disfrazar o desfigurar las cosas.
2. Desentenderse del conocimiento de una cosa, generalmente a raíz de tolerar un desorden, afectando ignorancia.
3. Perdonar, permitir, dispensar.

10 JERÓNIMO CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores...*, II, III, 1.

11 SEBASTIÁN DE COVARRUBIAS OROZCO, *Tesoro de la lengua castellana o española* (1611), ed. utilizada, Barcelona, 1943; Real Academia Española, *Diccionario de autoridades*, Madrid, 1726; P. ESTEBAN TERREROS Y PANDO, *Diccionario castellano con las voces de ciencias y artes...*, Madrid, 1788; MARTÍN ALONSO, *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española (siglo XII al XX)...*, Madrid, 1982.

Múltiples lazos pueden unir a estas tres acepciones. La primera – con distintos matices – es muy difundida en el habla corriente antigua y moderna. Tiene también, según se ha visto, fuerte presencia en el pensamiento y praxis política de los siglos XVI y XVII. Sin dejar de reconocer conexiones con el mundo del Derecho, este matiz de la voz no corresponde considerar aquí. Nuestro camino tiene otra dirección.

Son las dos acepciones restantes las que caen precisamente en nuestra órbita, pero ninguna de ellas por separado resultan satisfactorias para explicar la figura tal como se manifestaba en la vida jurídica. Una sólo recoge un enfoque parcial y aun así no es abarcativa de todas las situaciones, según veremos. La otra pasándose al otro extremo, reviste a la disimulación de un poder que precisamente no tuvo. En realidad no puede equipararse a un perdón. Tampoco es una dispensa, ni tan siquiera tácita. La más aceptable es la de permitir, aunque carece de precisión. Curiosamente esta tercera acepción que tiene más pronunciado matiz jurídico no aparece enunciada en los repertorios con fuerza testimonial. Así vemos que el *Diccionario* académico de 1726 le otorgaba un uso solo residual u ocasional, al presentarla como última acepción de la voz y con esta modalidad: “Suele usarse alguna vez por dispensar, permitir, perdonar”.

Estas acepciones se visten de sentido valorativo en los refranes. Elijo tres que marcan la virtud y arte de esta figura, en cuanto resulta aplicable a nuestro objeto: “quien no sabe *disimular* del saber está en el empezar”; “Prudencia es *disimular* no querer la cosa no pudiéndola alcanzar”; y “Procura *disimular* lo que no puedas remediar”. Saber, prudencia y conveniencia eran ejes de estos refranes que pueden hacerse converger en este otro lacónico: “Para bien gobernar, bien *disimular*”.¹²

Estos datos del uso lingüístico deben precisarse. La carencia de fechas exactas les da solo valor de aproximación temporal. Se puede presumir que en estos repertorios se recoge fundamentalmente el habla y los giros castellanos y nos los de Indias, o éstos al menos en mucha menor medida cuando se diferencian de aquellos. Es sugestivo que en los diccionarios castellanos la definición jurídica de la voz sea insatisfactoria, mientras en los refranes apreciamos tonos valorativos que guardan relación con la figura que venimos examinado.

12 *Antología de dichos jurídicos y éticos tradicionales*, compilados por Marcos G. Martínez, Madrid, 1986, p. 142.

Si bien los testimonios aislados que he presentado no pueden reconstruir la trayectoria de esta figura jurídica, permiten al menos observar su presencia en la Castilla del siglo XVI, con lo que podría afirmarse presuntivamente que por ésta vía se operó su transmisión a las Indias. A primera vista, esa trasmisión dio lugar a una peculiar configuración indiana de la disimulación, acaso con dimensión mayor que la conocida en Europa. Esto se explica por las características del nuevo ordenamiento. Desde la misma época del Descubrimiento se percibe en América una estimación de lo fáctico como elemento de la juridicidad, que se apoyaba en las nociones de diversidad, mutabilidad y distancia.¹³ El gobierno de las Indias requería un orden jurídico abierto y plural, maleable y dinámico que, sin descuidar sus principios rectores, ofreciese “válvulas de escape” para adecuar la aplicación de las normas. La disimulación se inserta allí como uno de estos instrumentos dúctiles. No me parece aventurado plantear en este aspecto un posible paralelismo *mutatis mutandi*, entre el Derecho canónico y el indiano.

Los datos hasta ahora conocidos permiten observar a esta figura en Indias desde mediados del siglo XVI. La época de auge, coincidente con el esplendor de la jurisprudencia casuista, fue en el XVII y en la práctica se prolonga durante la primera parte de la centuria siguiente. La declinación se hizo visible a medida que se fueron modificando los criterios hasta entonces dominantes entre los juristas. La nueva literatura postulaba un orden jurídico exclusivamente asentado sobre leyes abarcadoras y reunidas en cuerpos normativos organizados según pautas racionales, que hacían innecesaria la subsistencia de los antiguos mecanismos de aplicación normativa. En la última etapa es dable observar una acentuación del giro negativo del vocablo en algunos textos legales, es decir para expresar que no se debía admitir ni recurrir, bajo ninguna forma a esta figura. Pero aún en esa época hay muestras de su utilización, según veremos. El recelo, cuando no el repudio, hacia esos instrumentos arrastró a la disimulación que se desvaneció hasta desaparecer del cosmos jurídico en el siglo XIX. Ello ocurrió sin mayor notoriedad en contraste con las incisivas censuras que soportaron otras figuras o fuentes del antiguo orden, como la costumbre, la equidad o el arbitrio judicial.

