HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Ismael Sánchez Bella, Alberto de la Hera y Carlos Díaz Rementeria

COLECCIONES MAPFRE 1492

A partir de 1524 funcionaba un órgano de la administración real, cuyo cometido fundamental era asesorar al rey en los asuntos indianos y esto favorecerá el incremento de un derecho especial y propiamente de las Indias. A pesar de todo, hasta 1614, el derecho castellano y el derecho indiano no formaban realmente sistemas autónomos, desde el momento en que el régimen jurídico que se elabora para Castilla se consideraba, salvo excepciones, dado para Indias. A partir de esa fecha clave, las normas se proyectan de por sí en las Indias, para esto será necesario que así se indique expresamente o que el consejo indiano opine favorablemente y se dicte la oportuna norma. Los autores, en un importante trabajo, ofrecen al lector la historia del Derecho indiano tomando como puntos de partida tanto el examen de los asuntos más polémicos a los que se vinculó en su mismo origen, como la exposición de aquellos fines que fueron permanentes en la actividad política.

Ismael Sánchez Bella. Catedrático de Historia del Derecho. Del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.
Alberto de la Hera (Granada, 1932). Doctor en Derecho, Derecho Canónico e Historia de América. Catedrático de la Universidad Complutense, Madrid.
Carlos Díaz Rementeria (Sevilla, 1947). Catedrático de Historia del Derecho Indiano.

Colección Relaciones entre España y América

HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Director coordinador: José Andrés-Gallego
Diseño de cubierta: José Crespo

© 1992, Ismael Sánchez Bella, Alberto de la Hera y
Carlos Díaz Rementería
© 1992, Fundación MAPFRE América
© 1992, Editorial MAPFRE, S. A.
Paseo de Recoletos, 25 - 28004 Madrid
ISBN: 84-7100-512-3
Depósito legal: M. 26317-1992
Compuesto por Composiciones RALI, S. A.
Particular de Costa, 12-14 - Bilbao
Impreso en los talleres de Mateu Cromo Artes Gráficas, S. A.
Carretera de Pinto a Fuenlabrada, s/n., km. 20,800 (Madrid)
Impreso en España-Printed in Spain

ISMAEL SÁNCHEZ BELLA
ALBERTO DE LA HERA
CARLOS DÍAZ REMENTERÍA

HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

EDITORIAL
MAPFRE

HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

ÍNDICE

HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA INDIANA

Ismael Sánchez Bella

LA FORMACIÓN Y EL CONCEPTO DEL DERECHO INDIANO

Carlos Díaz Rementería

I. La formación del Derecho Indiano 37

1. Por sus elementos integradores 38
2. Por su evolución 45

A) En relación con la política hacia el indio 46

1) Libertad 47
2) Civilización y protección 53

a) La reducción a pueblos 53
b) La modificación, o extinción en su caso, de prácticas consuetudinarias 56
c) La concesión de privilegios 57
d) La plasmación institucional de una política de protección 63

3) Capacidad 64
4) La política misional 68

a) Evangelización y conquista 69
b) Actuación eclesiástica y buen tratamiento 76

B) En relación con otros fines del Estado 76

1) La obtención del bien común 77
2) El control político 79
3) La consecución de ingresos para la Real Hacienda .. 80

II. El concepto de Derecho Indiano 82

Bibliografía 86

LAS FUENTES DEL DERECHO INDIANO

Ismael Sánchez Bella

I. Las fuentes en general 91

II. Colecciones de fuentes legales 97

1. El cedulario de Vasco de Puga 97
2. La Copulata de Leyes de Indias 98
3. El proyecto de Código de Juan de Ovando 99
4. El Cedulario de Diego de Encinas 99
5. La Recopilación de 1680 100
6. El Proyecto de Nuevo Código de las Leyes de Indias 100

III. La literatura jurídica indiana 102

Bibliografía 105

EL DOMINIO ESPAÑOL EN INDIAS

Alberto de la Hera

I. Introducción 109

II. La teocracia pontificia 112

III. El precedente de Portugal 114

IV. La concesión de la soberanía sobre las Indias occidentales 117

V. La cuestión de los justos títulos 120

VI. La «guerra justa» y la polémica sobre los métodos 145

VII. La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla 153

Bibliografía 162

LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD POLÍTICA

Carlos Díaz Rementería

I. Hacia una nueva entidad político-social 167

1. La incorporación de las Indias 167
2. La política indigenista 171

II. La sociedad política indiana en su diversidad 173
1. La república de los españoles 173
A) Entre pactismo y autoritarismo 174
B) Consideraciones sobre el elemento personal en la formación de la ciudad indiana 175
C) Sociedad y encomienda 177
D) Los congresos o juntas de ciudades 183
2. La república de los indios 184
A) Vasallaje y señorío natural 185

Bibliografía 189

LA ADMINISTRACIÓN

Ismael Sánchez Bella

I. Administración Central 193

II. La Administración territorial 196
1. Desarrollo histórico 196
2. Los oficios en Indias 198
3. Los Virreyes 200
4. Los presidentes-gobernadores 204
5. Los gobernadores de provincia 206
6. Los intendentes 211

III. La Administración local 213

IV. La Administración de Justicia 219
1. Las Audiencias 219
2. Gobernadores, corregidores y alcaldes mayores 221
3. Los alcaldes ordinarios 224
4. El alcalde mayor indígena 224
5. Otras jurisdicciones 226

V. La Real Hacienda 228
1. La organización administrativa 228
2. Los ingresos 230
3. Los gastos 231

VI. Ejército y Armada 232
1. La hueste 232
2. El servicio militar de los encomenderos 233

3. Las milicias 233
4. El ejército permanente 235
5. Las Armadas 236

VII. El control de los funcionarios 237

1. El juicio de residencia 238
2. Las visitas generales 239
3. Eficacia de las residencias y visitas 241

VIII. Juicio crítico sobre la Administración española en América 244

Bibliografía 246

EL GOBIERNO DE LA IGLESIA INDIANA

Alberto de la Hera

I. El Derecho estatal sobre materias eclesiásticas 253

II. El Derecho eclesiástico indiano 256

III. La actitud de la Santa Sede ante la intervención de la Corona en el gobierno de la Iglesia indiana 258

IV. El Estado misionero 261

V. Los diezmos 263

VI. La creación de diócesis y la fijación de sus límites 269

VII. El Derecho de Patronato 273

1. Facultades patronales de los monarcas 275
2. Facultades ejercidas por los reyes por interpretación extensiva del Patronato 276
3. Medidas de control y defensa del Patronato Regio 287

Bibliografía 292

DERECHO DE PERSONAS Y DE FAMILIA

Carlos Díaz Rementería

I. Personas 297

1. Matizaciones 297
2. De la división natural de las personas 298
3. Del estado civil 302
4. La diversidad de religión o de culto 308

5. La condición racial 308
6. La condición social 313

II. Familia 317

1. Matrimonio 317
A) Esponsales y matrimonio 317
B) El matrimonio indígena 324
C) El patrimonio matrimonial 327
2. Patria potestad y tutela 330
3. El Mayorazgo 331
4. Sucesiones y bienes de difuntos. Sucesiones e indios 333
A) Sucesiones: caracterización general 333
B) Los bienes de difuntos. El juzgado 336
C) Sucesiones e indios 337

Bibliografía 339

LA PROPIEDAD

Carlos Díaz Rementería

I. Concepto, clases de dominio y modos de adquisición 343

II. La formación de la propiedad en Indias 345

Bibliografía 348

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Carlos Díaz Rementería

I. Principios generales 351

II. Voluntarismo y libertad contractual en el Derecho Indiano . 353

Bibliografía 357

INSTITUCIONES ECONÓMICAS Y MERCANTILES

Carlos Díaz Rementería

I. Tierra 361

1. El contrato y derecho de censo 361

II. Minas 365

1. Su propiedad 365
2. El trabajo 366

III. Comercio 369
1. En general 369
A) Mercantilismo y comercio libre 369
B) El concepto de mercader y los cauces contractuales de su actividad mercantil 373
2. Las sociedades mercantiles 376
A) Compañías y sociedades por acciones 376
IV. Derecho marítimo 379
1. La nave 379
2. Seguro, avería y letra de cambio 380
Bibliografía 382

DERECHO PENAL Y PROCESAL

Carlos Díaz Rementería

I. El Derecho Penal 387
II. El Derecho Procesal 395
Bibliografía 401
Índice onomástico 403
Índice toponímico 409

ISMAEL SÁNCHEZ BELLA

HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA INDIANA

El estudio de la Historia del Derecho Indiano se inicia científicamente en la década de los veinte del siglo actual con el argentino Ricardo Levene (1885-1959) y con el español Rafael Altamira (1866-1951). En 1924 publicó el primero una *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, la primera exposición general sobre el tema. Desde entonces, todavía no ha aparecido una obra general satisfactoria que recoja la abundante producción posterior. García-Gallo destaca que Levene dio un impulso decisivo a esta especialidad:

> Investigador infatigable y fecundo, realizó y promovió la publicación de fuentes y documentos de todas clases, analizó problemas hasta entonces olvidados, planteó nuevas cuestiones, amplió el grupo de fuentes utilizables, recogió las aportaciones de los juristas y de los historiadores generales —hasta entonces en un inexplicable divorcio— y acertó a ofrecer las primeras síntesis de la Historia del Derecho Indiano de una manera científica.

La obra de Levene marca, por todo ello, una nueva época en estos estudios [1].

Rafael Altamira, desde su cátedra de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América de la Universidad Central, de Madrid y, posteriormente, en México, impulsó notablemente estos estudios, aunque con métodos y resultados no siempre afortunados [2].

Mayor trascendencia tuvo la aparición posterior de grupos de investigadores del Derecho Indiano, sobre todo en España, Argentina, Chile y México, que afinaron los métodos y ampliaron el campo de investigación.

En España, destaca ante todo la figura de Alfonso García-Gallo, autor de medio centenar de importantes trabajos, recogidos en dos volúmenes [3]. Resalta en él su preocupación por los problemas metodológicos, que le llevó a publicar también una valiosa *Metodología* [4].

En Sevilla, Juan Manzano Manzano y Antonio Muro Orejón han prestado especial atención a la publicación y estudio de las fuentes. En este sentido, merecen especial mención la importante *Historia de las Recopilaciones de Indias* del primero [5] y la edición y estudio del *Nuevo Código de Indias* del segundo [6].

En Pamplona, el que esto escribe, discípulo de García-Gallo y alumno también de los dos maestros sevillanos citados, estudió la organización financiera de las Indias en el siglo XVI, el Código de Ovando y el regalismo indiano y publicó un conjunto de diecisiete trabajos, especialmente sobre las Visitas Generales, fuentes y literatura jurídica, recogidos recientemente en dos volúmenes, además de la edición y estudio del proyecto de Recopilación de Leyes de Indias de León Pinelo, que localizó en el Archivo del Duque del Infantado [7].

En el grupo español destacan también Alberto de la Hera especialista en Derecho canónico indiano [8], José Martínez Gijón, en Derecho marítimo [9], Carlos Díaz Rementería, en los Derechos indígenas [10], Fernando Muro Romero [11], Demetrio Ramos [12], Francisco de Solano [13], Joaquín Salcedo Izu [14], Ana M.ª Barrero [15], Ronald Escobedo [16], Guillermo Céspedes [17], Francisco Tomás y Valiente [18], Miguel Ángel González San Segundo [19], Luis Navarro García [20], Paulino Castañeda [21], Fernando de Arvizu [22], Jesús Lalinde Abadía [23], Concepción García-Gallo [24], M.ª Lourdes Díaz Trechuelo [25], M.ª Carmen Purroy Turrillas [26], Javier de Ayala [27], Pilar Arregui Zamorano [28], Encarnación Rodríguez Vicente [29], Milagros del Vas Mingo [30], Rosa M.ª de Codes [31], Emma Montanos Ferrin [32], Agustín Bermúdez Aznar [33], Constantino Bayle [34] y Román Piña y Homs [35].

Aparte de estos investigadores españoles, que trabajan en su mayoría en Sevilla, Madrid, Pamplona y Valladolid, hay que recordar la importante obra realizada en solitario por José M.ª Ots Capdequí, el primer español que publicó obras de síntesis sobre las instituciones del Derecho indiano y que investigó en Colombia sobre el Nuevo Reino de Granada en el siglo XVIII [36] y la publicada en México por Javier Malagón Barceló [37] y José Miranda [38].

La aportación española en la Historia del Derecho Indiano en los últimos cincuenta años ha sido fundamental en muchos campos: edición y estudio de las fuentes, regalismo, las bulas de Alejandro VI, la incorporación de las Indias a Castilla, la organización territorial, Presidentes-Gobernadores, Inquisición, Consulados, organización financiera e ingresos de la Real Hacienda, venta de oficios, Visitas Generales y Compañías de Comercio.

En Argentina, se ha ido formado un brillante equipo de especialistas en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho bajo la dirección de Ricardo Zorraquín Becú, autor de excelentes monografías (doce de ellas recogidas en dos volúmenes de *Estudios*) y de exposiciones de conjunto sobre la organización política y judicial argentina en el período hispánico y de la historia del Derecho argentino [39]. Junto a él hay que destacar los nombres de José M.ª Mariluz Urquijo [40], Víctor Tau Anzoategui [41], Eduardo Martiré [42], Abelardo Levaggi [43], Daisy Rípodas Ardanaz [44], Gastón Gabriel Doucet [45], María Isabel Seoane [46], Nelly R. Porro [47], Marcelo Urbano Salerno [48] y H. J. Tanzi [49]. En Córdoba, Roberto I. Peña [50] y en Mendoza, Edberto Óscar Acevedo [51], Pedro Santos Martínez [52] y J. Comadrán Ruiz [53]. Todos ellos colaboran en la importante *Revista de Historia del Derecho*, órgano del Instituto.

En Chile, destacan los nombres de Alamiro de Ávila Martel [54], Bernardino Bravo Lira [55], Manuel Salvat Mongillot [56], Mario Góngora [57], Antonio Dougnac [58], Fernando Silva Vargas [59], Fernando Campos Harriet [60], Carlos Salinas Araneda [61], Luis Lira Montt [62] y Monseñor Carlos Oviedo Cavada [63]. Mantienen dos Revistas histórico-jurídicas: La *Revista Chilena de Historia del Derecho*, de Santiago, y la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, de Valparaíso. Un chileno, ahora en Buenos Aires, Ricardo Rees Jones, ha publicado un libro importante sobre *La Intendencia en Nueva España* y varios artículos sobre las Intendencias en el Río de la Plata [64].

También en México existe un grupo de especialistas del Derecho indiano, especialmente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma, que edita un *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. Ante todo, descuella la figura de Silvio Zavala, quien ya en 1935 había publicado en Madrid dos importantes monografías sobre las instituciones jurídicas de la conquista de América y sobre la encomienda indiana [65]. Fue importante en su momento la obra de síntesis de Toribio Esquivel Obregón [66]. Posteriormente, destacan los

nombres de Guillermo F. Margadant [67], J. I. Rubio Mañé [68], Beatriz Bernal [69], José Luis Soberanes [70], Guillermo Porras Muñoz [71], María del Refugio González [72], Roberto Moreno de los Arcos [73], Andrés Lira [74], Jaime del Arenal Fenochio [75], Francisco de Icaza Dufour [76] y Bernardo García Martínez [77].

En el Perú, ocupa el primer lugar el gran historiador de Hispanoamérica Guillermo Lohmann Villena, autor de importantes trabajos de Historia del Derecho indiano [78] y con él hay que mencionar a Jorge Basadre [79].

En el Ecuador, ha realizado una importante labor José Reig Satorres, director del *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano* [80].

En Venezuela, destacan Gisela Morazzani de Pérez Enciso, autora de valiosos trabajos sobre las Intendencias [81], Santiago-Gerardo Suárez [82], estudioso de las instituciones militares y Alí Enrique López Bohórquez [83].

En Cuba, Francisco Domínguez Compañy, autor de numerosos trabajos sobre instituciones locales indianas [84].

En Guatemala, Jorge Luján Muñoz ha estudiado, entre otros, los temas de los escribanos y de los caciques [85].

En Puerto Rico, Adam Szaszdi [86] y Dora León Borja [87] escriben fundamentalmente sobre el territorio ecuatoriano.

Por supuesto, hay otros muchos que investigan la historia de las fuentes y de las instituciones indianas. Por ejemplo, han aparecido algunas excelentes monografías de norteamericanos (L. Hanke, W. Borah, M. A. Burkholder y D. S. Chandler, J. L. Phelan, A. J. Kuethe, L. N. McAlister) [88], alemanes (E. Schäfer, H. Pietschmann) [89], ingleses (J. Lynch, J. R. Fisher) [90], franceses (F. Chevalier, G. Bernard) [91] y suecos (M. Mörner) [92].

Llama la atención la abundancia de trabajos publicados después de la Segunda Guerra Mundial. Únicamente de españoles he reseñado 118 sobre fuentes y 379 sobre instituciones y hasta 514 de no españoles solamente sobre instituciones. Pienso que el factor más importante para ello ha sido la creación en 1966 del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que ha organizado ya nueve congresos, los cuales han contribuido a estimular la investigación y despertar nuevas vocaciones. Se ha puesto de relieve la especial pujanza de algunos grupos nacionales: el español, el argentino, el chileno y el mexicano. Han surgido nuevas revistas especializadas de Historia del Derecho en

Buenos Aires, Santiago, Valparaíso, México y Guayaquil. Al margen de esos congresos periódicos del Instituto, la Academia Venezolana de Historia ha celebrado cinco reuniones internacionales sobre Instituciones Indianas, cuyos trabajos suponen otra aportación señalada. También se han celebrado diversas reuniones científicas nacionales sobre Historia del Derecho en Argentina, México y Chile.

La abundancia de nuevas fuentes impresas ha sido, sin duda, otro factor que ha impulsado el estudio de las instituciones jurídicas indianas.

En resumen, puede decirse que la Historia del Derecho Indiano vive un momento de plenitud en el momento actual.

[1] De R. Levene hay que destacar, entre otros trabajos, su *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1945-1958, 12 volúmenes, *Las Indias no eran colonias*, Madrid, 1951 y el *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1985.

[2] De sus publicaciones mencionaré el *Manual de Investigación de la Historia del Derecho indiano*, México, 1948; *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1951; reed. México, 1987; *Análisis de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680*, Buenos Aires, 1941; *Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII*, Coimbra, 1944; *Penetración del Derecho Castellano en la legislación indiana*, México, 1947-1948; *Los cedularios como fuente de conocimiento del Derecho Indiano*, México 1940 y 1945; *El texto de las leyes de Burgos de 1512*, México, 1938; *El manuscrito de la Gobernación espiritual y temporal de las Indias y su lugar en la historia de la recopilación*, México, 1939; *La extraña historia de la Recopilación de Antonio León Pinelo*, Coimbra, 1949; *La aprobación y confirmación de las leyes dadas por las autoridades coloniales españolas, siglo XVI-XVII*, Buenos Aires, 1941.

[3] A. García-Gallo, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972; *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987.

[4] A. García-Gallo, *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, 1970.

[5] J. Manzano Manzano, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Madrid, 1945; reedición Málaga, 1981. Hay que mencionar también su libro sobre *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, 1948 y su edición de las *Notas a la Recopilación de Indias*, de Manuel Joseph de Ayala, Madrid, 1945; *Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1967; *Cómo se formó la ley primera de la Recopilación de Indias de 1680*, Madrid, 1973; *Nueva hipótesis sobre la historia de las bulas de Alejandro VI referentes a las Indias*, México, 1976; *La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los territorios castellanos*, Madrid, 1951-52; *Venezuela, territorio del primer Adelantamiento de las Indias*, Caracas, 1972.