13 Sobre esto remito a mi obra citada *Casuismo y Sistema*, pp. 83 ss.

3. El discurso jurídico de Solórzano

Dentro de la literatura jurídica indiana el material más sustancioso para examinar esta figura se encuentra, sin duda, en la *Política Indiana* de Juan de Solórzano Pereira.¹⁴ La obra se publicó en el momento de esplendor de la jurisprudencia casuista, adquirió bien pronto el valor de fuente directiva del Derecho indiano¹⁵ y tuvo un largo reinado intelectual, agotado solo con el ocaso del régimen indiano. Los juristas la invocaban en cuestiones precisas y la misma Corona se atenía a sus opiniones. La *Política Indiana* trasciende así a su autor y se convierte en un reconocido repertorio con aplicación jurídica. Para nuestros fines es útil saber que Solórzano era atento y perspicaz observador de la vida indiana, experto en sus posibilidades y límites, y conocedor del Derecho de su época. Parece obvio decir que en esto descansa buena parte de su gloria jurídica.

En estas condiciones, la incorporación de nuestra figura en el discurso solorciano es altamente sugestiva. El vocablo aparece diseminado a lo largo de la obra a propósito de diversos temas, no siempre usado en forma asertiva y sujeto a la modalidad discursiva casuista de la época. No cabe buscar definiciones o juicios generales. Solo es posible captar su presencia dentro de la argumentación desenvuelta a propósito de cuestiones concretas. El espacio que esta figura tenía en el tejido solorciano era reducido e inconstante y sólo aparecía cuando las circunstancias lo requerían.

Aunque Solórzano, como buen casuista, huía de las definiciones o juicios de carácter general, es posible detectar un pasaje del texto donde explyra su idea nuclear acerca de la disimulación. Está asentado cuando trata de las personas a quienes pueden darse encomiendas y de las cuestiones que al respecto se suscitan, en un capítulo donde finaliza dejando dudas e interrogantes sin respuesta. En ese marco aparece este pasaje central: “Pero en tales materias, y en Provincias tan remotas y donde tan fácilmente se truecan las cosas, muchas dispensaciones, y *disimulaciones* pide la ocurrencia, y congruencia de los negocios y la diferencia de los tiempos y las personas, y la prudencia consiste en la connivencia, que es, no lo querer apurar todo, ni

14 JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* (1647). Ed. consultada, Madrid, 1776.

15 VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 17, Buenos Aires, 1989, pp. 351–408. Reproducido en este vol. (V).

llevarlo por el sumo rigor del derecho, haciéndonos desatendidos de sus puntos, y tolerando semejantes transgresiones algunas veces”.¹⁶ Aunque el contexto de donde se extrae este pasaje no permite darle indebida ampliación y, aún más, es necesario interpretarlo de modo restringido para solo las materias tratadas en ese capítulo, estimo con todo que conviene tenerlo en cuenta a propósito de las otras referencias al vocablo que encontramos en la obra.

El pasaje transcrito tiene particular entramado. Se utilizan allí enlazados cuatro vocablos claves: dispensación, disimulación, tolerancia y connivencia. No es ciertamente una casualidad ni se trata de un párrafo deslizado al correr de la pluma. Esconde mucha sustancia y conocimiento de la realidad indiana. Se vuelca en el mismo una larga observación y experiencia acumulada como ministro de la Corona en América y en España.

Solórzano establecía que las dispensaciones y disimulaciones se hacían necesarias cuando el jurista enfrentaba negocios que debía resolver conforme a la ocasión y conveniencia, atendiendo a la diferencia de los tiempos, lugares y personas. Esta situación se presentaba de manera particular dentro del orden indiano, dados los factores de distancia – “Provincias tan remotas” – y mutabilidad – “donde tan fácilmente se truecan las cosas”. Este razonamiento, breve y contundente, lo llevaba a afirmar nada menos que “la prudencia consiste en la connivencia”, es decir, disimular o tolerar las transgresiones cometidas por los subordinados contra las reglas o las leyes bajo las cuales viven. El mismo Solórzano explica: no aplicar “el sumo rigor del derecho”, la letra implacable y tolerar “semejantes transgresiones algunas veces”. De este modo Solórzano da categoría jurídica a la figura que venimos considerando. Si bien su aceptación es franca, siempre tiene carácter de excepción. No es complaciente en su utilización y en numerosas ocasiones podemos encontrar dentro de la obra muestras de esos límites, que atajan su uso abusivo.