[6] Facultad de Filosofía y Letras, *Homenaje al Dr. Muro Orejón*, 2, Sevilla, 1979. Este autor ha destacado también por sus excelentes ediciones de fuentes jurídicas indianas. Vid. también «La Administración. Los cauces administrativos y su montaje institucional», en *Historia General de España y América*, IX-2, Madrid, 1989; *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Índico*, México, 1988; *El problema de los Reinos indianos*, Sevilla, 1971; *Reformas e innovaciones en los municipios hispano-indianos en el siglo XVIII*, Buenos Aires, 1982; *La igualdad entre indios y españoles: la Real Cédula de 1697*, Valladolid, 1975; *Régimen legal de los indios de la Nueva España según el Cedulario del doctor Vasco de Puga (1563)*, México, 1976; *Periodificación del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, 1970.

[7] I. Sánchez Bella, *La organización financiera de las Indias siglo XVI*, Sevilla, 1968; reed. México, 1990; *Dos estudios sobre el Código de Ovando*, Pamplona, 1987; *Iglesia y Estado en la América española*, Pamplona, 1990; *Derecho Indiano: Estudios*, Pamplona, 1991; *Antonio de León Pinelo: Recopilación de las Indias. Estudio preliminar*, México, 1992. Vid. también *Edición y utilización de nuevas fuentes para el estudio de las instituciones indianas*, Madrid, 1947; *Historiografía de las instituciones jurídicas indianas (1945-1987)*, Pamplona, 1989 y *Aportación española a la Historia del Derecho indiano 1940-1989*, Madrid, 1990.

[8] A. de la Hera ha publicado, entre otros trabajos, *El Regalismo Borbónico en su proyección indiana*, Madrid, 1963; *Los precedentes del Regalismo Borbónico según Menéndez y Pelayo*, Sevilla, 1957; *Las Leyes Eclesiásticas de Indias en el siglo XVIII*, Sevilla, 1958; *El Regio Vicariato de Indias en las Bulas de 1493*, Madrid, 1959; *Reforma de la inmunidad personal del clero en Indias bajo Carlos IV*, Madrid, 1960; *El tema de las Bulas indianas de Alejandro*

VI, Sevilla, 1960; *Álvarez de Abreu y la naturaleza jurídica de los diezmos en Indias*, Madrid, 1973; *La jurisdicción real sobre los diezmos en Indias*, México, 1976; *La legislación del siglo XVIII sobre el Patronato Indiano*, Santiago de Chile, 1970; *La regalía de las rentas eclesiásticas vacantes en la doctrina de Álvarez de Abreu*, Quito, 1980; *Los comienzos del Derecho misional indiano*, Valladolid, 1984; *La Junta del Nuevo Código de Indias*, Madrid, 1962. «El movimiento conciliar regalista en América», en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989.

[9] J. Martínez Gijón, *La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el siglo XVI*, Santiago de Chile, 1970; *Métodos comerciales utilizados en La Española durante el siglo XVI para la exportación de la caña fístula*, Madrid, 1973; *Estudio sobre la compañía mercantil en el Derecho histórico de Castilla e Indias (Período anterior a las Ordenanzas de Bilbao de 1737)* (con Alberto García Ulecia), México, 1976; El capítulo x de *las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737* («De las compañías de comercio y de las calidades y circunstancias con que deberán hacerse») y el Título IV de *la Ordonnance sur le commerce* de 1673 («Des sociétes»). «A propósito de la influencia del Derecho francés en el Derecho mercantil de Castilla y de los Reinos de Indias en el siglo XVIII», Santiago de Chile, 1987; *El Fletamento en el Derecho Indiano de la Recopilación de 1680*, Sevilla, 1987.

[10] C. Díaz Rementería, *El cacique en el Virreinato del Perú, estudio histórico jurídico*, Sevilla, 1977; *La costumbre indígena en el Perú hispánico*, Sevilla, 1976; *En torno a la institución del yanaconazgo en Charcas*, Santiago de Chile, 1986; *El delito de Lesa Majestad Humana en las Indias. Un estudio basado en la sublevación de Tupac Amaru (1780-81)*, Sevilla, 1974; *En torno a un aspecto de la política reformista de Carlos III. Las matrículas de tributarios en los Virreinatos del Perú y Río de la Plata*, Madrid, 1977; *El régimen jurídico del Ramo de Tributos en Nueva España y las reformas peruanas de Carlos III*, México, 1979; *Aproximación al estudio de un privilegio del indio: la exención de alcabala*, Sevilla, 1985; *Fundación de pueblos de indios en la gobernación del Tucumán (siglos XVII-XVIII)*, Buenos Aires, 1980.

[11] F. Muro Romero, *Las Presidencias-Gobernaciones en Indias (Siglo XVI)*, Sevilla, 1975; *La configuración de provincias mayores en Indias como distritos administrativos puros*, México, 1976; *La reforma del pacto colonial en Indias. Notas sobre instituciones de gobierno y sociedad en Indias, 1700-1760*, Valladolid, 1984; *El beneficio de oficios públicos con jurisdicción en Indias. Notas sobre sus orígenes*, Sevilla, 1978; *Las Ordenanzas de 1596 para la Audiencia de Filipinas*, Sevilla, 1973.

[12] D. Ramos, *Las ciudades de Indias y su asiento en Cortes de Castilla*, Buenos Aires, 1967; *Minería y comercio interprovincial en Hispanoamérica (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Valladolid, 1970; *La tradición castellana en el primer intento modelador de los reinos indianos y su frustración*, Madrid, 1973; *El Presidente de la Real Audiencia de Caracas en su fase inicial y su intento de concentración de todos los poderes*, Caracas, 1975; *La revolución de Coro de 1533 y su importancia para el régimen municipal*, Caracas, 1976; *El problema de la fundación del Real Consejo de Indias*, Sevilla, 1969; *Los agentes solicitadores de Indias: otra reforma de Carlos III*, Quito, 1980; *La Junta Magna y la nueva política*, Madrid, 1982; *El sistema de creación de «establecimientos» en la época de Carlos III y su carácter antitradicional*, Valladolid, 1984; *Los Cabildos señoriales en la época de Diego Colón*, Buenos Aires, 1977; *La crisis indiana y la Junta Magna de 1568*, Colonia, 1986; *Los proyectos de creación de los Virreinatos de Guatemala y Nueva Vizcaya como ejemplo de la mentalidad «correctora» tras la erección del de Santa Fe*, Buenos Aires, 1987; *Los cabildos señoriales de la época de don Diego Colón*, Buenos Aires, 1977.

[13] F. de Solano, *Tierra y sociedad en el Reino de Guatemala*, Guatemala, 1977; *Urbanización y municipalización de la población indígena*, Madrid, 1972; *El régimen de tierras y la*

significación de la composición de 1591, México, 1976; *El juez de tierras y la superintendencia del beneficio y composición de tierras*, Quito, 1980; *El régimen de tierras antes y después de la Recopilación*, San José de Costa Rica, 1983; *La tenencia de la tierra en Hispanoamérica. Proceso de larga duración. El tiempo virreinal*, Madrid, 1983; *Cedulario de tierras*, México, 1984.

[14] J. Salcedo Izu, *El Regente en las Audiencias americanas*, México, 1976; *Fuentes del Derecho marítimo indiano*, Quito, 1980; *Instrucciones para los Virreyes de México bajo los Austrias (1535-1701)*, Valladolid, 1984.

[15] A. M.ª Barrero García, *Las fuentes utilizadas para la formación del Nuevo Código de Indias*, México, 1976; *La materia administrativa y su gestión en las Ordenanzas de Intendencias de América*, Quito, 1980; *La vía ordinaria y la vía reservada en la administración americana en el siglo XVIII*, Valladolid, 1984; *La aplicación del Derecho en Indias según las memorias de los virreyes (siglos XVI y XVII)*, Buenos Aires, 1984; *De los fueros municipales a las ordenanzas de los Cabildos municipales. Notas para su estudio*, Santiago de Chile, 1985; *La legislación consular en la Recopilación de Indias*, México, 1987; *De las Secretarías de Estado y del Despacho Universal de Indias al Ministerio de Ultramar (Notas para su estudio)*, México, 1988.

[16] R. Escobedo Mansilla, *La alcabala en el Perú bajo los Austrias*, Sevilla, 1976; *El tributo indígena en el Perú (siglos XVI y XVII)*, Pamplona, 1979; *Bienes y Cajas de Comunidad*, Madrid, 1979; *El tributo de los zambaigos, negros y mulatos libres en el Virreinato peruano*, Madrid, 1981; *Francisco López de Caravantes, tratadista de la Hacienda virreinal peruana*, Colonia, 1984; *La reforma de Carlos III y la reestructuración de la Hacienda americana*, Madrid, 1985; *Control fiscal en el Virreinato peruano. El Tribunal de Cuentas de Lima*, Madrid, 1986; *La visita general durante el reinado de Carlos III. Estudio comparativo*, Santiago de Chile, 1985.

[17] G. Céspedes, *La Visita como institución indiana*, Sevilla, 1946; *Seguros marítimos en la Carrera de las Indias*, Madrid, 1949; *Reorganización de la hacienda virreinal peruana en el siglo XVIII*, Madrid, 1953.

[18] F. Tomás y Valiente, *La venta de oficios en Indias (1493-1606)*, Madrid, 1972; *Notas sobre las ventas de oficios públicos en Indias*, Madrid, 1973; *Ventas y renuncias de oficios públicos a mediados del siglo XVII*, México, 1976.

[19] M. A. González San Segundo, *Derecho Prehispánico e Instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico indiano (notas para su estudio)*, Madrid, 1980; *El doctor Gregorio González de Cuenca, oidor de la Audiencia de Lima y sus Ordenanzas sobre caciques e indios principales*, Madrid, 1982; *Pervivencia de la organización señorial aborigen*, Sevilla, 1982; *La ordenación de los pleitos de indios desde los comienzos del período hispánico hasta la Recopilación de 1680*, Madrid, 1982; *El elemento indígena en la formación del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1983; *Notas sobre la pervivencia de servicios personales de origen hispánico y su regulación por el Derecho indiano*, Madrid, 1983; *El tributo de los indios comunes a sus caciques durante el período hispánico*, Palma, 1983; *Tensión y conflictos de la Inquisición en Indias: La pre-Inquisición o Inquisición primitiva (1493-1569)*, Madrid, 1989; *Sobre los aragoneses y la provisión de oficios de Indias en el reinado de Felipe II*, Barcelona, 1990.

[20] L. Navarro García, *Intendencias en Indias*, Sevilla, 1959; *La gobernación y comandancia general de las provincias internas del norte de Nueva España. Estudio institucional*, Buenos Aires, 1963; *Don José de Gálvez y la Comandancia general de las Provincias Internas del norte de Nueva España*, Sevilla, 1964; *Los oficios vendibles en Nueva España durante la guerra de Sucesión*, Sevilla, 1975; *La Casa de la Contratación en Cádiz*, Cádiz, 1976; *La administración virreinal en México en 1703*, Madrid, 1969.

[21] P. Castañeda, *La condición miserable del indio y sus privilegios*, Sevilla, 1971; *Don Vasco de Quiroga y su Información en Derecho*, Madrid, 1974; *La teocracia pontifical y la conquista de América*, Vitoria, 1968; *El matrimonio de los indios: problemas y privilegios*, Las Palmas, 1975; *Los Memoriales del Padre Silva sobre la predicación pacífica y los repartimientos*, Madrid, 1983; *La Inquisición de Lima, I (1570-1635)* (con Pilar Hernández Aparicio), Madrid, 1989.

[22] F. de Arvizu y Galarraga, *Especialidades procesales de la Recopilación indiana*, México, 1976; *Problemas concretos sobre tributos y administración en los pueblos guaraníes de Uruguay y Paraná a finales del siglo XVIII*, Buenos Aires, 1984; *El fiscal de la Audiencia en Indias y su paralelo castellano (siglos XVI y XVII)*, Valladolid, 1986; *El pensamiento regalista de don Pedro Frasso en su obra De Regio Patronatu Indiarum*, Santiago de Chile, 1986; *Don Pedro Frasso y la inmunidad eclesiástica (1684-1685)*, Madrid, 1986.

[23] J. Lalinde Abadía, *El régimen virreino-senatorial en Indias*, Madrid, 1967; *Panorama incompleto de la iustoriografía argentina*, Madrid, 1979; *La administración española en el siglo XIX puertorriqueño*, Sevilla, 1980; *La reserva de magistraturas indianas al reino de Aragón*, Valladolid, 1984.

[24] C. García-Gallo Peñuela, *José Lebrón y Cuervo. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, Madrid, 1970; *El promotuario de acciones del Derecho Indiano de José Lebrón*, Santiago de Chile, 1970; *La Legislación indiana de 1636 a 1680 y la Recopilación de 1680*, México, 1976; *La información administrativa en el Consejo de Indias. Las Noticias de Díez de la Calle*, Madrid, 1973; *Las notas a la Recopilación de Leyes de Indias de Salas, Martínez de Rozas y Boix*, Madrid, 1979; *Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias Españolas*, Madrid, 1980.

[25] M.ª L. Díaz-Trechuelo, *La Real Compañía de Filipinas*, Sevilla, 1965; *La Intendencia en Filipinas*, México, 1966-67; *Filipinas en la Recopilación de Leyes de Indias*, Valladolid, 1983.

[26] M.ª C. Purroy y Turrillas, *Jurisdicción en Indias de los Capitanes Generales en causas militares (siglo XVII)*, Valladolid, 1986; *Un libro inédito de Lebrón sobre diezmos en Indias*, Pamplona, 1991.

[27] J. de Ayala, *Ideas políticas de Juan de Solórzano*, Sevilla, 1946; *Fray Miguel de Agia, Servidumbres personales de los indios* (Edición y estudio), Sevilla, 1946; *Ideas canónicas de Juan de Solórzano (El tratado De Indiarum Iure y su inclusión en el Índice)*, Sevilla, 1947; *Iglesia y Estado en las Leyes de Indias*, Sevilla, 1949.

[28] P. Arregui Zamorano, *Poder de los virreyes del Perú. Un manuscrito inédito del siglo XVII*, Sevilla, 1985; *La Audiencia de México según sus visitadores (Siglos XVI y XVII)*, México, 1981; *Ordenanzas inéditas para el Tribunal de Cruzada de México*, Valladolid, 1986.

[29] E. Rodríguez Vicente, *El Tribunal del Consulado de Lima en la primera mitad del siglo XVII*, Madrid, 1960; *Economía, Sociedad y Real Hacienda en las Indias españolas*, Madrid, 1987.

[30] M. del Vas Mingo, *Las Capitulaciones reales para descubrimiento y conquista de las Indias en el siglo XVI. Edición y Estudio*, Madrid, 1985; *Las Ordenanzas de 1573, sus antecedentes y consecuencias*, Madrid, 1985; Manuel Josef de Ayala, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, Madrid, 1988.

[31] R. M.ª Martínez de Codes, *Los Sínodos de Santiago de Chile de 1688 y 1763. Valoración comparada de sus disposiciones*, Santiago de Chile, 1986; *La pena de excomunión en las fuentes canónicas de la Nueva España (Concilios Provinciales mexicanos I-II)*, Madrid, 1987.

[32] E. Montanos Ferrin, *El Ministerio de Ultramar*, Madrid, 1983; *Ordenanzas de Palafox para la Audiencia de México*, Valladolid, 1986.

[33] A. Bermúdez Aznar, *Las funciones del Presidente de la Audiencia en Indias*, México, 1975; *La abogacía de pobres en Indias*, Madrid, 1980.

[34] C. Bayle, *Cabildos de indios en la América española*, Madrid, 1951; *El Protector de Indios*, Sevilla, 1945; *Los Cabildos seculares en la América Española*, Madrid, 1952.

[35] R. Piña y Homs, *La debatuda exclusió catalano-aragonesa de la conqueste d'América*, Barcelona, 1990; *Gobierno y administración de justicia en la génesis de la Nueva California: el papel del misionero en la disciplina de los indígenas y la administración de las Misiones*, Madrid, 1991; *La condición jurídica del español, producto del Derecho de Indias*, Madrid, 1991; *Los mallorquines y la condición jurídica de extranjería en Indias*, Palma, 1991.

[36] J. M.ª Ots Capdequí, *El siglo XVIII español en América. El gobierno político del Nuevo Reino de Granada*, México, 1945; *Las instituciones del Reino de Nueva Granada al tiempo de la Independencia*, Bogotá, 1958; *Instituciones en la Historia de América y de los pueblos americanos*, Barcelona, 1958; *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Madrid, 1969; *El Estado español en Indias*, México, 1982.

[37] J. Malagón Barceló, *La literatura jurídica española del Siglo de Oro de la Nueva España*, México, 1959; *Estudios de historia y derecho*, Xalapa, 1966; *El Distrito de la Audiencia de Santo Domingo en los siglos XVI a XIX*, Santiago de los Caballeros, 1977; *The Role of the «Letrado» in the colonization of America*, Washington, 1961.

[38] J. Miranda, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*, México, 1952; reed. México, 1978; *El tributo indígena en la Nueva España durante el siglo XVI*, México, 1952; *Las mercedes de tierra en el siglo XVI*, México, 1953-54.

[39] R. Zorraquín Becú, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952; reed. 1981; *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1959; reed. 1962; *La condición jurídica de los grupos sociales superiores en la Argentina. Siglos XVI a XVIII*, Buenos Aires, 1961; *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1969; *Las fuentes del Derecho argentino*, Buenos Aires, 1973; *El sistema de fuentes en el Derecho Indiano*, Quito, 1980; *Los derechos indígenas*, Buenos Aires, 1986; *El sistema político administrativo*, Caracas, 1988; *Estudios de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1988 y 1989.

[40] J. M.ª Mariluz Urquijo, *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla, 1952; *Vitorián de Villava y la pragmática de 1776 sobre matrimonios de hijos de familia*, Buenos Aires, 1960; *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1968; reed. 1978; *Los mayorazgos*, Buenos Aires, 1970; *La comunidad de montes y pastos en el Derecho indiano*, Buenos Aires, 1972; *El Derecho Prehispánico y el Derecho Indiano como modelos del Derecho Castellano*, Madrid, 1973; *La Real Audiencia de Buenos Aires y el Juzgado de Provincia*, Buenos Aires, 1975; *P. V. Cañete, Syntagma de las resoluciones prácticas cotidianas del Derecho del Real Patronato de las Indias. Edición y estudio preliminar*, Buenos Aires, 1973; *Orígenes de la burocracia rioplatense*, Buenos Aires, 1974; *El asesor letrado del Virreinato del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1975; *El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana*, México, 1976; *Regulación jurídica de los pretensores*, Quito, 1980; *El saber profesional de los agentes de la administración pública en Indias*, Valladolid, 1984; *Las notas inéditas de Ramón Martínez de Rozas a la Real Ordenanza de Intendentes de 1782*, Santiago de Chile, 1985; *Maziel, jurista del Setecientos*, Buenos Aires, 1988; *El sistema burocrático en el siglo XVIII*, Madrid, 1989.

[41] V. Tau Anzoategui, *Esquema histórico del derecho sucesorio, del medievo castellano al siglo XIX*, Buenos Aires, 1971; reed. 1982; *La costumbre como fuente del Derecho Indiano en los siglos XVII y XVIII: estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, Madrid, 1973; *La costumbre en el Derecho del siglo XVIII*, México, 1976; *La ley «se obedece pero no se cumple». En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano*, Quito, 1980;

reed. México, 1985; *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*, Buenos Aires, 1982; *Qué fue el Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1982; *Las instituciones de gobierno y de justicia*, Madrid, 1985; *La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII)*, Buenos Aires, 1986; *Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680*, México, 1987; *Elementos consuetudinarios en la Política indiana de Solórzano*, Buenos Aires, 1987; *La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano*, Buenos Aires, 1989; *La formación y promulgación de las leyes indianas. En torno a una Consulta del Consejo de Indias en 1794*, Colonia, 1986. Con E. Martiré, es autor también de un *Manual de Historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires, 1975.