El lector atento de *Política Indiana* puede registrar más de 50 veces la utilización del vocablo disimular y también el de tolerar, casi siempre en sentido jurídico. De tal modo aquel pasaje central se afirma como el núcleo conceptual que le sirve para diversas aplicaciones en el desarrollo de su discurso. Si bien el vocablo *tolerancia* acompaña a *disimulación* – a veces se citan ambos unidos – no parece alcanzar en la argumentación solorciana la dis-

16 *Política Indiana*, III, VI, 67.

tinción y fuerza diferenciadora suficiente para contrastarlo con nuestra figura, que es finalmente la que alcanza una consistencia jurídica propia. El uso de ciertas expresiones, como la de “por vía de disimulación”, dando a entender la existencia de un cauce jurídico admitido, refuerza esta impresión.¹⁷

La disimulación tiene un origen transgresor. De este modo se introduce en el orden jurídico produciendo hechos contrarios a las normas existentes. El jurista casuista – como Solórzano – atento al devenir constante de casos o situaciones diferentes no se inmuta ante estos quebramientos, pues los reconoce como propios de la vida jurídica. Los observa e incorpora a su elaboración. Algunos de esos hechos resultan inadmisibles porque chocan frontalmente con los pilares del orden jurídico. Son rechazados. Otros, en cambio, con el mismo origen son admitidos y asimilados. Su admisión – producto de una elaboración selectiva – aparece forzada por las circunstancias y está a veces impregnada de cierto disgusto, pero se impone bajo la idea de que es más útil y conveniente la aceptación de esa transgresión que una rigurosa aplicación normativa.

La figura actúa pues a contrapelo del orden normativo establecido. El jurista no la repudia, sino que la admite en el entendimiento de que el Derecho no es una creación abstracta emanada puramente de la mente del jurista o de la voluntad del legislador, sino que constituye un complejo entramado socio-jurídico. Este es, a mi juicio, el perfil más interesante de la figura a la que hoy nos aproximamos.

La aceptación del jurista, sin embargo, es restringida. Se acepta a la disimulación como elemento que consolida el pasado, que cabe respetar, pero no puede invocarse como derecho asentado para el futuro, como ocurre con la costumbre.¹⁸ Además solo tiene carácter local y no puede extenderse a otras partes donde no se hubiese introducido.¹⁹ Solórzano, tratando de las encomiendas, cita a San Agustín y otros autores, para afirmar ese matiz restringido al expresar que “cuando ya algún vicio se ha hecho costumbre en alguna República, y no se puede quitar del todo sin peligro, porque si se quitase, se podría recelar que los súbditos prorrumpiesen a cosas de mayor daño, es sano y prudente consejo, el *tolerar y disimular*, mejorando las cosas en los que el estado de ellos buenamente lo permitiere”.²⁰ Bien se registra

17 Ídem, III, XVIII, 1; y III, XXIII, 14.

18 Ídem, II, IX, 31; II, XII, 12; IV, XXI, 13; y VI, XII, 10.

19 Ídem, III, XXIV, 18–23.

20 Ídem, III, I, 20.

aquí “el tolerar y disimular” como actitud prudente y conveniente del hombre de gobierno o de justicia ante “algún vicio... hecho costumbre”; pero al mismo tiempo como postura que revela insatisfacción y ansiedad por mejorar las cosas en el futuro.²¹ Ello forma parte del arte de gobierno, como el mismo Solórzano lo apunta en cierto pasaje, al sostener la conveniencia de que los virreyes y gobernadores, en resguardo de la autoridad que ejercen, deben “a veces disimular algo” por no “turbar y embarazar todo...”.²² Y aplica este criterio cuando se ocupa del gobierno de las órdenes religiosas. Sostiene que los virreyes, gobernadores y audiencias no deben entrometerse en ese ámbito y deben ser recatados en admitir los recursos de los religiosos contra sus preladados y visitadores. Le parece más acertado “disimular o tolerar” si sufriesen esos religiosos algunas penalidades y vejaciones aunque fuesen injustas, antes que “aflojar y relajar el nervio de la disciplina Monástica”.²³

Ahora bien, en esa sutil tarea de escoger y autorizar disimulaciones, había algunas que eran rechazadas. La disimulación se convierte así en actitud o conducta reprobada y este matiz es verificable, con cierta frecuencia, en *Política Indiana*, a veces recogiendo disposiciones reales. Valga de ejemplo aquella referida al Real Patronato, en la cual se mandaba ejecutar lo dispuesto “sin embargo de que en el decurso del tiempo y pretensiones de los Prelados y Doctrineros se haya *disimulado*, o introducido otra costumbre, a que por ningún caso se ha de dar lugar en ninguna manera”.²⁴ Hay aquí un curioso frente común contra la costumbre y la disimulación, expresiva del rango que se le concedía.

Dentro de la *Política Indiana* pueden visualizarse otros modos en que operaba la disimulación. Ya aparece como elemento que templaba el rigor de ciertas obligaciones y prohibiciones,²⁵ ya como alternativa de permisión o concesión para destacar situaciones en que se permite o disimula, se concede o disimula, se manda o tolera, etc.²⁶ Me detengo solo ahora en el análisis de una interesante variante tratada por Solórzano. Es a raíz de la cuestión acerca

21 Otras referencias en ídem, II, X, 13; III, V, 30; y III, VI, 41.

22 Ídem, III, VIII, 16.

23 Ídem, IV, XXVI, 21.

24 Ídem, IV, XVII, 13 (Recopilación de Leyes de Indias, I, XV, 2 y 6). Otras: I, XII, 28 y 37; II, IV, 4 y 21; III, VI, 68; III, VII, 36; V, II, 28; V, XI, 31 y 33; y VI, II, 31.

25 Véase ídem, II, XXII, 28; II, XXV, 36; y III, XXV, 54.

26 Por ejemplo: para disimular, ídem, II, IV, 34; III, IV, 13; III, XXIII, I; y IV, VII, 21. Para tolerar: ídem, II, VII, 64; II, VIII, I; y II, XVI, 71.

de cómo debían actuar los virreyes y gobernadores en la provisión de las encomiendas, concediéndolas a las personas beneméritas como justa retribución a sus servicios, conforme a muchas reales cédulas. Sin embargo, apunta Solórzano, pocos o ninguno de aquellos ministros han procedido de tal forma. Esto puede llevar a considerar derogadas dichas cédulas. Sostiene nuestro autor que para que esto ocurriera hubiera sido necesario contar con el conocimiento y tolerancia del rey que las despachó y además que se diesen “casos de muchas transgresiones disimuladas”. Para desechar esta hipótesis, alega Solórzano la frecuente reiteración de aquellas cédulas.²⁷ De este modo la disimulación aparece ocupando un papel determinante en la vigencia del orden jurídico, explicándose así la función que en este juego tiene la repetición de las órdenes reales para impedir que, precisamente por la vía de disimulación o de otros recursos, caigan los efectos de los anteriores mandatos.

Aunque en la obra de Solórzano pueden faltar precisiones – como las diferencias conceptuales entre disimulación, tolerancia y dispensa –, lo cierto es que ofrece una riqueza y variedad de ocasiones en que nuestra figura aparece en distintas posturas según sean los temas y situaciones allí considerados. Aquella ausencia de precisiones le permite al autor manejar con más libertad la invocación a la disimulación, que opera así como elemento dentro del conjunto de argumentos y razones que permiten establecer puntos de conexión entre el nivel normativo y el campo de aplicación del Derecho.

4. Entre textos legales

La disimulación aparece con alguna frecuencia en los textos legales, ya en los que provienen de autoridades peninsulares, ya en los expedidos en las mismas provincias indianas. En estos textos no he encontrado la misma diversidad de usos que puede observarse, por ejemplo, en la *Política Indiana*, según se ha visto, pero no descarto que una indagación más intensiva pueda modificar esta apreciación actual.

El uso más frecuente observado en estos textos es de índole negativa, es decir advirtiendo a autoridades o particulares sobre conductas que no debían seguirse o era menester condenar. A las autoridades repetidamente se les indicaba que no permitiesen, tolerasen ni disimulasen actos contrarios a las órdenes reales dadas en distintas materias. Con todo, aun usada la figura

27 Ídem, III, VIII, 15.

en este sentido, se destaca su presencia, desde el momento en que aparece reconocida como un elemento actuante en la vida jurídica.

Donde la admisión de la disimulación en la legislación indiana ha sido más patente es en materia de sucesión de encomiendas. No se trata solo de considerar la importancia de la materia tratada – que es innecesario remarcar – sino de atender a la nitidez con que es usada nuestra figura. No en balde, Altamira sostuvo que estas leyes indianas expresan lo que él denominó “la teoría civil de la disimulación”.

La cuestión que pasamos a considerar se suscitó en Nueva España, sin extenderse a otras provincias indianas. Las encomiendas habían sido, como norma general, concedidas por dos vidas. A mediados del siglo XVI empezaron a registrarse una serie de casos que debieron contemplarse para evitar que los titulares de encomiendas y sus sucesores sufrieran la pérdida del beneficio al cabo de la segunda vida y así se fueron admitiendo repartimientos en tercera vida. La insistencia de los encomenderos no se detuvo allí y las peticiones se repitieron para prorrogar el beneficio por una cuarta vida. Las respuestas reales fueron dilatorias y mientras mantenía la disimulación en la tercera vida, sostenía que lo relativo a la cuarta vida estaba en consideración. Por entonces, se había planteado una nueva petición más avanzada aún: la perpetuidad de las encomiendas. Después de una disposición real de 1597 en contra de las pretensiones de los encomenderos, una década después se resuelve finalmente disimular la cuarta vida.²⁸

Las sucesivas disposiciones reales dictadas a partir de 1555 fueron recogidas y condensadas en la Recopilación de 1680. Bien vale la transcripción de la parte pertinente del texto recopilado: “Consideradas las justas causas, que concurrieron para gratificar y remunerar los servicios, que en las Provincias de Nueva España hicieron los primeros descubridores y pobladores, se les hizo merced de repartimientos y encomiendas en primera y segunda vida. Y porque se iban acabando por incorporación en nuestra Real Corona, y sus hijos y descendientes quedaban muy pobres, y fenecida la memoria de los servicios de sus pasados, se mandó *disimular* en la tercera, y después se les hizo *merced de disimular* en la cuarta. Mandamos que así se guarde y cumpla...”. Vuelve a utilizarse el vocablo en otra ley siguiente sobre la materia: “Y mandamos, que en lo tocante a la sucesión de los maridos a las mujeres, y de