[42] E. Martiré, *Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1968; *La autoridad minera en el Código Carolino de Pedro Vicente Cañete*, Madrid, 1973; *El código carolino de ordenanzas reales de las minas de Potosí y demás provincias del Río de la Plata (1794) de Pedro Vicente Cañete*, Buenos Aires, 1973-74; *El estatuto legal del oficial de la administración pública al crearse el Virreinato del Río de la Plata*, México, 1976; *Guión sobre el proceso recopilador de las leyes de Indias*, Buenos Aires, 1978; *La visita de los intendentes*, Buenos Aires, 1978; *Los derechos personales en Indias*, Buenos Aires, 1980-81; *La visita de García de León y Pizarro a la Audiencia de Quito. Aporte documental*, Quito, 1980; *El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las Audiencias de Indias a fines de la época hispánica (1806)*, Valladolid, 1984; *La visita de cárcel en Buenos Aires durante el Virreinato*, Santiago de Chile, 1987; *Los Regentes de Buenos Aires. La reforma judicial indiana de 1776*, Buenos Aires, 1981.

[43] A. Levaggi, *Los fueros especiales. Contribución al estudio de la administración de justicia en el Río de la Plata*, Buenos Aires, 1971; *Consideraciones sobre las reuniones de ciudades en el actual territorio argentino (siglos XVI al XVIII)*, Madrid, 1973; *La condición jurídica del esclavo en la época hispánica*, Buenos Aires, 1973; *Historia de la prueba en el proceso civil indiano y argentino (siglos XVI a XIX)*, Buenos Aires, 1974; *El régimen civil del menor en la historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1972; *Las penas de muerte y aflicción en el Derecho Indiano rioplatense*, Buenos Aires, 1975 y 1976; *Las instituciones de clemencia en el Derecho Penal rioplatense*, México, 1976; *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1978; *El delito de abigeato en los siglos XVII, XVIII y XIX*, Buenos Aires, 1978; *Derecho Indiano y Derecho Romano en el siglo XVIII*, Quito, 1980; *La primera Audiencia de Buenos Aires (1661-1672)*, Buenos Aires, 1982; *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*, Buenos Aires, 1982; *El recurso de apelación en el Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1984; *Supervivencia del Derecho Castellano-Indiano en el Río de la Plata (siglo XIX)*, Colonia, 1985; *Concepto del Derecho según los fiscales de la Segunda Audiencia de Buenos Aires (1784-1810)*, Santiago de Chile, 1985; *La aplicación del fuero militar en el Virreinato del Río de la Plata*, Valladolid, 1986; *Manual de Historia del Derecho Argentino (castellano-indiano-nacional)*, Buenos Aires, 1986; *El Virreinato rioplatense de las vistas fiscales de José Márquez de la Plata*, Buenos Aires, 1988; *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota*, Buenos Aires, 1981.

[44] D. Rípodas Ardanaz, *El Matrimonio en Indias. Realidad, social y regulación jurídica*, Buenos Aires, 1977; *Constituciones de la Real Academia Carolina de practicantes juristas de Charcas*, Santiago de Chile, 1970; *El Sínodo del Paraguay y Río de la Plata I: su valoración a la luz del Sínodo de Tucumán*, Madrid, 1973; *La unidad de domicilio conyugal en el Derecho Indiano*, México, 1976; *Los Discursos exhortatorios del Marqués de Bajamar (Una imagen del Consejo de Indias bajo Carlos IV)*, Quito, 1980; *Los indios y la figura jurídica del rey durante el quinientos*, Valladolid, 1983; *Los sermones cuaresmales a la Audiencia de Buenos Aires y su propuesta de oidor ideal*, Santiago de Chile, 1986.

[45] G. G. Doucet, *Notas sobre el yaconazgo en el Tucúman*, Quito, 1980; *Alguaciles mayores y oficiales reales en el cabildo de la ciudad de El Barco, Santiago del Estero (1550-1590) (Apuntes para un estudio)*, Buenos Aires, 1984; *Las Ordenanzas de indios para el Tucumán del Virrey Marqués de Montesclaros (1614)*, Valladolid, 1986; *Génesis de una Visita de la tierra. Los orígenes de la visita de las gobernaciones de Tucumán y Paraguay por el licenciado Don Francisco de Alfaro*, Buenos Aires, 1986; *Introducción al estudio de la visita del oidor don Antonio Martínez Luján de Vargas a las encomiendas de indios del Tucumán*, Buenos Aires, 1980; *La legislación de natulaes de una provincia indiana y la Recopilación de 1680*, México, 1987; *Un memorial relativo a la visita de Alfaro*, Rosario, 1988.

[46] M. I. Seoane, *La guarda de los huérfanos en el siglo XVIII (Aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino)*, Quito, 1980, *Historia de la dote en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1982; *Sentido espiritual del testamento indiano*, Buenos Aires, 1985; *Las fuentes jurídicas de los memoriales de los síndicos procuradores generales en materia de exención de oficios concejiles*, Buenos Aires, 1987.

[47] N. R. Porro, *Los juicios de disenso en el Río de la Plata. Nuevos aportes sobre la aplicación de la pragmática de hijos de familia*, Quito, 1980; *Rasgos medievales en la caballería indiana. La Institución a través de cronistas peruanos (1533-1635)*, Valladolid, 1983; *La defensa de la honra a uso de Indias*, Santiago de Chile, 1986.

[48] M. U. Salerno, *Cajas de censos y bienes de comunidad. Evolución histórica en el Río de la Plata*, Madrid, 1973; *Aplicación en el Virreinatto del Río de la Plata del Auto Acordado de 31 de julio de 1792 sobre arrendamiento de casas en Madrid*, México, 1976; *Formas de explotación rural en el Río de la Plata (siglo XVIII)*, Quito, 1980.

[49] H. J. Tanzi, *La Junta de Guerra de Indias*, Santiago de Chile, 1966; *La Contaduría de Buenos Aires y la instrucción de 1767*, Buenos Aires, 1968; *La justicia militar en el Derecho Indiano (con especial referencia al Río de la Plata)*, Sevilla, 1969; *La justicia naval militar en el período hispano*, México, 1969; *El fuero militar en el derecho indiano. Con noticias del derecho patrio en el Río de la Plata*, Caracas, 1976; *El conocimiento del Derecho en la legislación de Indias*, Madrid, 1973; *El Derecho de guerra en la América hispana*, México, 1973; *El Derecho Militar Indiano*, Caracas, 1984.

[50] R. I. Peña, *La aplicación del Derecho Castellano Indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810-1820)*, Buenos Aires, 1967; *Notas para el estudio del Derecho Canónico Matrimonial Indiano*, Santiago de Chile, 1970; *Cartas de Concierto en el Derecho Castellano Indiano a fines del siglo XVI (Córdoba de la Nueva Andalucía)*, Quito, 1980; *La Facultad de Jurisprudencia de Córdoba (1791-1807)*, Córdoba, 1985; *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba (1614-1807)*, Córdoba, 1986; *Fuentes del Derecho Canónico Indiano: Los autores, Anacleto Reiffenstuel y el Ius Canonicum Universum*, Córdoba, 1988.

[51] E. O. Acevedo, *Notas sobre la justicia en la Intendencia de Salta*, Buenos Aires, 1958; *Significación histórica del régimen de intendencias en Salta de Tucumán*, Buenos Aires, 1964; *Los subdelegados altoperuanos*, Buenos Aires, 1984; *Los aranceles eclesiásticos altoperuanos (Estudio jurídico-institucional)*, Santiago de Chile, 1986; *Reforma o suspensión del sistema de corregidores*, Mendoza, 1985-86; *Fuentes del patronato particular, según el Doctor Juan José Segovia*, Mendoza, 1987-88; *Dos aspectos de la Audiencia de Charcas*, Mendoza, 1985-86.

[52] P. Santos Martínez, *Régimen jurídico y económico de las aguas en Mendoza durante el Virreinato, 1776-1810*, Buenos Aires, 1961; *Regulación jurídica de la irrigación en Mendoza durante el siglo XVIII (Contribución a la historia del Derecho de Aguas en Argentina)*, Santiago de Chile, 1970.

[53] J. Comadrán Ruiz, *La Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Sevilla, 1954; *Los subdelegados de Real Hacienda y Guerra de Mendoza, 1784-1810*, Buenos Aires, 1959; *Notas para una historia institucional del corregimiento de Cuyo*, Sevilla, 1974; *Un corregidor por poder en Cuyo en el siglo XVII*, Buenos Aires, 1976.

[54] A. de Ávila Martel, *Esquema del Derecho Penal indiano*, Santiago, 1941; *Curso de Historia del Derecho*, I, Santiago, 1955; *Régimen jurídico de la guerra de Arauco*, Madrid, 1973; *La pena de excomunión en las fuentes canónicas del Reino de Chile*, Quito, 1980.

[55] B. Bravo Lira, *Judicatura e Institucionalidad en Chile 1776-1876: del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario*, Valparaíso, 1976; *Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano*, Santiago, 1981; *Monarquía y Estado en Chile*, Santiago, 1985; *Formación del Estado moderno: El concepto de Estado en las Leyes de Indias durante los siglos XVI y XVII*, Santiago, 1985; *La literatura jurídica indiana en el Barroco*, Valparaíso, 1985; *El Derecho Indiano después de la Independencia en América Española. Legislación y doctrina jurídica*, Santiago, 1984; *La noción de Estado de las Indias en la Recopilación de 1680*, México, 1987; *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, 1986; *Derecho Común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989; *Poder y respeto a las personas en Hispanoamérica. Siglos XVI a XX*, Santiago, 1989; *Los hombres del absolutismo ilustrado en Chile bajo Carlos III. Formación de una minoría ilustrada alrededor de la Administración, la Judicatura y el Ejército*, Santiago, 1989.

[56] M. Salvat Monguillot, *El tributo indígena en Chile a fines del siglo XVIII*, Santiago, 1959; *Legislación emanada de los Cabildos chilenos en el siglo XVI*, Santiago, 1969; *Las funciones de gobierno de la Audiencia en el reino de Chile*, Madrid, 1973; *Estudios de Derecho Histórico*, Santiago, 1975; *Las cláusulas de estilo en los contratos de compraventa*, Valparaíso, 1975; *Deterioro institucional de la encomienda en el siglo XVI*, Santiago, 1987.

[57] M. Góngora, *El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación (1492-1570)*, Santiago, 1951; *Studies in the Colonial History of Spanish America*, Cambridge, 1975; *Los grupos de conquistadores en Tierra Firme (1509-1530)*, Santiago, 1962; *Evolución de la propiedad rural en el valle de Puange*, (con J. Borde), Santiago, 1956.

[58] A. Dougnac, *Esquema del régimen económico matrimonial en Chile indiano*, Santiago, 1975; *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano*, Santiago, 1978; *Estatuto del huérfano en el Derecho Indiano*, Quito, 1980; *La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano*, Santiago, 1980; *El delito de hechicería en Chile Indiano*, Santiago, 1981; *La Real Administración del importante Cuerpo de Minería de Chile (1787-1802)*, Santiago, 1981; *El teniente de Gobernador en el reino de Chile*, Valladolid, 1984; *El Cabildo y el derecho de aguas en Santiago de Chile en los siglos XVII y XVIII*, Santiago, 1985; *El juego ante el Derecho en Chile indiano*, Santiago, 1988.

[59] F. Silva Vargas, *Esquema de la Hacienda Real en Chile indiano (siglos XVI y XVII)*, Santiago, 1965; *La visita de Areche en Chile y la subdelegación del Regente Álvarez de Acevedo*, Santiago, 1967; *La Contaduría Mayor de Cuentas*, Santiago, 1967; *Perú y Chile. Notas sobre sus vinculaciones administrativas y fiscales (1785-1800)*, Santiago, 1968; *La Hacienda Indiana*, Madrid, 1972; *El motín de las alcabalas en 1776*, Santiago, 1972.

[60] F. Campos Harriet, *Estudio de una propiedad rural chilena del siglo XVII a la luz del Derecho Indiano*, Santiago, 1970; *La institución del corregidor en el reino de Chile*, Madrid, 1973; *Funcionamiento de la Intendencia de Concepción (1786-1810)*, Quito, 1980; *Tres casos de composición de tierras*, Santiago, 1981; *Don Juan Martínez de Rozas, jurista de los finales del período indiano*, Buenos Aires, 1984; *La Caballería y el servicio militar en el Reino de Chile durante el siglo XVI*, Santiago, 1987.

[61] C. René Salinas Araneda, *Avance para una bibliografía chilena de Historia del Derecho Indiano*, Valparaíso, 1984; *El cedulario chileno. Algunas consideraciones sobre su contenido entre 1552-1694*, Santiago, 1985; *Los oficiales reales de Indias en el siglo XVII. Apuntes para su estudio*, Valladolid, 1986.

[62] L. Lira Montt, *Bases para el estudio del Fuero Nobiliario en Indias*, Santiago, 1975; *La distinción de estados en Indias*, Madrid, 1961; *Otras noticias sobre la distinción de estados en Indias*, Madrid, 1962; *La prueba de la hidalguía en el Derecho Indiano*, Santiago, 1978.

[63] C. Oviedo Cavada, *El Sínodo chileno de Salcedo, 1626*, Quito, 1980; *Las consuetas de las catedrales de Chile, 1689 y 1744*, Santiago, 1986.

[64] R. Rees Jones, *El Despotismo Ilustrado y los intendentes de la Nueva España*, México, 1979; *Algunas repercusiones jurídicas de la difusión de las Ordenanzas de Intendentes de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1987; *Los títulos de Intendente y Superintendente Manuel Ignacio Fernández*, Buenos Aires, 1989; *Aspectos de la vigencia de la Ordenanza de Intendentes de 1786 para Nueva España*, Buenos Aires, 1982.

[65] S. Zavala, *Instituciones jurídicas de la conquista de América*, Madrid, 1935; reed. muy ampliada, México, 1971; *La encomienda indiana*, Madrid, 1935; reedición muy ampliada, México, 1973. Entre su numerosa producción posterior hay que destacar sus *Ensayos sobre la colonización española en América*, Buenos Aires, 1944; *Contribución a la historia de las instituciones coloniales de Guatemala*, México, 1945; *Ordenanzas del trabajo, siglos XVI y XVII*, México, 1947; *Estudios indianos*, México, 1948; *Fuentes para la historia del trabajo en Nueva España* (en colaboración con M.ª Castelo), México, 1939-1945; *El servicio personal de los indios en el Perú*, México, 1984; *El servicio personal de los indios en la Nueva España*, México, 1985.

[66] T. Esquivel Obregón, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, México, 1937-1948.

[67] G. F. Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, 1971; *Del matrimonio prehispano al matrimonio cristiano*, Quito, 1980; *Carlos III y la Iglesia novohispana*, Valladolid, 1986; *El agua a la luz del Derecho Novohispano. Triunfo de realismo y flexibilidad*, Santiago de Chile, 1987; *El régimen de aguas en el Derecho Indiano*, México, 1987; *La Ordenanza de Intendentes para la Nueva España: ilusiones y logros*, México, 1988.

[68] J. I. Rubio Mañe, *Introducción al estudio de los Virreyes de Nueva España (1535-1746)*, México, 1955-1961.

[69] B. Bernal, *Situación jurídica de la mujer en las Indias Occidentales*, México, 1975; *Prudencio Antonio Palacios. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias (edición y estudio preliminar)*, México, 1979; *Legislación novohispana en materia carcelaria*, México, 1980; *Alonso de Zurita, Cedulario* (edición y estudio crítico), México, 1984; *La literatura jurídica práctica en torno a los derechos castellano e indiano, siglos XVI al XVIII*, México, 1982; *Un aspecto más del régimen carcelario novohispano: la visita de cárcel*, Valladolid, 1986; *Cómo periodizar el Derecho Indiano*, México, 1986; *Descripción administrativa y territorial de las islas del Caribe y las Costas de Tierra Firme según el Memorial de Juan Díaz de la Calle*, Santiago de Chile, 1985.

[70] J. L. Soberanes, *El Estatuto del Regente de la Audiencia de México*, Sevilla, 1975; *Notas para el estudio de la Audiencia gobernadora en México, 1680 a 1821*, México, 1976; *Los tribunales de la Nueva España*, México, 1980; *Los impuestos al comercio en la Nueva España*, Quito, 1980; *La administración de justicia en la Recopilación de 1680*, México, 1987.

[71] G. Porras Muñoz, *Don Marcos de Torres y Rueda y el gobierno de la Nueva España*, Sevilla, 1966; *La integración de los oficios del Cabildo de la ciudad de México (1524-1540)*, México, 1976; *Iglesia y Estado en Nueva Vizcaya (1562-1821)*, 2.ª ed. México, 1980; *El*

gobierno de la ciudad de México en el siglo XVI, México, 1982; *La provisión de gobernadores interinos de Nueva Vizcaya*, Valladolid, 1984; *El regio patronato indiano y la evangelización*, Pamplona, 1987.

[72] M. R. González Domínguez, *Notas para el estudio de las ordenanzas de Minería en México durante el siglo XVIII*, México, 1976; *Historia del Derecho Mexicano*, México, 1981; *Ventura Beleña, Recopilación* (Estudio preliminar), México, 1981; *La Administración de Justicia en el Gobierno Provincial en la Nueva España, 1570-1787*, México, 1985; *La Justicia ditristal en materia civil en la Nueva España*, Santiago de Chile, 1987; *Gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y sus tenientes y alguaciles en la Recopilación de Leyes de Indias*, México, 1987; *El Diccionario de términos jurídicos de Rafael Altamira y su importancia en el Derecho indiano*, Alicante, 1987.

[73] R. Moreno de los Arcos, *Salario, tequio y partido en las Ordenanzas para la minería mexicana del siglo XVIII*, México, 1976; *La minería en las leyes de Indias* (con M.ª R. González), México, 1987.

[74] A. Lira González, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, 1972; *La extinción del juzgado de indios*, México, 1976; *La voz comunidad en la Recopilación de 1680*, Valladolid, 1986; *Aspecto fiscal de la Nueva España en la segunda mitad del siglo XVIII*, México, 1968.

[75] J. del Arenal Fenochio, *José Lebrón y Cuervo. Documentos sobre su vida*, México, 1989; *Elucidationes, un libro jurídico mexicano del siglo XVIII*, México, 1979; *De abogados y Leyes en las Indias hasta la Recopilación de 1680*, México, 1987; *Gregorio Castellanos y los orígenes de la enseñanza de la Historia del Derecho en México*, México, 1982.

[76] F. de Icaza Dufour, *Los escribanos en los señoríos de la Nueva España*, Santiago de Chile, 1987; *La ordenación notarial en la Recopilación de Indias*, México, 1987.

[77] B. García Martínez, *El Marquesado del Valle. Tres siglos de régimen señorial en Nueva España*, México, 1969; *Ojeada a las Capitulaciones para la conquista de América*, México, 1970.

[78] G. Lohmann Villena, *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, 1957; *Antonio de León Pinelo: El Gran Canciller de Indias*, Sevilla, 1954; *Juan de Matienzo. El Gobierno del Perú (1567)*, París-Lima, 1967; *Los regidores perpetuos del Cabildo de Lima (1535-1821)*, Sevilla, 1983; *El señorío de los Marqueses de Santiago de Oropesa en el Perú*, Madrid, 1948; *El Corregidor de Lima (Estudio histórico-jurídico)*, Sevilla, 1952; *Los regidores del Cabildo de Lima desde 1535 hasta 1635 (Estudio de un grupo de dominio)*, Madrid, 1972; *Las Ordenanzas Municipales de Lima (1535-1635)*, Madrid, 1973; *Los Ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821)*, Sevilla, 1974; *Las ideas jurídico-políticas en la rebelión de Gonzalo Pizarro*, Valladolid, 1977; *Las Ordenanzas del Virrey Toledo* (Con Justina García Seravia), Sevilla, 1989-1990; *Las Cortes de Indias*, 2.ª ed., Valladolid, 1990.