28 SILVIO A. ZAVALA, *La encomienda indiana*, 2ª ed., México, 1973, especialmente pp. 589 y 608 ss.

las mujeres a los maridos, después de la segunda vida, se *disimule* en la Nueva España por la forma contenida en las leyes de este título”.²⁹

He preferido utilizar los textos recopilados y no las leyes originales, precisamente para advertir como se mantenía el uso de la disimulación empleada en disposiciones que habían sido expedidas aproximadamente un siglo atrás; y además como se presentaba en las mismas el orden de la cuestión dando una secuencia de los acontecimientos. Su inclusión en la Recopilación es el resultado de un cuidadoso proceso de selección. El vocablo aparece tres veces en estas dos leyes, sin que se usasen otros conexos o alternativos. Esto da a la disimulación un relieve propio, una fuerza de precepto, que se enfatiza aun más cuando se emplea la expresión “merced de disimular”.

¿Por qué se acude a este vocablo en un asunto tan importante? Es evidente que para los juristas de entonces no parecía existir otro más adecuado para expresar la situación acontecida y la solución dada. Cuando se sigue la trama de la cuestión se advierte que se trataba de concesiones algo forzadas, dadas con carácter provisional, ante los apremiantes pedidos de los encomenderos novohispanos, pero que la materia estaba aun sin resolverse definitivamente, ya por que estuviese en estudio, ya porque se prefiriese postergar la decisión. Esta precariedad de la concesión dada casi en contrariedad a los deseos reales es lo que se quiere exteriorizar con el uso de este vocablo y no de otros que pudiesen dar más firmeza a la situación jurídica. Por eso no aparecen en el texto palabras como concesión, permisión, tolerancia, dispensa ni menos costumbre. Los redactores de esos documentos conocían bien, sin duda, el alcance de nuestra voz y el lugar que ocupaba en el cosmos jurídico. Era una pieza necesaria en la vida jurídica.

En esta misma línea es interesante introducirnos en otro ejemplo. Es el caso que se suscitó en el Buenos Aires de mediados del siglo XVIII a raíz de la recurrente presencia de portugueses entre la población porteña. El gobernador dispuso en 1742 su expulsión en cumplimiento de una real cédula expedida cuatro años antes. El Cabildo obtuvo la suspensión de la medida con respecto a los casados y vecindados. El gobernador dio cuenta al rey. Fue entonces cuando el fiscal del Consejo de Indias se expidió, en términos rigurosos, por la expulsión de los portugueses del puerto. El Consejo empero requirió opinión a don Juan Vazquez de Agüero, ministro de la Corona que

29 Recopilación, VI, IX, 14 y 17.

había residido durante cinco años en Buenos Aires y se encontraba entonces en la Corte. En su dictamen analizó la situación de la ciudad y estableció la conveniencia de mantener a esos pobladores en razón de los servicios que prestaban, y a pesar de las prescripciones legales. El fiscal cedió entonces parcialmente en su rígida postura inicial y el Consejo decidió que sin seguirse “el absoluto disimulo” en la observancia de dichas cédulas reales, era conveniente adoptar medidas concretas en atención al caso y así dispuso que a los portugueses radicados con hijos desde algún tiempo atrás “se les disimule la permanencia sin molestarlos en su vecindario...”³⁰ Nuevo ejemplo de uso necesario de la figura. Encajaba bien en esta situación que se vivía entre la norma rigurosa y la palpitante realidad.

5. En el mundo literario

Como es sabido, en las centurias centrales de la Edad Moderna el léxico jurídico penetraba en los textos literarios en general y aun en el habla corriente. El examen de un texto indiano de esa procedencia permite afinar más nuestra percepción sobre esta figura jurídica y verificar en un círculo de mayor alcance el uso y peculiaridades que tiene. A tal fin escogemos la obra dieciochesca del padre Pedro Lozano, *Historia de las revoluciones de la provincia del Paraguay (1721–1735)*.³¹

Aunque el vocablo disimulación es libremente usado en el texto, intercalado en la prosa narrativa, resulta posible a través de frases o giros rescatar un sentido más o menos homogéneo que pueda conceptuarse. Así queda resaltada la disimulación como un instrumento de gobierno tanto divino como terrenal, que acompaña a la prudencia, pero que no siempre produce los efectos deseados, sobre todo cuando se practica con “ánimos viles”. Veamos.

30 El expediente en Archivo General de Indias, Charcas 215.

31 PEDRO LOZANO, *Historia de las revoluciones de la provincia del Paraguay (1721–1735)*, editada por la Junta de Historia Numismática Americana en Buenos Aires, 1905, en dos volúmenes. Los datos aquí recogidos me han sido generosamente ofrecidos por el doctor José M. Mariluz Urquijo. Sobre la vida y obra del padre jesuita Pedro Lozano (1697–1752) puede verse una breve noticia en FRANCISCO ESTEVE BARBA, *Historiografía indiana*, Madrid, 1964, pp. 580–583. Más amplia información en GUILLERMO FURLONG S. J., *Pedro Lozano y sus observaciones a Vargas (1759)*, Buenos Aires, 1959. Con posterioridad, la Academia Nacional de la Historia publicó el texto original de otra obra principal suya, *Historia de la Conquista de las Provincias del Paraguay, Río de la Plata y Tucumán*, con estudio preliminar de Ernesto J. A. Maeder, Buenos Aires, 2010, 2 volúmenes.