[79] J. Basadre, *Historia del Derecho peruano*, Lima, 1937; reed., Lima, 1984; *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, 3.ª ed., Lima, 1985.

[80] J. Reig Satorres, *Reales Audiencias*, Guayaquil, 1972; *Aplicación del Derecho en el Cabildo ecuatoriano*, México, 1976; *Ordenanzas de la Real Audiencia de Quito*, Guayaquil, 1976; *Precisiones sobre la Audiencia y la Presidencia de Quito*, Santiago de Chile, 1985.

[81] G. Morazzani de Pérez Enciso, *La Intendencia en España y América*, Caracas, 1966; *Las ordenanzas de Intendentes de Indias, cuadro para su estudio*, Caracas, 1972; *Observaciones sobre las Ordenanzas de intendentes de Indias de 1782 y 1786*, Madrid, 1973; *Real Cédula de Intendencia y Real Hacienda, dic. 8 de 1775*, Caracas, 1978; *Materiales para el estudio de una Ordenanza del siglo XIX*, Caracas, 1986.

[82] S. G. Suárez, *El ordenamiento Militar de Indias*, Caracas, 1971; *Las Fuerzas Armadas en la Colonia*, Caracas, 1979; *Las Milicias, Instituciones Militares Hispanoamericanas*, Caracas, 1984. Vid. también *Las Reales Audiencias de Indias. Fuentes y bibliografías*, Caracas, 1989.

[83] A. E. López Bohórquez, *Los Ministros de la Audiencia de Caracas (1786-1810). Caracterización de una élite burocrática del poder español en Venezuela*, Caracas, 1984; *La Real Audiencia de Caracas: razones de su creación y ejemplo de organización judicial borbónica*, Caracas, 1986.

[84] F. Domínguez Compañy, *Estudios sobre las instituciones locales hispanoamericanas*, Caracas, 1981.

[85] J. Luján Muñoz, *Los escribanos en las Indias Occidentales*, Guatemala, 1977; *Los caciques en la Audiencia de Guatemala: realidad y legislación*, Valladolid, 1983.

[86] A. Szaszdi, *Observaciones acerca del poder de fundar ciudades en la Nueva Castilla*, México, 1976; *El cargo de Capitán General en la Nueva Castilla, 1529-1544*, Caracas, 1979.

[87] D. León Borja, *Guayaquil y la Real Armada de la Mar del Sur, 1579-1624*, Caracas, 1974; *Los traslados de ciudades en la Nueva Castilla*, México, 1976; *Los alcaldes ordinarios de Guayaquil y Puerto Viejo en el siglo XVI*, Quito, 1980; *El libro de Oficio de la gobernación de Popayán (1573-1670)*, Valladolid, 1984.

[88] L. Hanke, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Madrid, 1967; Idem; *El visitador licenciado Alonso Fernández de Bonilla y el Virrey del Perú, el Conde del Villar (1590-1593)*, Caracas, 1974; W. Borah, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, 1985; Idem (coord.), *El gobierno provincial de la Nueva España, 1570-1787*, México, 1985; M. A. Burkholder y D. S. Chandler, *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias de América, 1687-1808*, México, 1984; Idem, *Biographical Dictionary of Audiencia Minister in the Americas, 1687-1821*, Westport, 1982; J. L. Phelan, *The Kingdom of Quito in the Seventeenth Century*, Madison, 1967; A. J. Kuethe, *La organización del Ejército en Nueva España*, México, 1940; *Reforma militar y control político en la Nueva Granada*, Caracas, 1977; *Military Reform and Society in New Granada, 1773-1808*, Gainerville, 1978; L. N. McAlister, *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, México, 1982.

[89] H. Pietschmann, *Estado colonial y mentalidad social: El ejercicio del poder frente a distintos sistemas de valores. Siglo XVIII*, Milán, 1987; *El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América*, México, 1989; *Die Einführung des Intendentensystem in Neu-Spanien in Rahmen der allgemeinen Verwaltungreform der spanischen Monarchis im 18 Jahrhundert*, Colonia-Viena, 1972; *Corregidores, alcaldes mayores und subdelegados*, Colonia-Viena, 1972; *Antecedentes españoles e hispanoamericanos de las Intendencias*, Caracas, 1980; *Dos documentos significativos para la historia del régimen de intendencias en Nueva España*, México, 1971; *Estado y conquistadores: las Capitulaciones*, Santiago de Chile, 1987. E. Schäfer, *El Real y Supremo Consejo de las Indias: su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, Sevilla, 1935 y 1947.

[90] J. Lynch, *Intendente and Cabildos in the Viceroyalty of La Plata, 1782-1810*, Durham, 1955; *Administración colonial española, 1782-1800. El sistema de intendencias en el Virreinato del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1962; J. R. Fisher, *Gobierno y sociedad en el Perú Colonial. El Régimen de las Intendencias: 1784-1814*, Lima 1981.

[91] F. Chevalier, *Les municipalités indiennes en Nouvelle Espagne*, Madrid, 1944; *La formación de los grandes latifundios en México. Tierra y sociedad en los siglos XVI y XVII*, México, 1956.

[92] M. Mörner, *La reorganización imperial en Hispanoamérica, 1760-1810*, Estocolmo, 1969; *La Corona española y los foráneos en los pueblos de indios de América*, Estocolmo, 1970; *Análisis crítico de un grupo de leyes indianas*, Santiago de Chile, 1969.

BIBLIOGRAFÍA

Como orientación bibliográfica sobre la historiografía jurídica indiana, hay que mencionar en primer lugar los trabajos de Alfonso García Gallo, «El desarrollo de la historiografía jurídica indiana», Madrid, 1953 y «Panorama actual de los estudios de Historia del Derecho indiano», Madrid, 1952, ambos recogidos en los *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972.

Beatriz Bernal ha publicado «Historiografía jurídica indiana», en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 1, México, 1989.

Por mi parte, la «Historiografía de las instituciones jurídicas indianas (1945-1987)», en *Balance de la Historiografía sobre Iberoamérica (1945-1988)*, Pamplona, 1989 y «Aportación española a la Historia del Derecho Indiano (1940-1989)», en *Revista de Indias*, 188, Madrid, 1990.

Jesús Lalinde Abadía ha expuesto un «Panorama incompleto de la iushistoriografía argentina», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 49, Madrid, 1979 y Carlos Salinas Araneda, un «Avance para una bibliografía chilena de Historia del Derecho Indiano», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, IX, Valparaíso, 1984.

Son muy útiles también los trabajos de Alberto de la Hera, Ana M.ª Barrero y Rosa M.ª Martínez de Codes, *La Historia del Derecho Indiano. Aportaciones del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano a la bibliografía jurídica americanista*, Madrid, 1989 y de J. Gilissen, *Introduction bibliografique a l'histoire du droit et a l'etnologie juridique. Section F*, 1964-1971.

Contamos ahora con dos excelentes visiones de conjunto sobre las instituciones públicas indianas: la de la *Historia General de España y América*, de Ediciones Rialp, vols. VII, IX-2 y XI-2, Madrid, 1982, 1983, 1985 y 1989, con colaboraciones de Zorraquín Becú, Demetrio Ramos, Lasaosa Villanúa, Muro Romero, Martínez de Salinas, Tau Anzoategui, Martínez Martínez, Muro Orejón y Mariluz Urquijo. La otra reciente exposición de las instituciones es la de la *Historia General de América*, que dirige Guillermo Morón, vol. 13, Caracas,

1988, con la colaboración de Zorraquín Becú, Lasaosa, Sánchez Bella, Gerardo Suárez y Gómez Canedo.

En Madrid, Juan Pérez de Tudela ha redactado también una síntesis sobre «El Estado Indiano», en la *Enciclopedia de Historia de España*, dirigida por M. Artola, vol. 2, 1988.

Otras exposiciones generales de la Historia del Derecho Indiano son las ya citadas de R. Levene, Ots Capdequí y Antonio Muro Orejón. En las historias del Derecho de carácter nacional, que son abundantes y han sido citadas también —en Argentina, Levene, Zorraquín, Tau y Martiré, Levaggi; en Chile, Avila Martel, Bravo Lira; en México, Esquivel Obregón, Margadant, M.ª del Refugio González; en Perú, Basadre— se dedica especial atención a la historia del Derecho Indiano, aunque, como es lógico, en forma más resumida.

CARLOS DÍAZ REMENTERÍA

LA FORMACIÓN Y EL CONCEPTO DEL DERECHO INDIANO

I

LA FORMACIÓN DEL DERECHO INDIANO

Pudiéndose distinguir entre un Dereho Indiano secular y un Derecho Indiano canónico, el análisis que sigue se centrará en el primero de ellos, fruto aquél de la actividad normativa llevada a cabo tanto en Roma, a través de las resoluciones pontíficas o de los canónes concialiares, como en las mismas indias mediante la labor desarrollada por los concilios allí celebrados, y marcado por la incidencia de la actividad real en virtud de la concesión del derecho del patronato sobre la iglesia indiana con todo lo que ello llevaría consigo en orden a la intervención regia, lo que, con el paso del tiempo, iría a más hasta llegar a los límites del regalismo dieciochesco, su formación, el estudio de su composición escapa a los límites de lo indiano para entrar, plenamente, en el ámbito del más amplio y exacto del derecho canónico de la iglesia; siendo carga de la Corona la evangelización de las Indias, será ésta la que desarrolle al respecto una ingente labor jurídica y por ello se examinará en su momento bajo el epígrafe de la política misional en tanto en cuanto que consecuencia de la incorporación del Nuevo Mundo a la Corona. Dicho esto, ¿cómo abordar la formación del ordenamiento jurídico indiano? Su análisis puede ser enfocado a partir de alguno de estos criterios:

1. Por sus elementos integradores.
2. Por su evolución.

Ambos criterios guardan una íntima conexión ya que, siendo el derecho, o debiéndolo de ser, una respuesta más o menos inmediata a los planteamientos sociales, determinantes de la evolución, éstos pueden condicionar su composición. De ahí la necesidad de un estudio global.

1. Por sus elementos integradores

Entendiéndose por Derecho Indiano el vigente en Indias y si éstas se incorporaron a la corona de Castilla, provocando con ello unas determinadas polémicas en torno bien a la legitimidad de la dominación de los monarcas hispanos, bien sobre el status del indio o acerca de su capacidad tanto para poseer a título de propietario como para organizarse políticamente y si, estas polémicas, se resolvieron según unos determinados principios nos encontraremos con que necesariamente hay que tratar de unos elementos que conformaron aquel derecho, que lo integraron.

Si entendiéramos en su más amplio sentido la expresión Derecho Indiano, éste sería el resultante normativo fruto de aquella anexión, de la resolución de esos polémicos planteamientos, de la actividad, en principio, llevada a cabo al efecto por el aparato administrativo indiano, con competencias para asumir esa carga. Pero una tan genérica visión no reflejaría la riqueza de matices que deben de hacer constar al examinar la formación del mundo jurídico indiano. Es por ello por lo que necesariamente hay que diferenciar entre un Derecho legislado de naturaleza castellano-indiana, que puede ser entendido en función de considerar conjuntamente o no los dos elementos, un derecho consuetudinario que parece romper la estructura jurídica propia de la época en Castilla, en tanto que basada en una concepción autoritaria, y que se manifiesta fundamentalmente en relación con lo indígena pero que también se mostraría referido a la población criolla, un Derecho común romano-justiniano, canónico y feudal que glosado y comentado desde los siglos medievales deviene en cuerpo de doctrina de una gran incidencia, no sólo por supuesto, respecto de las Indias, un Derecho Natural de corte escolástico considerado como anterior a toda construcción positiva humana y por lo mismo igual para todos los hombres y un Derecho de Gentes, embrión del Derecho Internacional y por lo mismo entendido como instrumento adecuado para regular las relaciones entre los pueblos en paz o en guerra.

¿Qué se quiere decir con la referencia a un Derecho castellano-indiano legislado? Desde luego debe precisarse que la utilización del término legislado se usa abstracta y genéricamente. Es sabido que la actividad técnicamente legal va viendo reducida su importancia en Castilla conforme el proceso autoritario va configurando al poder del

rey, de ahí que lo legislado deba entenderse como comprensivo de la creación del derecho a través de disposiciones meramente de carácter gubernativo o en casos muy especialísimos por medio de reales pragmáticas, así se sanciona la Recopilación de leyes de los reinos de las Indias en 1680.

Y ¿por qué Derecho castellano-indiano? El factor castellano está presente en Indias desde un primer momento y ello con independencia de que de por sí las Capitulaciones de Santa Fe con el almirante puedan entenderse como un primer texto de derecho propiamente indiano; pero es que hasta la creación del Consejo de Indias, lo que generalmente se suele aceptar para 1524, las disposiciones específicamente sancionadas para Indias habrían pasado por el Consejo castellano y en este caso las peculiaridades indianas no tendrían mayor trascendencia que las que hubieran podido ser reconocidas respecto de otros cualesquiera de los reinos integrados en la corona castellano-leonesa; y si esto es así por simple consecuencia de esa anexión y por el hecho de que el castellano llevaría en definitiva su derecho consigo mismo rememorando de esta manera una de las vías de expansión de los derechos consuetudinarios a través del proceso repoblador, ya lejano, que se había dado en los inicios del altomedievo —en las Ordenanzas de Audiencias de 1530 y de 1563, base de la ley recopilada II, I, II, se hará saber o, mejor, recordar que salvo norma expresa para Indias la resolución de los asuntos deberá hacerse guardando las leyes castellanas conforme a la Ley de Toro— primera de las sancionadas en Cortes de 1505, precisamente un supuesto de derecho legislado con vigencia en Indias, nos encontramos por tanto que el Derecho de Castilla se proyecta hacia el nuevo mundo bajo el sistema de prelación de fuentes fijado en esa ley que restauraba en su pureza el que se sancionara en 1348 en las famosas Cortes de Alcalá de Henares, por supuesto una vigencia no total ya que, obviamente el Derecho Municipal quedaría marginado.

¿Qué sucede a partir de 1524? que funcionando ya un órgano de la administración real que tiene como cometido fundamental asesorar al rey en los asuntos indianos ésto favorecerá el incremento de un derecho especial ya propiamente de las Indias; a pesar de todo hasta 1614 Derecho Castellano y Derecho Indiano no forman realmente sistemas autónomos desde el momento en que el régimen jurídico que se elabora para Castilla se considera, salvo excepciones, dado para Indias. Por

eso 1614 es una fecha clave, a partir de entonces las normas castellanas conforme van siendo sancionadas no por eso se proyectan de por sí hacia las Indias, para esto será necesario que así se indique expresamente o que el consejo indiano opine favorablemente y se dicte la oportuna norma. A partir de ese año el Derecho Indiano cobra, si cabe, más caracterización en el seno de los ordenamientos jurídicos conocidos dentro de la monarquía a lo que no obsta que, por supuesto, el Derecho Castellano siga siendo supletorio.

Pero hablar de un Derecho Castellano-indiano abre la puerta a concebir el Derecho Indiano, y más acentuadamente desde 1614, desde una doble posible perspectiva: bien entender por Derecho Indiano el que expresamente se crea para la realidad indiana tanto desde la península como en las mismas Indias, bien por interpretar el Derecho Indiano como un ordenamiento por una complejidad de elementos, uno de los cuales sería, desde luego, el castellano, pero ¿de qué otro elemento podría constar?

Hemos señalado arriba la existencia de un derecho consuetudinario que rompía los moldes autoritarios del estado castellano según criterios que desde fines de la Edad Media se habían ido imponiendo como efecto del fortalecimiento del poder político a empujes de la recepción del Derecho romano justinianeo y de la filosofía imperante en el concepto de *plenitudo potestatis* aplicable al titular del papado. Y es que, efectivamente, el Derecho Indiano se presentará con una nota peculiarísima: el reconocimiento de un elemento consuetudinario en aquella del régimen jurídico tocante a las sociedades indígenas o república de indios como expresión global. Pero, ¿por qué esto?

No siendo de este lugar el tratamiento de la costumbre como fuente del derecho habrá que limitarse a explicar simplemente el porqué de su aceptación y para ello hay que remontarse a los antecedentes medievales, en tanto que explicativos de cómo una sociedad política puede vincularse o integrarse a otra o en otra. Desde lo que hoy sería un punto de vista propio del derecho público habría una doble vía para logar, bien el nacimiento de una unidad política superior que lógicamente sería consecuencia de la vinculación entre dos o más sociedades preexistentes en un plazo igualitario, con lo que cada una de las colectividades conservaría sus propias estructuras y su propio derecho, bien el incremento de una debido a la integración o agregación de otra, supuesto por el que esta última se vería privada de sus esque-

mas jurídico-institucionales. En el primer caso nos encontraríamos ante un modo de unión *aeque principaliter*, es decir que las diversas sociedades que decidieran unirse lo harían en igualdad de derechos aunque una de ellas pudiera considerarse como parte principal. En tanto que en el segundo de los supuestos la unión significaría o supondría una mera y simple accesión. Esto, por otra parte, significaba o bien una unión sólo personal —reconocimiento de un mismo monarca—, o bien una unión de carácter institucional al provocarse la supresión de las instituciones de una o varias de las sociedades en beneficio de la que resultaba ser aglutinadora de las restantes.

Del planteamiento expuesto se hará uso por parte de los juristas y moralistas de los siglos XVI y XVII para afirmar que las provincias y reinos de Indias deberían ser considerados como parte de la Corona castellana debiéndose regir, por lo mismo, según el ordenamiento jurídico vigente para los reinos de la Corona en la península. Esta doctrina, defendida en España por autores como Juan Bautista Valenzuela Velázquez en sus *Consilia seu iuris responsa* o Francisco de Avilés en su *Nova deligens ac per utilis Expositio Capitum, seu legum Praetorum, ac iudicum syndicatus regni totius Hispaniae,* y que se basaba en la anexión pura y simple de un reino habido como secundario a otro principal, encontraba su firme apoyo en la tradición representada por los comentaristas medievales como Bártolo de Sasoferrato, quien para justificar la sujeción de los reinos sometidos acudía a comparar esta situación con la creada para la porción de tierra en que se veía incrementada una finca ribereña por los aluviones del río, en ambos casos se extendería el régimen jurídico imperante bien en el reino dominante bien en la parte principal del fundo.

Como puede apreciarse se llegaba al establecimiento de una clara similitud de situaciones y soluciones entre un fenómeno de adquisición del dominio en el campo del Derecho Privado y otro que, no entrando en la esfera particular de los individuos y perteneciendo a lo que hoy consideramos como Derecho Público, se asemeja al primero, lo que no debe extrañar desde el momento en que fuertes corrientes ideológicas de la época sustentaban un sentido patrimonialista de la monarquía —obsérvese la estimación del rey como primer mayorazgo del reino— y un ideal universalista del imperio hispánico.

No obstante, esa interpretación claramente partidaria de los derechos de la Corona, encontró cierta limitación en autores como José de

Acosta en su *De procuranda indorum salute* o Ferdinando Zurita con *Theologicarum de indis quaestionum, enchiridion primum*, los cuales adoptarían una toma de posición propensa sin lugar a dudas a inclinarse por el indígena, una postura que se manifestaba en la afirmación de que su castellanización debería lograrse paulatinamente, sin provocar bruscas alteraciones en las estructuras sociales y políticas de su entorno, finalidad que llevaría, necesariamente a la admisión de todas aquellas costumbres que no estuvieran en contradicción con la religión, la justicia, en suma, con el Derecho Natural según el pensamiento de los teólogo-juristas españoles, por ello se consideraba que era

> digno de admitir que lo que se pudiere dejar a los indios de sus costumbres y usos (no habiendo mezcla de sus errores antiguos) es bien dejallo y... procurar que sus fiestas y regocijos se encaminen al honor de Dios y de los santos cuyas fiestas celebran

teoría indigenista que queda mejor definida con la relación de prácticas rechazables que proporcionan, por ejemplo, tanto Zurita como Juan de Solórzano Pereira en su *Política Indiana*, y que pueden reducirse a aquellas que contuvieran elementos idolátricos, mágicos e impíos.

Como consecuencia de todo lo expuesto puede afirmarse que en el contexto de la doctrina española sa dan sin lugar a dudas dos tendencias dentro de la general teoría de la accesión, aceptada por todos, la de aquellos que movidos sólo por razones de utilidad pública estimaron que el mundo indígena debería quedar sujeto en todo al Derecho Castellano y la de quienes, por motivaciones impregnadas de un profundo contenido humano, moral y religioso, se inclinaron por el dictado de una política proteccionista y respetuosa para con lo indígena a excepción de aquello que mímimamente rogara, o llegara a rogar, alguno de aquellos límites. Esta sería la solución adoptada por la Corona en una Real Cédula de 66 de agosto de 1555 promulgada a instancias de los indios caciques de la Verapaz (Guatemala) y que determinó la acción de gobierno para con el indio hasta la promulgación de la Recopilación de 1680, la cual en su Ley II, I, IV, recogió parcialmente el contenido de aquella cédula introduciendo un cambio sustancial: la inclusión de una cierta facultad interpretativa y de confirmación en beneficio de la Corona, ya que refiriéndose a esas normas consuetudinarias

> siendo necesario por la presente las probamos y confirmamos con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al nuestro y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos

con lo que el mismo rey se autolimita; ahora bien, la introducción en el texto de las palabras «y siendo necesario por la presente las aprobamos y confirmamos» nos está indicando una aproximación de aquellos derechos indígenas a la misma situación en que se encontraban los municipales castellanos desde que se pormulgara el Ordenamiento de leyes de 1348, es decir, que quedaban sujetos a la interpretación del rey, y ello pese a que en último lugar se siga indicando que no podría dictar norma que pusiera en entredicho la vigencia de las normas consuetudinarias, ya que haciendo uso de la técnica de la no aprobación y no confirmación de éstas carecerían para su vigencia de uno de los requisitos contemplados en la Ley I, II, V, de Partidas. No obstante, esta confimación y aprobación que de modo general se realiza por parte del monarca da la base necesaria para estimar que, en principio, aquel derecho consuetudinario quedaría vigente, si bien por libre condescendencia real. Instituciones indígenas como el cacicazgo o el reparto periódico de tierras continuaron vigentes durante todo el periodo hispánico.

Otra interpretación podría darse a la expresión «y siendo necesario». La de una manifestación más de la permanente preocupación de la Corona por imponer como norma de conducta política y social la del respeto al aborigen y a lo aborigen dado el constante incumplimiento, tantas veces denunciado, de las directrices mantenidas al respecto por las altas instancias de la administración indiana.

La ley en cuestión, por último, llama la atención por limitar la vigencia de los derechos consuetudinarios indígenas a su no conflictividad «con las leyes de este libro» cuando su contenido va referido sustancialmente a la organización, estructura y funcionamiento de la administración de justicia.

No siendo este el lugar oportuno para proceder a la exposición, más o menos aproximada, de lo que pudo ser alguno de esos derechos, sí cabe destacar la preocupación que se manifiesta durante largo tiem-

po por conocer cuáles habían sido las instituciones del mundo prehispánico y bajo qué reglas se habían resulto las diferencias. Visitas e informaciones fueron los medios comúnmente utilizados para llegar a su conocimiento; el caso peruano es ilustrativo al efecto: la visita que lleva a cabo en 1557 el corregidor Damián de la Bandera o las informaciones realizadas al efecto por el virrey don Martín Enríquez a raíz de una Real Cédula de 23 septiembre de 1580 son ejemplos del interés por obtener noticias fiables acerca de aquellos derechos, unos derechos que sin duda serían utilizados para la resolución de asuntos de escasa entidad, de menor cuantía, obsérvese en este sentido que la citada real cédula recuerda que «tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos», lo que suponía continuar una línea interpretativa que ya se muestra en disposiciones anteriores como las leyes Nuevas de 1542 que en su capítulo 20 se expresa casi con idénticas palabras, una Real Provisión de 11 de marzo de 1550 o la Ordenanza 71 de las de la Real Audiencia limeña de 1565. De las normas de este período y concretamente de las sancionadas el 17 de diciembre de 1551 y el 19 de diciembre de 1558 se partió para elaborar la ley recopilada VI, VII, XIII que aclara tácitamente el alcance de la jurisdicción criminal de los caciques, así como expresa, también indirectamente, su capacidad para conocer en lo civil. Aquélla no debería extenderse a las causas en las que pudieran aplicarse «pena de muerte, mutilación de miembro u otro castigo atroz» y quedando reservada la jurisdicción suprema «así en lo civil como en lo criminal» al rey, a las audiencias y a los gobernadores, al igual que hacer justicia «donde ellos no la hicieron», de donde es factible deducir sus facultades para con lo civil en asuntos de menor cuantía en continuidad con aquella Cédula de 1580; nótese la incidencia de la práctica transmitida en el tiempo acerca de la reserva de conocimiento respecto de determinados delitos para los tribunales del rey desde las Cortes zamoranas de 1274 y consiguiente distinción entre causas o pleitos foreros y causas o pleitos del rey o de corte, éstos juzgados por el Fuero Real o derecho del tribunal del rey; he ahí por tanto, por vía indirecta, el campo de vigencia de los derechos consuetudinarios indígenas.

Pero en relación con la aceptación de un derecho basado en la costumbre y parte del vigente en las Indias se ha señalado la existencia

de una manifestación criolla al respecto; fruto, entre otros posibles factores, de la complejidad indiana, del mismo casuismo propio del ordenamiento jurídico en el nuevo mundo y la misma necesidad por parte de los cabildos o de otras instituciones de ir afrontando nuevas situaciones, de ir completando a través de la experiencia las mismas normas cuando éstas no hubieran tenido en cuenta determinados aspectos, de suplir la falta o quizá el desconocimiento de una disposición, la realidad fue que en no pocas ocasiones se alegaba la vigencia de una costumbre para justificar una determinada actuación, todo con independencia por supuesto de la consideración que la costumbre mereciera a los juristas y al derecho legislado de la época.

Para terminar esta exposición acerca de los elementos constitutivos del derecho indiano cabe insistir en cómo al margen del mundo de las normas, legales, gubernativas o consuetudinarias, el Derecho Indiano en su formación conoció la incidencia del Derecho Natural por la vía de las polémicas sobre el status del indio o sobre la legitimidad de las relaciones dominicales o de sus formas políticas antes de la conquista, al igual que de alguna manera las discusiones sobre la guerra pueden entenderse como prueba de un naciente Derecho Internacional que en definitiva participa de esta manera en la configuración del ordenamiento indiano. Por último, pero no por ello en lugar secundario, antes muy al contrario, el derecho común —romano justinianeo, canónico y feudal glosado y comentado— se constituiría en una pieza fundamental en la práctica y en la teoría jurídicas indianas, sobre todo en amplias parcelas del Derecho Privado sin olvidar las otras ramas del derecho. Por otro lado, este valor del derecho común y del principio de autoridad en que se basaban las aleciones y los discursos de los juristas facilitó que en un más amplio sentido la literatura jurídica castellana e india tuviera una gran utilización práctica, recordemos los nombres de un Gregorio López, glosador de las partidas, de Gaspar de Escalona y Agüero, de Antonio de León Pinelo o de Juan de Solórzano Pereira.

2. Por su evolución

Considerando que el derecho guarda directa relación con el contexto socio-económico, político o cultural, un esquema positivo apro-

piado respecto del indiano debe contemplar como puntos de partida tanto el examen de los asuntos más polémicos a los que se vinculó en su mismo origen, como la exposición de aquellos fines que fueron permanentes en la actividad política. A partir de estos presupuestos entremos por tanto en el análisis de esa evolución.

A) *En relación con la política hacia el indio*

Sin entrar a examinar aspectos como la expansión castellana y la anexión de las Indias, que será objeto de estudio posteriormente, valga hacer una breve, pero necesaria referencia, al hecho de que la forma de integración en la Corona, conectado con el proceso de penetración mediante el uso de la guerra o su rechazo, será determinante en relación con los fundamentos de la organización social y política del mundo indígena bajo el dominio hispánico. Esos fundamentos o principios derivados, o coincidentes en el tiempo, de aquella polémica iban a ser:

1) Libertad.
2) Civilización y protección.
3) Capacidad.

Si estas van a ser las bases a partir de las cuales se construya una buena parte de lo que iba a ser el Derecho Indiano su formación sería, no obstante y también en buena lógica, mucho más compleja, la política misional, el progresivo desarrollo de una administración a todos los niveles y en función de unos condicionantes, la necesidad de regular el trasvase de población, el comercio o la explotación de la riqueza, sobre todo minera, en conjunción con los intereses de la Corona, el desarrollo de un sistema hacendístico... son ejemplos de esa diversidad de puntos de mira a partir de los cuales puede observarse la formación del ordenamiento jurídico indiano.

De entre ellos algunos, los más sobresalientes en tanto que ideologizaron el sistema, se analizarán con más detenimiento, otros serán, en todo caso, considerados muy por encima desde el momento en que son tratados ampliamente en epígrafes específicos. Pasemos ahora, por tanto, al examen de aquellos principios de libertad, civilización y protección, y capacidad.

1) Libertad

Fue fruto la caracterización final de ese principio de las arduas polémicas entre quienes defendían ese status para el indio y quienes, por el contrario, entendían justificado su sometimiento a servidumbre. Arrancando este planteamiento de la actitud adoptada por un sector de la intelectualidad castellana de la época, partidaria de la aplicación del pensamiento filosófico aristotélico diferenciador entre hombres prudentes, dotados plenamente de razón y a quienes por lo mismo, correspondería la dirección de la sociedad, y hombres bárbaros, no plenamente capaces, que deberían de estar sometidos a los primeros y a cuyo cargo, y bajo la dirección de aquéllos, estaría la realización de los trabajos físicos, el indio sería esclavo o siervo por naturaleza rechazándose de esta manera el criterio de los que sostenían el carácter convencional de la distinción entre libre y esclavo, tesis en cuya virtud y según sus términos no se podría admitir diferencia alguna de origen natural entre los individuos, al tiempo que desde luego no sería propensa a la aceptación de la fuerza para el supuesto de que el considerado como bárbaro se negara a sujetarse voluntariamente a la dominación de los denominados prudentes en el ensayo teórico de los defensores de la servidumbre natural.

Desigualdad aristotélica, igualdad de origen, cuya raíz habría que buscar en el pensamiento de la patrística cristiana e incluso en la construcción del filósofo cordobés Séneca mediante la distinción entre alma y cuerpo, aquélla libre y éste pudiendo estar sometido a servidumbre, constituirían los extremos de la polémica llamada a tener una importante trascendencia en el origen de la actitud futura del legislador respecto de la condición de indio.

Sin entrar a tratar de la proyección y de las ramificaciones de esas dos corrientes ideológicas a través de los siglos medievales y del renacimiento, hay que recordar cómo las doctrinas filosóficas del antiguo mundo se proyectaron en el tiempo, debiéndose hacer mención de la escolástica y de cómo Santo Tomás de Aquino recogerá parte del pensamiento aristotélico, para así encauzarlo hacia la edad moderna, hacia el mundo renacentista. El planteamiento que se desarrolla en relación con el escenario indiano no sólo se iba a manifestar en la corriente teológico-jurídica española sino que también en un marco más amplio, a nivel europeo, se darían muestras de la discusión. Así el escocés

Maior, en 1510, hablaría de los hombres salvajes o bestiales como de siervos por naturaleza, precisamente cuando en la Junta de Burgos de 1512 ya se iba a disputar sobre la conquista y el gobierno de las Indias, siendo Palacios Rubios quien a estos efectos diferencia entre servidumbre legal y servidumbre natural; siendo la primera fruto del derecho de gentes, la segunda, propiamente, no suponía un status procedente de un hipotético desarrollo alcanzado por el individuo, tanto en cuanto a su capacidad intelectiva como de obrar, de donde se trata de una servidumbre no necesariamente unida a unos criterios inmutables de diferenciación entre las personas. De ahí, quizá, que Palacios Rubios, examinando la realidad que se le presenta en relación con las Indias, considere la existencia de una esclavitud de orden legal, derivación lógica de la guerra justa, y de una servidumbre que caracteriza como natural y que encuentra su reflejo en la situación del indio encomendado, en tanto que al natural de las Indias le tendría como inepto e incapaz para el gobierno, situación en la que no se negaría su condición originariamente libre.

Nuevamente es ocasión de hacer mención de Ginés de Sepúlveda. En su *Democrates alter* o *Diálogo de la guerra sobre los indios*, escrito en 1547, explicando el significado del gobierno heril o del amo, propio de ciertos grupos humanos, señala que el mismo se origina por alguna de estas causas:

1.º) Por ser siervo por naturaleza; servidumbre que al contrario de la interpretación de Palacios Rubios, él relaciona con el hecho de nacer en el marco de ciertas tierras o de determinados climas.

2.º Por la presencia de elementos que supongan un grave obstáculo para el autogobierno, en razón de que su mera existencia coloquen a la sociedad en cuestión al margen de los principios delimitadores del deber ser.

Partiendo de los supuestos referidos y aplicando el esquema a las colectividades autóctonas del Nuevo Mundo, Ginés de Sepúlveda va a entender cómo, en el caso de que aquéllas no acepten el imperio de los españoles para la ordenación de su gobierno en orden a procurar su civilización, los naturales que se resistieran a su dominación podrían incluso quedar sujetos a servidumbre, en definitiva, para él la servidumbre legal era creación de los juristas. Distinto será el supuesto de los indígenas que aceptaran el nuevo orden de cosas, bien fuera por prudencia, bien lo fuera por temor, ya que a una actitud distinta co-

rrespondería una respuesta diferente: libertad en cuanto a las personas y capacidad para poseer bienes; sólo se alteraría, lo que no era poco, obviamente, su condición plenamente autónoma en lo político desde el momento en que podrían quedar reducidos a la condición de meros tributarios, si bien respecto de cada uno de ellos entraría en juego el posible sistema de exenciones que pudieran derivar de la naturaleza y condición de cada cual. Principio que recogería en su momento la normativa indiana.

El juego que se da a la idea de la servidumbre natural en el desarrollo de los planteamientos indianos estaba llamada a provocar una fuerte reacción por parte fundamentalmente de un sector del clero a cuyo frente, indudablemente, se encontrará fray Bartolomé de las Casas. Sus planteamientos son conocidos: el indio ni es irracional ni bárbaro; Aristóteles no se refería propiamente a la servidumbre sino al gobierno civil, es decir, al supuesto de que determinados grupos o colectividades carecieran de capacidad para gobernarse y que en consecuencia quedaran bajo la sujeción de quienes serían considerados como hábiles, como prudentes. No obstante, enfrentándose al hecho de que Aristóteles contempla la existencia de la servidumbre en el ámbito familiar, Las Casas aceptará que para llevarse a cabo, adecuadamente, la combinación señor/siervo la naturaleza habría facilitado el nacimiento de siervos por natura provocando el surgimiento de individuos faltos del necesario juicio para gobernarse y favorecidos, por el contrario, de la precisa fuerza física que les permitiera servir al señor de la casa; se lograría, de esa forma, que para ambas partes, amo y siervo, se produjera un beneficio, aunque éste no fuera en principio evaluable materialmente para el siervo.

Así interpretada la tesis aristotélica, Las Casas, al proyectarla sobre la realidad indiana y en su afán de proteger a los indios de los efectos de su posible aplicación, procede a limitar su incidencia contemplando tres posibles especies de bárbaros:

1.º) La de aquellos que siendo extraños a las opiniones y costumbres de los cristianos gozaban, pese a ello, de la suficiente capacidad como para regirse por sí mismos.

2.º La de quienes se consideraba como tales por su desconocimiento de la escritura como medio de expresión.

3.º Por último la de quienes por la brutalidad de sus inclinaciones y costumbres y por su desconocimiento de todo tipo de organiza-

ción política indudablemente podrían ser combatidos mediante guerra justa. Sólo respecto a éstos aceptaría Las Casas el predicamento filosófico aristotélico. Su última consecuencia sería la de que quedarían reducidos a la obediencia política al rey castellano. El caso, desde luego, sería aislado y en absoluto podría señalarse respecto de la generalidad de la población indiana ya que ésta gozaría en su mayoría de la racionalidad común al ser humano en seguimiento de la línea, expuesta por la tradición bíblica, acerca de su origen.

Eco del pensamiento lascasiano sería la Bula de Paulo III, *Sublimis Deus*, de 9 de junio de 1537 al declarar cómo

> los dichos indios y todas las demás gentes que de aquí adelante vinieren a noticia de los cristianos, aunque estén fuera de la fe de Cristo, no están privados, ni deben estarlo, de su libertad ni del dominio de sus bienes.

José de Acosta, perfeccionando la diferenciación entre las varias clases de bárbaros, distinguirá entre los siguientes tipos:

1.º) Los más desarrollados, pertenecientes al continente asiático, integrados en pueblos que poseían una avanzada organización política, un fuerte desarrollo cultural y que, al mismo tiempo, habían llegado a desarrollar fuertemente el comercio.

2.º) Aquellos que sin haber llegado a una elevada evolución cultural sí que gozaban de un alto sentido de la constitución política; regidos en su opinión, siquiera parcialmente, por la razón humana podrían ser entregados a príncipes cristianos para su gobierno una vez que hubieran sido bautizados, pero respetándoseles sus facultades, pertenencias y leyes, no siendo contrarias a la naturaleza o a la ley evangélica.

3.º) Tercera clase de bárbaros sería la representada por aquellos que viviendo errantes, sin orden político y sin leyes, sin conocimiento de la organización basada en la ciudad, sí sería factible que quedaran sujetos por la fuerza a los cristianos aplicándoseles la doctrina aristotélica. Éste sería el supuesto de los indios caribes; consecuencia de esta propuesta diversidad sería la de limitar el alcance de la dominación violenta a cierta clase de bárbaros y consolidar los derechos de los sometidos al mundo cristiano.

Sería así como se llegará a la configuración de un relación tutelar/curatelar similar a la conocida como dativa y que iba a mostrarse en supuestos como los reflejados en el pensamiento de Vázquez de Menchaca o de Solórzano Pereira; en el primero cuando asegura que la servidumbre por naturaleza no es propiamente tal, ya que por origen, en definitiva, todo individuo era libre debiéndose interpretar el servicio a los prudentes como instrumento para su mejor acomodo a una vida regulada por adecuados principios morales y políticos; en cuanto a Solórzano, aceptando igualmente el principio de una libertad por origen, cuando afirma que la tutela sobre el bárbaro debe ir encaminada más a su comodidad que a la del sabio, razón por la que la dominación sobre los indios que hubieran alcanzado cierto nivel cultural nunca debería manifestarse como despótica.