Lozano le asigna origen divino: “Es el Señor justo vengador de las injurias hechas a sus sagrados ministros y aunque tal vez *disimule* por sus altísimos inescrutables juicios, esta no la quiso pasar sin ejemplar castigo”.³² Es también virtud que practica el Príncipe: “Quisiera con prudente *disimulo* el buen Príncipe hacerse por entonces desentendido de los excesos perpetrados...”³³ Asimismo lo hace el Prelado religioso: “*Disimuló* el prelado en este motivo porque atendía siempre en sus acciones y palabras a que el Rey nuestro Señor no perdiera aquella provincia”.³⁴ Y hasta un gobernador disimuló en el cumplimiento de una orden virreinal “por no haber hallado para que se efectuase disposición en el ánimo de los regidores”.³⁵

El vocablo se muestra como de doble filo. El disimulo es prudencia,³⁶ es ocasión para meditar mejor la ejecución de algo,³⁷ es “sano consejo”.³⁸ Se sostiene en fin que es mejor disimular que exponer a que la justicia sea burlada.³⁹ Pero a veces produce efectos contraproducentes y “abre camino para mayores precipicios...”,⁴⁰ para “mayor insolencia”⁴¹ y para dar “licencia de pecar y proseguir en sus excesos”.⁴²

Se puede observar a través de esta pequeña muestra de la obra de Lozano, ajena al estricto mundo jurídico, cómo los significados y usos del vocablo reconocen un cauce común. La acepción técnica de la voz que hemos afinado mediante el apoyo de fuentes jurídicas, se hace de uso generalizado en otro tipo de textos de época.

6. Cuestiones abiertas

La disimulación es más que un vocablo con cierto sentido jurídico. Integra una constelación de figuras e instituciones que interviene sutilmente en el proceso que entronca lo normativo y lo fáctico. Ocupa un rango inferior, casi

32 Ídem, t. I, p. 201.

33 Ídem, t. I, p. 266.

34 Ídem, t. I, p. 295.

35 Ídem, t. I, p. 381.

36 Ídem, t. I, p. 393 y t. II, p. 124.

37 Ídem, t. II, pp. 124 y 244.

38 Ídem, t. I, p. 269.

39 Ídem, t. I, p. 327.

40 Ídem, t. I, p. 90.

41 Ídem, t. I, p. 159.

42 Ídem, t. I, p. 366.

el escalón más bajo que separa el nivel jurídico del que no lo es; o como dice Grossi, el límite más extremo del “sendero de la equidad”⁴³

Tanto Lefebvre como Grossi, al ubicarla dentro del orden canónico, le dan categoría de institución. Sus referentes comparativos son la dispensa tácita, la tolerancia y el silencio. El primero de los autores citados señala que el ejercicio de la disimulación corresponde a un poder de jurisdicción o de administración y representa la abstención en la consideración de un acto que no puede impedir, o en la aplicación de una ley, pero sin modificar la situación anterior. La autoridad aparenta ignorar un hecho ilegal. Entraña una actitud pasiva del superior, generalmente secreta y provisional hasta que se pueda suprimir la situación irregular. No crea pues ningún derecho al inferior. La razón de esta institución – prosigue Lefebvre – es evitar el escándalo, contar con el tiempo necesario para adoptar una decisión o suprimir una costumbre particular intolerable. Disimular es cerrar los ojos sin aprobar, sin acordar una dispensa tácita ni simplemente tolerar.⁴⁴ Lo que se elude – aclara Grossi – no es la norma, sino la aplicación rigurosa de la misma.⁴⁵

Estas finas elaboraciones de Lefebvre y Grossi, que revisten a la disimulación de cierta categoría jurídica en el Derecho canónico, resultan en principio aplicables a nuestro Derecho indiano, en donde la figura adquirió una expansión significativa, acorde con las exigencias del nuevo orden.

Así una situación que merece profundizarse es la que se planteaba en materia de actas de bautismo, cuando a veces se omitían datos importantes, aún a sabiendas, para ocultar el nombre de padres o madres. En un notable estudio social sobre la familia montevideana de fines del período hispano, Arturo Bentancur saca a relucir esta cuestión, que bien puede caer dentro de una práctica de la disimulación. Una buena cantidad de casos allí registrados muestra el uso de la expresión “hijo de padres no conocidos” o recurre a una supuesta condición de expósito o huérfano para ocultar una situación que no convenía declarar, al menos en ese momento. Para no dañar la condición del párvulo, en alguna ocasión el celebrante agregó esta manifestación propia: “me consta que sus padres son de lucido nacimiento y distinción y por justas

43 GROSSI, *L'ordine...*, cit.

44 LEFEBVRE, “Dissimulation”, cit.

45 GROSSI, *L'ordine...*, cit.

causas no se expresan”. En otros casos, la declaración de ser “hijo natural” amenguaba y a veces rectificaba aquella primera afirmación. Con frecuencia, aquella situación se superó posteriormente por diversas vías de “legitimación”. El minucioso estudio llevado a cabo por el autor permite observar diferentes tramas de esa vida social que lleva a pensar en el interesante juego que tenía esta figura en un campo tan delicado como era el registro canónico de los nacimientos.⁴⁶ Sin dejar de lado otras motivaciones o razones, la figura parecía operar como un mecanismo de protección del “honor de la mujer”.