¿Cuáles fueron las consecuencias prácticas de esta doctrina? Siendo centro y eje del desarrollo jurídico indiano durante buena parte del siglo XVI toda la problemática suscitada a la sombra de la polémica sobre el status del indígena, es obvio que su incidencia se proyectó con la suficiente fuerza como para caracterizar fundamentalmente al ordenamiento formado en función de esa nueva realidad indiana tan distinta a la que en cualquiera de sus aspectos existía en la península. La promulgación reiterada de reales cédulas prohibiendo la esclavitud de los naturales a excepción de los conocidos como caribes y de quienes hubieran sido vencidos en guerra justa hasta la promulgación de las Leyes Nuevas de 1542, condición a la que posteriormente sólo quedarían sujetos los primeros; el mismo mantenimiento de la institución de la encomienda, al margen de la oposición que su, en principio, prevista desaparición en 1542 provoca en Perú, podría justificarse en función de aquella relación tutelar a que se ha hecho referencia, relación tutelar meramente dada la declaración de libertad que se lleva a cabo respecto del indio encomendado. Pese a ello se dieron situaciones que sin duda estaban llamadas a provocar un fuerte sentimiento de contradicción: es, por ejemplo, el supuesto del yanacona en el área andina en conjunción con la más amplia temática de los servicios personales y las Reales Cédulas que sobre ello se sancionaron el 24 de noviembre de 1601 y el 26 de mayo de 1609, normas básicas, con otras, en la formación de los títulos XII y XIII del libro VI de la Recopilación indiana de 1680. Suponiendo el yanaconaje una relación que en su raíz nace de la habitación del indio en la chácara o propiedad agraria perteneciente a

español. La compleja realidad social que determina su aceptación y desarrollo estaba llamada a provocar una situación conflictiva en la que mostrándose una diversidad de intereses económicos el yanacona, considerándosele como adscrito a la tierra, pierde, al menos aparentemente, su condición de hombre libre; la polémica iba a ser de tal importancia que la Real Audiencia de la ciudad de La Plata, en Charcas, comunicará al rey en carta de 28 de febrero de 1608 un informe por el que intentará justificar su existencia siguiendo un planteamiento derivado de los textos del derecho común. Para la audiencia un claro y decisivo precedente en cuanto al yanaconaje se encontraba en el régimen jurídico al que, históricamente, se habían visto sujetos los adscripticios según el dictado de los títulos *De agricolis censitis vel colonis* y *De agricolis et mancipiis dominicis vel fiscalibus sive rei privatae*, libro XI del Código de Justiniano, así como en los títulos *De immunitate ecclesiarum* y *De iudaeis, sarracenis et eorum servis*, de los libros III y V de las *Decretales* de Gregorio IX, respectivamente, en tanto que aprobaban la existencia de ese peculiar status; status que iba contra la libertad, en el sentir de canonistas como el conocido como Abad Panormitano o según el criterio del capítulo II, título VI, libro V de aquéllas cuando afirma que el judío no puede tener al cristiano en servidumbre pero sí como adscripticio. La aceptación de esa especial relación no podía suponer de manera alguna la pérdida de la libertad, así se declara y recuerda en muy diversas ocasiones a lo largo de todo el período indiano y así se declara el 26 de mayo de 1609, norma ya citada y que fue base de la Ley II, VI, XI del cuerpo normativo de 1680. Una libertad natural que es recordada directa e indirectamente a través del tiempo, en algún caso incluso con cierta reminiscencia de la tesis aristotélica, es el caso que se contempla en la Real Provisión sancionada el 17 de noviembre de 1526, cuando ordena que los indios tenidos por esclavos sean pues «en aquella libertad o encomienda que es razón y justicia, según la calidad o habilidad de sus personas hubiere lugar», referencias que desaparecen en disposiciones posteriores en las que ya sin matizaciones se proclama su libertad sin más y desde luego a partir de las Leyes Nuevas de 1542-1543.

Por diversas normas esa libertad se hará valer tanto ante españoles como ante los mismos caciques, por ejemplo en una norma de 6 de noviembre de 1538 o en otra, entre varias, de 8 de febrero de 1588, prohibiéndose la práctica del rescate o extracción de indios que con-

forme a las costumbres indígenas eran esclavos de otros por derecho de guerra y que luego eran vendidos como tales por los españoles, como se aclara en Real Cédula de 10 de octubre de 1618, en atención a una realidad que era conocida en diferentes gobernaciones del virreinato peruano, y manteniéndose la esclavitud a título excepcional para los caribes por sus costumbres bárbaras, a excepción que sean menores de catorce años o mujeres de cualquier edad según la Real Cédula de 25 de enero de 1569, luego Ley VI, II, XIII de la Recopilación. Por supuesto el buen tratamiento, como se aprecia examinando este último texto, dio lugar a diferentes declaraciones de libertad.

2) Civilización y protección

Elementos básicos en la construcción del derecho indiano respecto del esquema político pensado para las comunidades indígenas y consecuencia en definitiva de los polémicos debates del siglo XVI, fueron cuatro las principales vías por las que se pretendió llevar a cabo esa política, siendo válidas en algunos supuestos para ambas finalidades:

a) Proceder a una efectiva reducción de los indios a pueblos.

b) Rechazo de aquellas prácticas consuetudinarias incompatibles con los principios culturales castellanos, cristianos o europeos.

c) Concesión de privilegios, de diversa naturaleza, a la población autóctona.

d) Plasmación institucional de una política de protección representada básicamente por la figura del protector de naturales; básica pero no exclusivamente, ya que función también propia de virreyes y reales audiencias será la de controlar el cumplimiento de las normass promulgadas por la corona a ese efecto, siendo incluso y en consecuencia función de los fiscales acudir en su defensa a excepción de los supuestos en que se estuviera ante una litis declarada entre el interés indígena y el de la Corona.

Detengámonos en el examen, más o menos amplio, de estos medios.

a) La reducción a pueblos: ¿qué era una reducción?, ¿en qué consistía y cuál fue su incidencia en ese proceso de indudable aculturación?

Puede afirmarse que la reducción, tal como se conoció el fenómeno en el área andina, congregación, como se conoció en la Nueva España, o resguardo, en el espacio neogranadino, llegó a ser una fórmula de asentamiento rural en el que convergían diferentes comunidades indígenas, sólo excepcionalmente de regiones distantes, lo contrario hubiera ido contra el espíritu de la legislación, a fin de proceder tanto al logro de ese proceso civilizador como al buen término de la cristianización de los reducidos. La política de reducción a pueblos ya había sido avalada por los frailes dominicos en los inicios del silgo XVI siendo la Junta de Burgos, celebrada a raíz de las denuncias de Antonio de Montesinos en Santo Domingo en 1511, la ocasión para que procediera a su discusión. Habrá que esperar no obstante a los años de 1550/1560 para Nueva España y a partir de 1570 para Perú, a fin de poder apreciar el desarrollo de esta política, política que se mantendrá a lo largo de todo el período hispánico, como se prueba contemplando las directrices que se marcan respecto de las comunidades recién integradas en el dominio efectivo de la Corona durante las últimas expansiones teritoriales, ya en el siglo XVIII, siendo un caso ejemplificador el de los indios del Chaco fronterizos con la provincia del Tucumán en 1773.

Desde el momento en que la reducción devenía en instrumento de civilización o educación civil, ello suponía la necesidad de organizarla siguiendo los moldes propios del pueblo castellano y al mismo tiempo se constituía en vía para incardinar a las comunidades en la estructura política de la monarquía, lo que a su vez determinaba que la reducción fuera una vía apropiada para que la población indígena cumpliera con las obligaciones derivadas de su condición política respecto del rey, es decir que como súbditos del monarca quedaban más fácilmente controlables a los efectos de cumplir con las cargas tributarias y en el caso de los mitayos, de servicio, a que en caso de negligencia pudieran ser compelidos.

Pero por otra parte la reducción significaba, en tanto en cuanto que inmersas ya las comunidades en el entramado organizativo de las instituciones indianas, la proyección sobre ella de la forma institucional del concejo y cabildo de españoles, de la estructura municipal castellana con otras palabras, si bien con las oportunas adaptaciones, tal como se recoge en diversas reales disposiciones que constituyeron las bases de las leyes recopiladas sancionadas en el título III, libro VI del

Corpus Normativo de 1680. Se trata de normas que, regulando diversos aspectos, reflejan la incidencia de las polémicas sobre la naturaleza del indio, si bien también confluyendo con la necesidad de satisfacer necesidades económicas de la Corona entre otras diversas cuestiones. Así, la Real Cédula de 8 de octubre de 1560 disponiendo y al mismo tiempo recordando que era carga de los encomenderos atender la doctrina y defensa de sus encomendados, o la Ordenanza de 10 de octubre de 1618 informando y disponiendo que los indios radicados, se entiende que ocasionalmente, en chacras o haciendas tengan libertad para poder marchar a sus reducciones; en otro sentido el 24 de noviembre de 1601 —ordenanzas sobre el servicio personal, y más concretamente la 21— se ordena la conveniencia de que se funden pueblos de indios en las proximidades de las minas. Que esos asentamientos se organizarían al estilo de los cabildos de españoles se aprecia examinando las diversas normas relativas a los alcaldes en los pueblos de indios, ya sea en las normas de carácter emanadas del consejo, ya sea de las elaboradas en Indias, por ejemplo en el supuesto de las hechas por el virrey del Perú, don Francisco de Toledo. Sobre que desde luego el modelo castellano sufriría una adaptación a la realidad político social del mundo indígena es innegable; la jurisdicción de los indios alcaldes, el papel de los caciques en relación con esa estructura... son ejemplos que lo demuestran.

Consecuencia de lo hasta aquí escrito es que la reducción nace desde luego como reflejo de una política, pero también que esa política se plasma en la realidad gracias a una doble vía: bien a que el encomendero cumple con la cláusula condicional que al respecto se inserta en su título de encomienda, bien al acto dispositivo de las autoridades virreinales en cumplimiento de los criterios directivos dimanados de la Corona; no obstante, es interesante destacar la posibilidad de que la reducción se llevara a cabo merced al cumplimiento de una cláusula contractural, lo que se da, a título de ejemplo, en la contrata acordada entre la Corona y don Gerónimo Matorras, quien sería gobernador del Tucumán hacia 1770.

La reducción conducía en definitiva —estaba, desde luego, en su misma esencia— a que el asentamiento indígena se organizara según los moldes castellanos tanto en relación con institucionalización concejil como por lo que mira a lo meramente económico, campo en que entrará en juego una figura en la que van a confluir lo indígena prehis-

pánico con lo castellano, desde el momento en que se configura la existencia de un conjunto patrimonial que aseguraría la continuidad del pueblo con independencia de que hubiera una relación meramente posesoria o, por el contrario, de propiedad.

Pero la reducción, tal como se ha dibujado, no fue el único medio conocido en la realidad indiana para llevar a cabo aquellas metas de civilización de las comunidades de indios; siendo cierto que se está ante la vía que podría considerarse normal, la Corona debió hacer frente a otras realidades. Si la reducción propiamente tal miraba a la fundación de núcleos rurales partiendo de comunidades preexistentes, el hecho de la dispersión de los indígenas por chácaras y haciendas, la existencia de núcleos de indios en las ciudades de españoles, llevó a la necesidad de dar una respuesta a esa otra realidad y así fue como la chácara o la hacienda devinieron en lugares de naturaleza para los indios allí asentados, como se señalará en ordenanzas peruanas del gobierno del virrey Toledo y como luego terminaría por reconocerse indirectamente y ya con virtualidad para todas las indias en la Ley VI, III, XII del texto de 1680; del mismo modo las parroquias de indios en las ciudades españolas representaron, a nivel de los núcleos urbanos, el papel que en lo rural jugaban las reducciones a pueblos. En ambos supuestos se introdujeron básicamente los elementos característicos del cabildo, si bien en confluencia con supervivencias indígenas.

b) La modificación, o extinción en su caso, de prácticas consuetudinarias contrarias a la cultura castellana o, si se quiere, peninsular; segundo de los medios considerados en orden a la consecución de un orden civilizado para la vida política de los indígenas, entendiendo por la expresión vida política en un amplísimo sentido, y que hay que encuadrar en el marco de la diferenciación entre buenas y malas costumbres. Adoptándose una actitud positiva para con lo aborigen, gracias a la influencia de los criterios mantenidos por quienes motivados por profundas razones de índole religiosa o moral defendían la necesidad de propiciar una política de índole proteccionista respecto de lo indígena en su generalidad, se consideró como único límite válido al mantenimiento del ordenamiento aborigen, en lo social y en lo jurídico, el supuesto de que la práctica consuetudinaria fuera contra los principios de la religión o del derecho natural o, como escribiría Solórzano Pereira, en consonancia con la legislación castellana, se tendrían que considerar como reprobables aquellas costumbres que tuvieran relación con

el incesto, la antropofagia, la sodomía, la idolatría y cuantos géneros de abusos y supersticiones, huacas, adoratorios, sacrificios de hombres, niños, animales, o «cualquier otros que en montes y lugares escondidos, o en otras formas pretendieran hacer a sus ídolos». Que estas prácticas pudieran darse en cunjunción con algún ceremonial o ritual a modo de complemento en el desarrollo de la vida política, por ejemplo en conexión con la designación de un cacique o curaca, supondría un proceso de reorganización de la vida política en el seno de las comunidades indígenas. En definitiva puede decirse, a sensu contrario, que las buenas costumbres indígenas, en lo social e igualmente en su incidencia normativa, se mantendrían como elemento permanente del derecho indiano con el respaldo de la Ley I, II, V de Partidas al fijarse cómo

> la costumbre que el pueblo quiere poner, e usar de ella, debe ser con derecha razón e non contra la ley de Dios ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar do se hace, e débenla poner con un gran consejo, e non por yerro, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho e razón e pro; casi de otra guisa la pusieren, non sería buena costumbre, mas deñamiento de ellos e de toda justicia.

En ella encontrarían su antecedente castellano tanto la Real Cédula de 6 de agosto de 1555 como la ley recopilada de Indias I, II, IV, al aprobarse las buenas costumbres que tuvieran para su buen gobierno y policía, y no sólo las de origen prehispánico sino también las nacidas una vez sujetos al dominio hispánico. Claramente esas normas están expresando el rechazo a aquellas costumbres que fueran contra los principios considerados como propios de una sociedad civilizada. En conjunción con lo anterior debe mencionarse cómo las Leyes Nuevas de 1542 en su capítulo 20 establecen que los pleitos de entre los indios o con ellos: «sean determinados guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos».

c) La concesión de privilegios se constituyó en un tercer cauce para el logro de la deseada civilización del indio. Consecuencia de entender al indio como menor en la mejor tradición del pensamiento doctrinal representado por el derecho común. Reducido a un régimen tutelar su condición de pobre, de rústico o miserable fue ya recogido

en la literatura jurídica indiana representada por Solórzano Pereira en su *Política Indiana* o por Escalona y Agüero en su *Gazophilacium regium perubicum*. Y la aceptación de ese status, sobre lo que volveremos más adelante, provocó la concesión de una serie de privilegios de muy diversa naturaleza que Escalona y Agüero clasificó entendiendo que los había de tipo espiritual y convencionales, judiciales, testamentarios y otros de muy variada configuración no incluibles en las anteriores categorías.

¿Cuáles eran esos privilegios en tanto en cuanto que guardaran conexión con la política procivilizadora patrocinada por la Corona?

Sin duda no todos los privilegios recogidos por Escalona tienen relación con el aspecto que nos ocupa, la mayoría proceden del reconocimiento del carácter de menor, de incapaz, de miserable que se aplica al indio. Pese a ello es posible tener en cuenta algunos de los contenidos en el escrito del jurista indiano como ejemplificadores de aquellos planteamientos políticos. Así los tres que cita como espirituales se vinculan claramente con el pensamiento de que el proceso de cristianización, en íntima vinculación con el castellanizador en lo socio-político y cultural, debe realizarse de forma que favorezca la aceptación de la nueva religión suprimiendo situaciones o prácticas ordinariamente institucionalizadas para el común de los cristianos. Eran los siguientes:

1) «Que los indios no paguen diezmo sino como hasta ahora hubieren acostumbrado y que donde se entendiere que gustan de pagarle, los prelados procedan con cuidado y las audiencias hagan que con este pretexto no se les haga agravio».

La realidad indiana va a favorecer una situación a partir de la cual el indio no va a diezmar de aquellos frutos que fueran considerados como de la tierra y, como en tantos aspectos, la referencia a seguir en cada posible supuesto.

2) « La bula de la Santa Cruzada se da a los indios enfermos y pobres y viejos graciosamente, sin que la limosna se saque de las cajas de comunidad».

Se lograba así que las cajas de comunidad, institucionalizadas como depósitos fundamentalmente de rentas procedentes de las cantidades suministradas a censo, cumplieran con la finalidad primordial para que se crearon: atender a las necesidades de la comunidad y en

especial a las derivadas de la carga tributaria que pesara sobre cada integrante de la misma edad y condiciones de sufrirla.

3) No deben pagar derechos a los curas de sus pueblos porque les administran los sacramentos y los entierran.

De entre los que se citan como convencionales destaca el séptimo, en su virtud los indios «no pueden ser vendidos ni enajenados por ningún título, ni se hacen esclavos, aunque ellos mismos, voluntariamente, permitan venderse por participar del precio». Su derivación respecto de la polémica ya señalada con anterioridad es sumamente clara.

Que la Corona estaba comprometida en la defensa del indígena y en la procura de culminar adecuadamente aquel proceso civilizador se puede apreciar, dentro de los privilegios de tipo judicial, en estos otros:

1) Privilegio 13: «Indios hechiceros y dogmatizadores están exentos del Tribunal de la Santa Inquisición».

Su dependencia de la jerarquía ordinaria aseguraba un trato de privilegio en tanto que se sustraían al conocimiento específico de los tribunales inquisitoriales, competentes, por el contrario, en ese tipo de causas. Se aseguraba de esa manera llevar a la práctica, ante semejante supuesto, la política proteccionista, tan necesaria si se quería lograr progresiva y paulatinamente la incorporación de las sociedades autóctonas al orden político y cultural castellano.

2) Privilegio 15: «La audiencia puede de oficio proceder a inquisición contra los encomenderos y otras personas de quien se puede entender haber maltratado indios».

Un caso más en el que la Corona por medio de uno de los brazos de actuación en Indias adquiere el compromiso de mantener la defensa de los indígenas.

3) Privilegio 16: «Las causas de indios se deben despachar primero que otras».

4) Privilegio 17: «Las causas de indios se han de despachar breve y sumariamente y con sólo decretos, los negocios que parecieren ligeros».

5) Privilegio 20: «La Real Audiencia deshace y conoce de agravios y violencias hechas a indios por visitadores eclesiásticos y sus notarios».

6) Privilegio 21: «No pueden ser los indios condenados en penas pecuniarias».

7) Privilegio 23: «Indios presos por delito no se condenan en servicio».

8) Privilegio 24: «No están obligados a pagar firmas ni derechos a jueces y escribanos».

9) Privilegio 27: «En negocios y pleitos de indios se prefiere y antepone la equidad no escrita al rigor escrito».

He ahí una serie de privilegios de los que reúne Escalona bajo epígrafe de judiciales y que reflejan, sin lugar a dudas, un trato específicamente pensado para que en la línea de esa incorporación de las Indias a la Corona castellana el indio no se viera inmerso, desde un primer momento, en un sistema procesal y penal que de llevarse a la práctica podría suponer un radical rechazo a la aceptación de la presencia dominante del nuevo sistema de poder. Que la equidad se prefiera a la ley escrita, que por la comisión de delito no pueda ser condenado a penas de prestación de servicios o que no puedan ser condenados a penas pecuniarias fijan unas claras diferencias respecto del régimen jurídico procesal y penal vigente para la generalidad de los súbditos de la Corona.