Es en las páginas de la *Política Indiana* donde se puede obtener, según vimos, la mejor imagen de esta figura en su vida indiana. Solórzano acude frecuentemente a ella y le da categoría jurídica. Una comparación entre esta obra y la *Política* de Bobadilla, por vía de ejemplo revelaría la apreciable diferencia de grado que tenía la disimulación entre Castilla e Indias. Esto se corrobora con las notables leyes en materia de sucesión de encomiendas dadas para Nueva España, donde la utilización de la figura aparece como recurso necesario y por otra parte consolidado, sobre todo cuando se incluye la expresión de “merced de disimulación”. Sin salir de un terreno hipotético puede estimarse que la figura adquirió en el orbe indiano un lugar más destacado que en otros ordenamientos jurídicos del pasado y que, si bien la inspiración canónica que lo insufla y la vía castellana que lo impulsa son modelo y camino, respectivamente, en la configuración indiana se perciben elementos nuevos y originales.

La disimulación es aceptada con reticencia. De ahí que fuese frecuente prevenir sobre eventuales daños e inclusive encontrar en las normas cláusulas expresas ordenando no consentir en ella. Se trataba de un recurso extremo con vistas a evitar un mal mayor. Es que – dice Grossi – por esta vía se llega a establecer la desigualdad formal y el escándalo aparente del pecador ‘tolerado’ y del justo ‘castigado’, que no es fácil de entender. Dicho autor encuentra que es “la aplicación extremada” en el campo jurídico de la parábola evangélica del Buen Pastor que va en busca de la única oveja extraviada, mientras deja momentáneamente su rebaño. También en este sentido podría mencionarse otra parábola del mismo evangelista Lucas, sobre el festejado regreso a

46 ARTURO A. BENTANCUR, *La familia en el Río de la Plata a fines del período hispánico. Historias de la sociedad montevideana*. Planeta, Montevideo 2011, pp. 364 y ss.

la casa paterna del hijo pródigo, ante el desconcierto e incomprensión del hermano mayor, el hijo justo.

Las referidas evocaciones bíblicas ayudan a comprender el alcance de ciertas actitudes y a percibir mejor el múltiple papel que cumplía esta figura. En este sentido valga como ejemplo, la opinión del virrey de Nueva España, Marqués de Cerralbo, cuando decía que los alcaldes mayores que violaban la prohibición de comerciar eran dignos de “*disimulación* piadosa”, pues no podían sustentarse sin comerciar, pero en cambio merecían castigo los que no solo faltaban a la ley sino que imponían precios abusivos.⁴⁷

Pese a estas aproximaciones quedan varias cuestiones abiertas que hacen al carácter de la figura, su trayectoria castellana e inserción en las Indias y, en fin, su fase de decadencia. Estas páginas no pretenden constituir una monografía concluida. En parte, por lo escurridizo del tema, cuya indagación minuciosa sería infinita. Pero también en buena parte porque la disimulación no es figura solitaria, sino que opera como uno de los engranajes existentes en el antiguo Derecho para aproximar la letra fría de la ley a las situaciones concretas. La articulación con otros elementos y el funcionamiento de esos mecanismos es aun materia que todavía conocemos escasamente. En una visión del Derecho indiano que intente superar el mero ordenamiento legal, éste es un punto de capital importancia. La disimulación es hilo de una trama, pero si lo seguimos con atención podremos ir conociendo mejor esa trama, que no es otra que la práctica social del Derecho. En esta indagación iushistoriadores e historiadores sociales tienen un buen camino por recorrer. ¿Pueden haber esfuerzos convergentes y diálogos abiertos?

47 LEWIS HANKE, *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa e Austria*. México, Madrid, 1977, t. III, p. 277. Este dato lo recoge JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO en *El agente de la administración pública en Indias*, Buenos Aires, 1998, p. 35.

Índice

Prólogo	IX
Introducción: Entre Castilla y las Indias	1
1. Hacia un perfil del jurista	1
2. Salamanca, un modelo de enseñanza	7
3. Los libros del jurista	14
4. La <i>Política Indiana</i> , modelo de obra jurisprudencial	17
5. Experiencia y prudencia en el jurista	19
6. El cambio de escenario	23
I La idea de Derecho en la colonización española en América ...	25
1. La plasticidad del Derecho trasplantado en las Indias	25
2. El Derecho y la Religión	26
3. El Derecho natural y el orden positivo	27
4. La Moral y el Derecho	29
5. El Derecho y la Justicia	30
6. Los juristas	31
II ¿Humanismo Jurídico en el Mundo Hispánico? A propósito de unas reflexiones de Helmut Coing	35
1. La exposición de Coing	35
2. Significado de la propuesta	38
3. Sobre la literatura jurídica hispana	40
III El <i>Gobierno del Perú</i> de Juan de Matienzo. En la senda del humanismo jurídico	45
1. Introducción: el autor y la obra	45
2. Sobre el humanismo jurídico	50
3. Fuentes utilizadas	52
4. El predominio de la lengua castellana	56
5. Realidad, utopía y proyectismo	57
6. Postulados ético-morales	63

7.	La idea de Derecho	64
8.	Epílogo	68
IV	La <i>Víctima Real Legal</i> de Álvarez de Abreu en el pensamiento indiano	71
1.	Introducción... ..	71
2.	El autor y la estructura de la obra	72
3.	Las fuentes ideológicas	76
4.	La especialidad del Derecho Indiano	80
5.	La grandeza de la Monarquía española y el providencialismo político	82
6.	Los títulos de la conquista de Indias	84
7.	La imagen del Rey	87
8.	Significado de algunos vocablos	90
9.	Epílogo	95
V	La doctrina de los autores como fuente del Derecho castellano-indiano	97
I.	Aproximación al tema	97
II.	Juristas, sociedad y poder político	101
1.	Opiniones y obras jurisprudenciales, ¿creadoras de Derecho?	101
2.	Opiniones y opiniones comunes. La <i>auctoritas</i> , como sustento	104
3.	El saber de los juristas: peso social e influjo político... ..	108
4.	En torno a las “leyes de citas”... ..	112
III.	Vigencia de los autores en los siglos XVI y XVII. Surgimiento de la crítica	114
1.	Los autores en las aulas y en los tribunales	114
2.	Opiniones y autores bajo la lupa crítica de profanos y letrados	119
IV.	Siglo XVIII: virulencia de la crítica y subsistencia de opiniones y autores	123
1.	Una ideología antijurisprudencial	124
2.	Otras expresiones y matices de la crítica antijurisprudencial	127
3.	Los autores en la actividad de abogados y jueces	133

4.	Hacia una creación jurídica sin opiniones ni autores ...	139
V.	Los libros con auctoritas, fijadores de la jurisprudencia castellano-indiana	140
VI.	Consideraciones finales	145
VI	Entre leyes, glosas y comentarios. El episodio de la Recopilación de Indias	147
1.	Planteamiento del tema	147
2.	Leyes y autores, dos modos principales de establecer el Derecho en el siglo XVII	151
3.	Las leyes entretreídas con los autores: ¿una recopilación con glosas?	152
4.	Las obras jurisprudenciales, una historia paralela	156
5.	Las leyes como “verdadera jurisprudencia”	157
6.	¿Una puja silenciosa?	161
7.	Impulso al modelo legalista	163
8.	Apuntes finales	164
VII	El ejemplar, otro modo de creación jurídica indiana	167
I.	Planteo del tema	167
II.	La noción de <i>ejemplar</i>	168
III.	Su fundamentación jurídica	170
IV.	Utilización del vocablo en la <i>Política Indiana</i>	174
V.	Uso e invocación en el despacho del Gobierno Supremo ...	178
1.	La búsqueda de ejemplares, una tarea burocrática	178
2.	La fuerza jurídica del ejemplar	182
a)	Fundamento de la decisión	182
b)	El temor a su consecuencia	185
3.	Materias en que se invocaba	186
4.	¿Cuántos eran necesarios?	187
VI.	Hacia el desplazamiento del ejemplar	188
VIII	La noción de Justicia en la <i>Política Indiana</i> de Solórzano... ..	193
1.	Unas notas incitativas	193
2.	La justicia en el texto solorciano... ..	194
3.	Virtud social y fin político	195
4.	Justicia distributiva y conmutativa	197
5.	Proceso judicial y decisión final	198

	a) Un proceso ajustado a formas jurídicas	199
	b) Una decisión conforme a Derecho	201
	c) Un sentido más abarcador	203
	6. El enlace entre acepciones	205
IX	La variedad indiana, una clave de la concepción jurídica de Juan de Solórzano	207
	Introducción	207
	I. La variedad, elemento de la realidad	209
	1. Los lugares, las tierras, las provincias	210
	2. Las gentes y las lenguas	212
	3. Los ánimos, las opiniones, las relaciones	213
	4. El tiempo... ..	214
	II. La variedad, sustento de la concepción jurídica	216
	1. La variedad de costumbres... ..	217
	2. El legislador ante la variedad	219
	3. Las audiencias y la variedad local	220
	4. La regla frente a la variedad de los casos	221
X	La disimulación en el Derecho Indiano... ..	223
	1. Planteo del tema	223
	2. Trayectoria histórica y configuración indiana	227
	3. El discurso jurídico de Solórzano	232
	4. Entre textos legales	236
	5. En el mundo literario	239
	6. Cuestiones abiertas	240
XI	El Abogado del Cabildo de Buenos Aires durante el Virreinato	245
	1. Introducción... ..	245
	2. Evolución de la función letrada	249
	3. Denominación y caracterización de la función	258
	4. Forma y tiempo de la designación	259
	5. Atribuciones. Deberes. Honores	260
	6. La retribución	264
	7. Epílogo	266