Que a continuación Escalona recoja privilegios tales como que «los malos tratamientos de los indios se tienen por delitos públicos», que «están exemptos los indios de pagar alcabala como lo están los religiosos y clérigos», que «colegios de indios caciques se funden en el Perú», o que «no paguen tributo en los diez años primeros los indios que se conquistasen de nuevo» son algunos de los ejemplos que pueden citarse como prueba de que la Corona era consciente de la necesidad de llegar a un compromiso práctico, si se quería afianzar la integración de las comunidades en el marco de la monarquía. Liberarlos temporalmente de la carga tributaria, eregir colegios dedicados a la educación de hijos de caciques, no exigirles satisfacer la alcabala por las transacciones que realizaran, o considerar que los malos tratamientos que se les infligieran se tendrían como delitos públicos son supuestos demostrativos de la constante preocupación por mantener una actuación orientada a facilitar la penetración en las sociedades indígenas de los principios tenidos como esenciales en la vida social y política de raíz peninsular; y ello por diversas razones:

— En cuanto a tipificar el mal trato al indio como delito público esto suponía, por lo que ahora interesa, que la jurisdicción real, y no meramente el indígena o la comunidad en cuestión, se tenía como par-

te agraviada, lo que daba lugar a que el acto fuera perseguible tanto de oficio como por denuncia de particular, dado que sus consecuencias no sólo afectaban a la esfera privada de las personas.

— Por lo que respecta a la exención de alcabala, ya en Castilla se habían conocido en el bajomedioevo situaciones de privilegio al respecto. Sin que sean similares a la dada en Indias en relación con el aborigen, lo que interesa destacar es que sin duda existe una finalidad de interés para el reino, llamémosla pública, en tanto que va referida a la actividad de quienes vivieran en lugares fronterizos con tierras de moros o la de quienes en primera venta enajenaran productos extraídos de estos territorios (Leyes IX, XVIII, X, XI y XII de la Recopilación de 1567 que recogen textos normativos anteriores); exención, por otra parte, que suponiendo la alteración de régimen ordinario de cargas impositivas en atención a las circunstancias de lugar sí puede ponerse en conexión con la exención respecto del indígena en tanto que también en este supuesto nos encontramos con un fin de interés para el reino, léase para la Monarquía o la Corona, asegurar la continuidad de una política integradora en el seno de la unidad política hispánica, lo que no sería tan fácil si al indio se le gravaba sin limitaciones como a un súbdito más, lo que podría agravarse en el supuesto de que se tratara de imposiciones desconocidas o, simplemente, más onerosas, que aquellas a las que hubiera estado sujeto antes de producirse la incorporación a la Corona de los distintos territorios comprensivos de las Indias.

En continuidad con lo anterior debe estimarse la concesión de parecido privilegio pero respecto de la carga estrictamente tributaria, entendiendo por tributo la imposición que con carácter personal recaía sobre el indígena; la liberación de su pago por diez años coincidiendo con el inicio de sujeción a la Corona no tenía otro fin.

Tanto en uno como en otro supuesto existía un fundamento doctrinal ya recogido por Juan de Platea o por Solórzano Pereira, entre otros y respectivamente, en *Super tribus ultimis libris Codicis Iustiniani Commentaria...* y en *De Indiarum Iure...*, en el sentido de que por autoridad del príncipe y por razones de justicia y equidad se podía alterar el régimen en vigor.

— Pero sin duda sería a través de la creación de colegios para la educación de hijos de caciques como se lograría una más adecuada y segura vía para la castellanización de las colectividades indígenas; si el

respeto a la dignidad cacical tuvo, precisamente, como finalidad práctica la de lograr una rápida castellanización y cristianización de las culturas indígenas dado el manifiesto respeto reverencial que los suyos ofrecían al cacique, bien fuera por temor bien porque se le creyera revestido de facultades mágico-sacerdotales, entra dentro de la lógica política del momento que se planteara y se llevara a la realidad la conveniencia de fundar colegios o escuelas para la educación de hijos de caciques, máxime cuando además en diversas zonas los caciques ejercían también como gobernadores, participando incluso, pese a que en principio se prohibiera, en las actividades del cabildo. En este sentido pueden encontrarse disposiciones correspondientes a momentos tempranos, así por ejemplo, la Real Cédula de 8 de diciembre de 1535 o la de 23 de julio de 1579, entre otras varias de las que dimanó la Ley recopilada de 1680 I, XXIII, XI, de su texto destaca la referencia a que en las principales ciudades de Perú se siga con la práctica, ya antigua, de fundar colegios

> donde sean llevados los hijos de caciques de pequeña edad y encargados a personas religiosas y diligentes que los enseñen y doctrinen en cristiandad, buenas costumbres, policía y lengua castellana.

De la importancia dada a la educación como medio para lograr el cambio de mentalidad da fe Solórzano Pereira cuando en el parágrafo 39 capítulo XXVII, libro II de su *Política Indiana* escribe cómo

> se ha mandado por muchas cédulas reales que se funden y doten colegios donde sus hijos (de los caciques) desde sus tiernos años sean instruidos con mucha enseñanza y fundamento en nuestra santa fe católica y en costumbres políticas y en la lengua española y comunicación de los españoles para que así salgan y sean, cuando grandes, mejores cristianos, más entendidos y nos cobren más afición y voluntad y puedan enseñar, persuadir y ordenar después a los sujetos todo esto con mejor disposición y mayor suficiencia.

Este criterio será permanentemente mantenido hasta que por una Real Cédula de 15 de enero de 1792 se decide iniciar una política radicalmente distinta, proceder a la desvinculación del cacique respecto de sus indios; consecuencia, en buena medida, de las alteraciones su-

fridas en el virreinato peruano a raíz del movimiento indigenista de Tú pac Amaru, la nueva política procuraría apartar a los caciques de sus ambientes culturales mediante su envío al colegio de nobles americanos que se fundaría en España. Por la norma en cuestión se resolvía la creación de un centro en el que, junto a los descendientes de españoles nacidos en las Indias y los de ministros togados, intendentes y oficiales militares nacidos en América, figurarían los hijos de caciques e indios nobles, así como los mestizos del mismo estamento con el fin de proporcionarles la educación civil y literaria que les hiciera aptos para el servicio del estado y de la iglesia. Sin duda estamos ante un proceso de aculturación pero ya sin que guarde relación con aquella política de castellanización de las colectividades indígenas.

d) La plasmación institucional de una política de protección. Si la reducción de los indios a pueblos, junto con las otras vías ya examinadas, provocaba una incidencia directa en el cambio de las estructuras culturales aborígenes, la Corona se serviría indirectamente de todo un aparato institucional que, bien por ser parte del organigrama administrativo general, bien por ser fruto de una expresa creación para la realización de esta política proteccionista, tendría entre sus obligaciones más principales las de cumplir y hacer cumplir las normas que sobre buen tratamiento, cristianización o castellanización se fueran sancionando y publicando.

Desde el Consejo Indiano el último de los corregidores o de los alcaldes mayores, pasando por virreyes, presidentes-gobernadores, subdelegados e intendentes en su momento, fiscales de las reales audiencias, éstas mismas como cuerpo colegiado, o protectores y defensores y procuradores de indios, sobre todos ellos, en tanto que cuadro institucional al servicio de la política real, caería esa carga. Es así por lo que estaría ante una especie de tutela legal, administrativa, en la que destacaría por ser la figura más común en la vida diaria de la sociedad indiana, la función del protector junto con la del fiscal de la Real Audiencia. Su relevante papel se refleja, por ejemplo, en la Real Cédula de 18 de agosto de 1596; por ella, tanto los protectores conocidos como generales como los particulares o partidarios tendrían que tener informada a la más alta instancia administrativa —virrey o presidente gobernador— acerca del cumplimiento de las normas sobre protección, libertad y buen tratamiento, enseñanza y cualquier otro particular que pudiera resultar de interés a los efectos perseguidos.

3) Capacidad

Última de las consecuencias que vamos a tratar en relación con las derivaciones que para la formación del derecho indiano tuvieron las polémicas desarrolladas en torno al indio durante el siglo XVI, en el marco de los fundamentos para la organización socio-política del mundo indígena, fue la relativa a su capacidad en una doble vertiente:

1) En cuanto a la necesaria para ser titular de bienes a título de propietario, bien individual, bien colectivamente.

2) Y en función de considerarle apto para, a nivel comunario, ejercer su autogobierno.

En líneas generales, y dando una primera visión abstracta del tema, ante el contacto indo-castellano, o europeo si así se quiere, nos encontramos con que en principio hubo una doble posibilidad:

– Bien optar por seguir la tesis medieval según la cual los infieles, en todo caso, tenían una tenencia precaria del reino en que habitaban en razón de que era propiamente el Papa quien como vicario de Cristo ejercía un dominio universal; con lo que el infiel, en nuestro caso el indio, careciendo de toda facultad para ejercer jurisdicción por derecho originario, tendría el reino a modo de concesión de la sede romana.

– Siendo uno de los clásicos representantes de la anterior tesis el cardenal Nicolás de Susa, el papa Inocencio IV admitirá, en cambio, que el infiel sí puede ser justo titular de una relación de dominio pudiendo, lícitamente, tener dominios, posesiones y ejercer jurisdicción ya que para ello sólo se precisaría estar dotado de razón; esto no supondría, a pesar de todo, rechazar la idea de que el pontífice, en tanto que vicario de Cristo, retuviera un poder de derecho que le facultara para actuar contra los infieles que obraran contra la ley natural. El mismo pensamiento va a desarrallor Santo Tomás de Aquino en su *Suma Teológica* al afirmar, por un lado, que el dominio es de derecho humano, en tanto que la diferenciación entre fieles e infieles procede del derecho divino, derecho que no podría ir contra aquél desde el momento en que se muestra fundado en la razón natural. Siendo ésta la segunda de las tesis sobre la que podría fundamentarse la actitud ante el indio, ¿cómo se relejaron ante la realidad indiana?

Dentro de los dos grandes campos en que se dividió el pensamiento español de la época cabe destacar:

1) Que, por un lado, Juan López de Palacios Rubios, siguiendo a Nicolás de Cusa, apoyara la tesis de la tenencia momentánea por parte de los infieles, en razón de la supremacía que concede el Papa en tanto que representante de Cristo y sucesor de Pedro. En función de este punto de partida se redacta el requerimiento: esclavitud y pérdida de los bienes serían las consecuencias directas de la guerra que se haría a quienes no aceptaran de buen grado la sujeción a los reyes castellanos como consecuencia de la donación pontificia de las Indias.

2) Que el segundo de los partidos que se forman al respecto en Castilla va a defender, por el contrario, la legítimidad de las relaciones de dominio y de gobierno existentes entre los indígenas. Las Casas y Vitoria toman, en este sentido, un criterio continuista respecto de los planteamientos tomistas y mientras que el primero negaba que los infieles hubieran perdido con el advenimiento de Cristo sus derechos y preeminencias, el segundo, Vitoria, afirmaría que tanto la organización política como el ejercicio de una relación dominical procedían de la razón natural y del derecho humano. Hay entre los dos, pese a todo, una diferencia fundamental; si para Las Casas esa legitimidad subsiste después de la conquista, Vitoria parece limitarla hasta la llegada de los españoles ya que, afirma, hasta entonces los bárbaros habrían sido verdaderos dueños, privada y públicamente; Las Casas, consciente de la nueva realidad, intentará armonizar la defensa de aquella independencia política, que parece patrocinar, con una relación de vasallaje cuasi-imperial respecto a los reyes hispanos.

¿Cómo se proyectan estos criterios sobre la actuación hispana en Indias?

Pasada una primera etapa en la que la lectura del requerimiento podía dar lugar de inmediato al ejercicio de una acción violenta, la lectura de los textos que guardan conexión con los avatares de las expediciones de descubrimiento y conquista o pacificación desde las famosas Ordenanzas ovandinas de 1573 nos indican la línea evolutiva desarrollada. A este respecto pueden mencionarse documentos como los que siguen:

— La carta de 1.º de mayo de 1543 dirigida por el rey «a los reyes y repúblicas de las tierras del medio día y del poniente». A través de su lectura no se trasluce la más mínima indicación de que se pretenda ejercer un dominio político y lo mismo respecto, en esa línea no podía ser de otra forma, de las relaciones de propiedad conocidas; toma de

postura que suponía un avance de posibles e incalculables consecuencias respecto, por ejemplo, de la del 17 de noviembre de 1526, la cual, suponiendo ya de por sí un cambio respecto de la práctica del requerimiento, se definía claramente por la necesidad de que se aceptara el señorío de los monarcas castellanos, si bien aceptándoles el mantenimiento de sus relaciones de propiedad o de posesión. La situación sí es diferente respecto de los indios caribes a los que en virtud de una Real Provisión de 8 de marzo de 1533 se les leería el requerimiento con todas las consecuencias anejas a su posible rechazo: esclavitud y pérdida de bienes, lo que tácita e indirectamente suponía que en el supuesto de ser positiva su respuesta a los fines buscados mediante la lectura del documento el reconocimiento de aquellos derechos resultaba ser inmediato. Y en una instrucción para nuevos descubrimientos, de misma fecha que la carta de 1543 y en concordancia con ella, se señala cómo «habéis de asentar y tratar con los dichos reyes, príncipes y repúblicas y comunidades que entre ellos y nos y nuestros súbditos pueda haber comercio y contratación de una parte a otra»; también aquí se refleja ese reconocimiento de la autoridad, la competencia y la autonomía de las comunidades indígenas. Que de alguna forma el pensamiento lascasiano incide en la evolución que estamos tratando puede comprobarse cuando en la Real Cédula de 30 de noviembre de 1568 acerca del orden que el virrey del Perú «ha de tener y guardar en los nuevos descubrimientos y poblaciones» se hace mención a la conveniencia de poblar «cerca de las tierras de los naturales que hasta ahora no están sujetos a nuestra obediencia», ¿está refiriéndose con ello a la posible supervivencia de los cacicazgos, como unidades políticas básicas del mundo indígena que se habría respetado, al menos en parte, precisamente por aquellas decisiones de 1543? ¿estaría en la mente del legislador la idea de cuasi-imperio defendida por Las Casas? De alguna manera la respuesta hasta cierto punto positiva nos la da esa misma Real Cédula, cuando se cita expresamente que en el supuesto de que haya señores, de indios obviamente, que impidieren la actividad misional se les «quitaría la autoridad y mando y dominio que tuvieren para hacerlo».

Que sin duda triunfa la idea de que efectivamente los antiguos señores podrían haber ejercido una soberanía legítima y que, desde luego, las relaciones dominicales que se hubieran desarrollado eran conforme al derecho, se prueba fácilmente.

Que siguiendo las últimas manifestaciones referidas los monarcas hablen y traten de quienes habían sido o eran señores, y el último de los ejemplos se da en las Ordenanzas para nuevos descubrimientos y poblaciones de 13 de julio de 1573, o que con el virrey don Francisco de Toledo se inicien unas informaciones con la finalidad de determinar si los soberanos incas podían ser tenidos como legítimos y justos señores del Perú y no como tiranos, muestran ese reconocimiento, un reconocimiento, por otro lado, que igualmente se hace visible en el hecho de que se acepte una institución netamente indígena: la del curacazgo o cacicazgo, institución que sin duda, como ya antes se ha escrito, se usaría por la Corona en interés de las finalidades políticas que persigue con su actuación en Indias, pero que también supone acoger en el aparato institucional de la administración indiana a una figura propia de la organización política prehispánica.

Esto en cuanto a lo que se refiere respecto de las jerarquías indígenas de gobierno, pero es que si prestamos atención al hecho de la propiedad y salvando que, como en su momento se dirá, el nuevo orden indiano presupone que todo título real de propiedad o de posesión deriva de una merced del monarca, una Real Cédula de 19 de febrero de 1560, recogida en la Recopilación de Indias: Ley VI, III, IX, ordenaba que a los indios reducidos no se les privara de las tierras «que antes hubieran tenido».

Perfectamente puede entrar en juego el concepto y la filosofía de la merced real, pero también puede entenderse que respecto de la «gentilidad» se habrían dado una relaciones de derecho acordes, en relación con la propiedad o posesión de los bienes, con la ley natural, incluso debe destacarse que en no pocos de los expedientes judiciales formados en su época por litigios sobre tierras de comunidades indígenas, la inmemorialidad en cuanto a la posesión, refiriéndose a los tiempos prehispánicos y esto es lo importante, se acepta como título legitimador de una situación, con lo que incluso podría ponerse en entredicho la validez general de entender que la merced, sin más, era el punto de partida para considerar un derecho, al menos de posesión, en la época indiana.

El reconocimiento de la capacidad, tal como se ha expuesto, no altera desde luego la concepción que de menor se va a elaborar respecto del indio. Él y la comunidad como ente colectivo serán objeto, como ya sabemos, de una política que patrocina la formación de un

régimen de tutela que tiene por principal objetivo defenderlos de los abusos a que pudieran verse sometidos por los españoles, fueran encomenderos —y la encomienda de por sí ya era una forma de tutelaje—, simples súbditos e incluso oficiales reales.

En cuanto status personal, la capacidad del indio, si bien en relación con su aptitud para recibir la fe, se confirmó por Paulo III en la Bula *Sublimis Deus* de 2 de junio de 1537, al calificarlos de verdaderos hombres.

No obstante, en la práctica, el sentir de la iglesia y de los defensores de las tesis sobre la igualdad y la libertad del indio no siempre encontrarían el medio apropiado para su realización práctica. Considerados afectados de una incapacidad similar a la de los menores, de las viudas o de los enfermos fueron privilegiados, como ya se ha escrito, y sería ya a partir de las Ordenanzas de Audiencias de 1563 cuando pasan a gozar por primera vez de los privilegios propios del miserable, concepto que es utilizado en el más puro sentido romanista; considerado como un menor, así fue tenido en concilios como el III de Lima, 1601, o en disposiciones como una Real Cédula de 24 de abril de 1618 dirigida al virrey de Lima.

Al mismo nivel que los principios de libertad, protección y buen tratamiento y capacidad como bases fundamentales del derecho indiano, otras varias directrices señalaron igualmente la formación de este ordenamiento, posiblemente sea el desarrollo de una política misional el que más caracterice, junto con los anteriores, al derecho nacido a raíz del descubrimiento y anexión de las Indias a la Corona de Castilla. De ahí que merezca un mínimo de atención continuando la exposición que se está realizando.

4) La política misional

Desde un primer momento estuvo unido al proceso de descubrimiento y conquista el compromiso de propagar el cristianismo y éste, en líneas generales, con los criterios proteccionistas de la legislación indiana. De ahí que sean dos los supuestos que hay que tener presentes:

1.º) Evangelización y conquista.
2.º) Actuación eclesiástica y buen tratamiento.

a) *Evangelización y conquista*

Tratar de la evangelización y de la conquista supone, ante todo, plantearse la relación que la política cristianizadora guarda con la penetración castellana en las sociedades aborígenes, aspecto éste que conduce necesariamente a tomar como punto de partida la utilización del requerimiento como instrumento que facultaría para aquella penetración y consiguiente conquista en el supuesto de rechazo por parte de las comunidades indígenas.

La lectura del requerimiento no sólo iba encaminado a que una colectividad política se sujetara a la dominación de los monarcas hispanos en virtud de la donación pontificia, sino que también era un llamamiento para que se integraran en la iglesia aceptando la predicación; su rechazo, al igual que la negativa a aceptar

> a la iglesia por señora y superiora del universo mundo, y al sumo pontífice, llamado Papa en su nombre, y al rey y a la reina, nuestros señores, en su lugar, como superiores e señores e reyes de esas islas y tierra fime...

justificaba el uso de la fuerza. Ya se ha hecho referencia a este punto en cuestión, pero no así a lo que suponía en cuanto al maridaje entre evangelización y conquista. Consta que básicamente a partir de los planteamientos lascasianos se va a ir elaborando en buena parte de los círculos eclesiásticos, sobre todo los relacionados con las órdenes mendicantes, un programa de actuación tendente a separar el hecho de la conquista respecto del proceso de evangelización. Si en una primera etapa se había dado primeramente la sujeción de las comunidades al poder político para posteriormente darse cabida a la presencia de frailes misioneros, y de ello una muestra es el requerimiento, los abusos cometidos por los conquistadores provocaron una paralela reacción en parte del clero regular en la pretensión de lograr que la penetración misionera se realizara al margen y con independencia del brazo armado del estado. Para ver la evolución de este nuevo derrotero nada mejor que examinar el contenido de las disposiciones que a lo largo del siglo XVI regularon la política de descubrimientos y conquistas; hemos hecho mención de algunas de ellas pero desde otro punto de vista.

Una instrucción para Hernán Cortés de 26 de junio de 1523 representa, quizá, un ejemplo de cómo, a la vista de los vejámenes causados a los indios, se pretende introducir una práctica de aproximación entre éstos y los conquistadores mediante el trato directo, pacífico

> porque por esta vía estarán en más conversación de los cristianos, que es el mejor camino para que ellos vengan en conocimiento de nuestra santa fe católica, que es nuestro principal deseo e intención: e más se gana en convertir ciento de esta manera que cien mil por otra vía.

Es cierto que agotado este camino se recurrirá a la lectura del requerimiento para, en su caso, proceder en consecuencia, pero el cambio de actitud política ya se aprecia con claridad, incluso en el hecho de que llegado el momento de adoptar algún tipo de medida, en orden a la forma más conveniente para la conversación, se proceda con el consejo de los «religiosos y personas de buena vida que en esas partes residen».

En la Provisión, ya conocida, de 17 de noviembre de 1526 para nuevos descubrimientos y poblaciones el papel de los religiosos y clérigos en las expediciones cobra un valor sustancial; no sólo porque taxativamente se ordene que en las mismas vayan al menos «dos religiosos o clérigos de misa», sino también porque se les confiere una indiscutible autoridad dentro de la expedición, a través del control que habrían de ejercer en orden a «procurar que los indios sean bien tratados como próximos, mirados y favorecidos», así como porque tendrían en sus manos la posibilidad, en su caso, de facilitar el empleo de las armas a fin de procurar tanto la consolidación del poder político como la predicación; se da una lectura del requerimiento y se amonesta a los indios para que se acojan al señorío real y al credo de la iglesia, pero las consecuencias implícitas en la posible animadversión indígena sólo determinaría una acción violenta contando con el acuerdo o parecer de los religiosos o clérigos presentes siendo éstos conformes «y firmándolo de sus nombres»; éste sería el único camino que legitimaría la guerra; nos encontramos ya ante un efecto del sueño acariciado desde años atrás: la conquista pacífica. El misionero sólo por vía de protección para el ejercicio de su ministerio y porque así lo crea necesario se protegerá con la fuerza; la conquista pacífica como deseo utópico no sólo de un sector de la iglesia, sino incluso de parte de la sociedad

contemporánea, tuvo uno de sus ensayos en la región venezolana de Cumaná, el fracaso que conoció el experimento allá por los años de 1514-1521 favoreció, no obstante, que sí se tomara consciencia de la necesidad de regular el empleo de la fuerza, y no otra cosa es lo que se aprecia en la Provisión de 1526 en la vía de evitar «las muertes y robos y excesos y desaguisados...» cometidos contra «razón y justicia».

Progresivamente, si se analiza la documentación antes señalada, quizá pueda afirmarse que el momento culminante de este proceso se da a raíz de la promulgación de las Leyes Nuevas de 1542-1543; orientadas a salvaguardar los derechos y libertades de los indígenas, su consecuencia más inmediata en el terreno que nos ocupa la encontramos en la instrucción «que da su majestad para nuevos descubrimientos, cerca de lo que es su voluntad se haga en ellos» de 1.º de mayo de 1543. Un recorrido por su texto nos sorprende con que para nada se menciona el uso de la fuerza, la utilización de la guerra, como cauces para el logro del adoctrinamiento de los infieles. El descubrimiento y la pacificación —no se utiliza el término conquista— estarían dirigidos por el arzobispo mexicano y/u otros frailes, algunos de los cuales aparecen citados en el documento. De lo que conocemos es en esta ocasión cuando se aprecia con más nitidez el intento de llevar a cabo un supuesto de evangelización pacífica que, sin propiciar el uso de la fuerza armada para este fin o para otro alguno ya de naturaleza política, favorecería también la formación de una confederación de los reyes, príncipes, señores, repúblicas y comunidades que encontraren con el rey hispano; desde nuestro punto de vista la incidencia lascasiana es evidente.

A los pocos años, pese a todo, y sin duda como consecuencia de las Juntas de 1550-1551 y correspondiente careo entre Las Casas y Ginés de Sepúlveda en orden a decidir la viabilidad de la penetración pacífica o si por el contrario era precisa la presencia de españoles armados, precediendo o acompañando la ocupación del territorio a la predicación, lo que llevaba consigo por otra parte el replanteamiento de la justificación de la guerra, la Corona decide optar por un control directo, bien por sí misma, bien a través de sus representantes en Indias. No otra cosa suponen, por ejemplo, la Real Cédula dirigida a la Real Audiencia de Los Reyes con fecha 16 de abril de 1550, en el sentido de que cuando se hubiera de proveer algún descubrimiento «sea con mucho acuerdo y deliberación y haciéndolo primero saber a su majestad, y las condicio-

nes con que será bien se conceda» o la Provisión para el presidente de la Real Audiencia de Quito de 27 de septiembre de 1563, haciéndole responsable de la provisión de las gobernaciones que creyera convenientes para nuevos descubrimientos siempre que conviniera «al servicio de Dios Nuestro Señor y nuestro y bien de las provincias y tierras del distrito de esa audiencia».

Años más tarde, en 1568, con ocasión de una Real Cédula para el virrey fechada el 30 de noviembre, la política a seguir estará orientada al asentamiento primeramente de grupos de españoles, a fin de procurar pacíficamente su cristianización y castellanización, sólo en caso de negarse a la admisión de religiosos reiteradamente se daría paso al uso de la fuerza en conjunción con la presencia de los misioneros.

Será con las Ordenanzas ovandinas de 1573, ya conocidas, con las que se introduzca el régimen al que estaría sujeta la penetración de misioneros en tierras de indios infieles. Las normas que fijan el método a seguir se configura básicamente en las ordenanzas comprensivas del apartado titulado como *de las pacificaciones*, capítulos 139-149. El asentamiento de grupos de españoles en lugares cercanos, acercamiento a las poblaciones indígenas con la prudencia necesaria como para no desautorizar sus costumbres desde un principio, adopción de medidas precautorias antes de llevar a cabo aquella penetración, tal por ejemplo la de atraer a los lugares de españoles a los hijos de caciques y principales

> dejándolos... por rehenes, so color de los enseñar, vestir y regalar y usando de otros medios que parecieren convenientes y así se procederá en la predicación por todos los pueblos y comunidades de indios que la quisieren recibir de paz.

Si de acuerdo con esto cabría la posibilidad de creer que en el caso de indios de guerra éste recibiría el respaldo de la autoridad indiana, el texto del capítulo 144 supone un tácito rechazo de la misma; estas son sus palabras:

> En las partes y lugares adonde no quisieren recibir la doctrina cristiana de paz se podrá tener el orden siguiente. En el predicar conciértese con el señor principal que estuviere de paz, que confinare con los que están de guerra que quieran venir a su tierra a se holgar, o

> otra cosa, que los puedan atraer, y para entonces estén allí los predicadores con algunos españoles e indios amigos, secretamente, de manera que estén seguros, y cuando sea tiempo se descubran a los que están llamados, y a ellos, juntos con los demás, por sus lenguas e intérpretes comiencen a enseñar la doctrina cristiana; y para que la oigan con más veneración y admiración estén revestidos, a lo menos, con albas y sobrepellices y estolas y con la cruz en la mano, yendo apercibidos los cristianos que la oigan con grandísimo acatamiento y veneración para que a su imitación los infieles se aficionen a ser enseñados y si, para causar más admiración y atención en los infieles, les pareciere cosa conveniente, podrán usar música de cantores y de ministriles altos y bajos, para que provoquen a los indios a se juntar, y usar de los otros medios que les pareciere para amansar y pacificar a los indios que estuvieren en guerra, y aunque parezca que se pacifican y pidan que los predicadores vayan a su tierra, sea con la misma cautela y prevención que está dicho, pidiéndoles a sus hijos so color de los enseñar y que queden como por rehenes en la tierra de los amigos y, entreteniéndolos, persuadiéndoles que hagan primero iglesias adonde los puedan ir a enseñar, hasta tanto que puedan entrar seguros, y por este medio, y otros que parecieren más convenientes, se vayan siempre pacificando y doctrinando los naturales, sin que por ninguna vía, ni ocasión, puedan recibir daño pues todo lo que deseamos es su bien y conversión.

Hasta ahí la transcripción del capítulo 144, analizado puntualmente, sólo cabe concluir con la afirmación de que la guerra o el apoyo armado a los misioneros quedaba definitivamente excluido. Si se tiene presente que éstas se incorporaron al texto de 1680 y que éste estuvo vigente hasta la emancipación, no resulta necesario insistir en cuanto a la importancia de su contenido y de su proyección en tanto que mantenimiento de una línea de pensamiento, independientemente de que con el transcurrir del tiempo pudieran introducirse algunos cambios en aspectos muy concretos, consecuencia de una posterior actividad normativa; esto, por otro lado, no supone ignorar el posible incumplimiento de lo establecido, como es el caso que se refleja en una Real Cédula de 1.° de abril de 1580, dirigida al gobernador y capitán general de las islas Filipinas, al insistir, con rigor, sobre la obligatoriedad de lo sancionado para nuevos descubrimientos.

Pero antes de dar por concluido el apartado sobre evangelización y conquista se debe hacer referencia, siquiera brevemente, al marco

institucional del que se sirvió la administración indiana para proceder, en cumplimiento de los términos de la donación alejandrina, al proceso evangelizador de las sociedades indígenas: encomienda, reducción, parroquia, doctrina o curato son los tipos o unidades mencionados por el derecho indiano cuando por una u otra razón hace trata de la labor cristianizadora.

De entre aquellas unidades marco para la puesta en marcha de la evangelización fueron la encomienda y la reducción dos ejes fundamentales. La encomienda porque como institución temprana en el esquema jurídico indiano tuvo, en parte, la finalidad de facilitar una vía instrumental para la prosecución de aquel fin. La reducción porque sepuso la formalización de una política de la Corona que, tal como sa habrá observado, buscaba el agrupamiento de comunidades asentándolas en un lugar determinado con la finalidad de que se procediera a que los indios convivieran bajo un orden político y cristiano. Si el 21 de marzo de 1551 se resuelve, respecto de Nueva España, que se proceda a la reducción de aquellos que «vivieren divididos y separados, por las sierras y montes, privándose de todo beneficio espiritual y temporal» sobre lo que se insiste en otra posterior, 19 de febrero de 1560, en términos tales que, sin duda, se atiende a la realidad de los indios que no se encuentran bajo relación de encomienda, las provincias peruanas son objeto de similar atención por disposiciones de 28 de septiembre de 1543, 21 de marzo de 1551 y 17 de marzo de 1557 entre otras. La compleja realidad social de las Indias determinará que dándose el caso de indios vagamundos, como dicen los textos de la época, que habiendo abandonado sus comunidades carecen de todo tipo de control ya que, por otra parte, tampoco se habrían asentado en chacras o en haciendas de españoles a título, por ejemplo, de yanaconas de esa calidad, es decir de chacras o de haciendas, también se proceda a su reducción tal como lleva a cabo en Perú el virrey Francisco de Toledo, reducción en este caso concreto —y a ser posible— a ciudades de españoles, serán los conocidos como aquellos yanacomas del rey, o individuos que habiendo abandonado sus tierras y comunidades de origen no habían sido objeto de reducción serán asentados en esas ciudades y divididos en parroquias de indios, con lo que esta unidad de carácter canónico pasa en este supuesto a tener una doble vertiente: canónica y político-secular. No planteándose problema alguno respecto de los yanaconas de chacras o de haciendas en tanto que esa chacra o esa

hacienda van a constituir el lugar de naturaleza, el lugar de su reducción.

Pues bien, en el marco de la reducción surgirá la doctrina o curato como institución de tipo canónico orientada al adoctrinamiento de la población indígena o, mejor incluso a la consolidación en la fe de los nuevamente convertidos, ya que es posible diferenciarla de la misión, situación en la que se encuentra el fraile, el clérigo que entra en contacto con cuerpos indígenas sin que éstos estén aún encuadrados en el esquema político indiano. Por ello, el derecho indiano toma como realidad el hecho de la doctrina y sobre doctrina y doctrineros, ya frailes y clérigos regulares, va a desarrrollar cierta e importante actividad normativa, actividad que irá encaminada fundamentalmente al control de la actuación eclesiástica, tanto en relación con el adoctrinamiento como en conexión con el buen tratamiento que se debía al indígena, conforme a los criterios generales de la política indiana y que brevemente señalaremos a continuación; pero antes unas palabras para hacer un mínimo comentario respecto de aquellos indígenas que escapando al control directo de la administración se encontraban bien en situación de encomendados, bien como servidores de españoles en sus casas o en sus propiedades rurales, pero no como yanaconas. Respecto de los encomendados ya se ha dicho que corría a cargo de los encomenderos facilitar la doctrina de sus indios, sin duda el quizá frecuente incumplimiento de la obligación fue lo que decidió que en las Ordenanzas de nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones de 1573 y en su capítulo 149 se fijará cómo

> los españoles a quien se encomendaren los indios soliciten, con mucho cuidado, que los indios que les fueren encomendados se reduzcan a pueblos y en ellos edifiquen iglesias para que sean doctrinados y vivan en policía.

Respecto de quienes residían en casas o haciendas y chacras de españoles por título doméstico o heril, que no de yanaconaje, una Real Cédula de 30 de noviembre de 1537 ordenaba que para los que trabajaban en las casas se fijara una hora al día para su adoctrinamiento, en tanto que para los otros la autoridad eclesiástica arbitraría la medida que creyera oportuna.

b) Actuación eclesiástica y buen tratamiento

Una amplia normativa, base de los títulos XIII y XV del libro I de la Recopilación de 1680, fue elaborada con distintos fines dentro de ese amplio epígrafe, la presentación para la ocupación de la doctrina o curato, la delimitación de funciones entre prelados de las órdenes y ordinarios de las diócesis, la situación de vacancia, la conveniencia de conocer las lenguas indígenas e incluso su necesidad para hacerse cargo de una doctrina, intervención, en su caso, de la autoridad indiana para proceder a la provisión de cualquiera de ellas, la administración de sacramentos, intervención de la misma autoridad secular en los casos de agravios y abusos que pudieran cometerse por parte de los doctrineros en las personas de los indios, prohibiciones concernientes al ejercicio de actividades mercantiles, su papel en las declaraciones de última voluntad... éstos, entre otros, son algunos de los aspectos que fueron objeto de atención por parte de la administración indiana y que, reflejando la incidencia de los principios de buen tratamiento y protección, representan, desde luego, una prueba de la constante preocupación de la Corona por conseguir cumplir con la carga evangelizadora que se le impuso como consecuencia de la anexión de las Indias, previa donación pontificia.

B) *En relación con otros fines del Estado*

Si la búsqueda de una adecuada política indigenista se constituyó en pilar básico y orientador de la acción de gobierno, ésta, que desde luego no podía agotarse en la consecución de aquel ideal, se proyectó naturalmente hacia otros campos; en todo caso lo indudable fue, conforme a la mentalidad de la época y como nota común, que la acción de gobierno estuvo dirigida por el afán de lograr el bien común en tanto que realización plena de la justicia en línea con el pensamiento tradicional de origen medieval, de donde esa obtención del bien común deviene en finalidad del Estado y determina que el desarrollo del Derecho Indiano vaya conformándose bajo su influjo; y, en efecto, así se manifiesta en aspectos tan variados como procurar la creación de un buen sistema administrativo, facilitar las bases económicas necesarias para la vida urbana o, por ejemplo, procurar la defensa de la tierra.

Pero junto a ese procurar el bien común la acción de gobierno en Indias va a extenderse a la imposición de un control que, si por un lado será administrativo o si se quiere político-administrativo —a través del juicio de residencia o de la visita—, también se mostrará con un acusado carácter político bien sobre orden público, bien sobre el libre paso a las Indias, bien sobre la actividad de comercio entre España e Indias; en un caso la necesidad de licencia para ir a Indias y en otro la configuración de una política monopolista lo ejemplifican.

Pero coincidiendo con una acción de gobierno encaminada al conseguimiento de aquellos fines, el Derecho Indiano conocería un notable crecimiento gracias, en buena medida, a una parcela propia de la potestad real como era todo lo concerniente a la hacienda o patrimonio real y que ante las necesidades financieras de la Corona se deseará incrementar acudiendo a las posibilidades que van presentando las Indias conforme el progresivo avance del dominio político castellano da a conocer sus riquezas.

Ante lo expuesto puede, por tanto, señalarse que como principios también determinantes de la formación del ordenamiento jurídico indiano figuran:

1) La obtención del bien común.
2) El control político.
3) La consecución de ingresos para la real hacienda.

Examinémoslos brevemente.

1) La obtención del bien común

Sin duda esta meta representó uno de los criterios más fuertemente mantenidos y una amplia interpretación permite trazar una amplia panorámica del ordenamiento, por ejemplo en el orden institucional.

La legislación, la normativa, presenta numerosos casos que son modélicos al efecto de ilustrar la presencia de este criterio o principio en la ordenación jurídica indiana. Bien de una manera genérica, bien especificando la acción de gobierno, la política indiana no deja de tenerlo presente. Así el 15 de febrero de 1567 determina cómo entender que «cumple a nuestro servicio y buena gobernación de sus tierras» los asuntos de gobierno de las Audiencias de Los Reyes, Charcas y Quito deben quedar sometidos a la misma autoridad política. Mas en parti-

cular, en el título que de virrey y gobernador se extiende el 15 de diciembre de 1558 se indica como fundamental y principalísima obligación del nuevo gobernante proveer «en lo que toca a la instrucción y conversión de los indios naturales... como a la perpetuidad, población y ennoblecimiento de la dicha tierra».

Pero junto a esas declaraciones de intenciones pueden mencionarse otras varias disposiciones en las que el compromiso por el bien común se deja sentir en la adopción de medidas concretas, así el 9 de diciembre de 1583, considerándose conveniente para la quietud de la tierra, se declaran los supuestos en los que el virrey peruano podrá otorgar su perdón; y el 1.° de octubre de 1568 por una Real Cédula dirigida al presidente de la Real Audiencia de Quito se tiene como necesario que sea la autoridad más inmediata la que acuda a la satisfacción de necesidades públicas, como la construcción de puentes, así el virrey veía mermadas sus atribuciones pero los motivos que se presentan en la Real Cédula no pueden ser más convincentes ni, además, más demostrativos de la vigencia del ideal de gobernar procurando el bien común: la lejanía de Quito respecto de Lima, la conveniencia de que asuntos de ese tipo se resolvieran rápidamente serán las argumentaciones expuestas.

Pero por otro lado esa materialización del bien común exigía, sin duda, una adecuada estructura administrativa; y lógicamente desde un principio, se va dibujando un esquema institucional, desde las capitulaciones santafecinas, pasando por las medidas adoptadas para sustituir el gobierno colombino, al sistema que comienza a gestarse con las variadas capitulaciones que a lo largo fundamentalmente del primer tercio del siglo XVI van introduciendo las bases de una división del territorio, dando pie a la división en gobernaciones, adelantamientos que van a actuar como precedentes de los futuros virreinatos indianos dejando al margen el supuesto específico, por tantos motivos, del caracterizado como colombino. Sin entrar a examinar la compleja administración indiana, lo que se hace en otro lugar, baste señalar cómo en la introducción de la institución virreinal también se nos muestra aquella decidida actuación en pro del bien común, se observa examinando el título despachado a don Antonio de Mendoza como virrey de Nueva España pues a él le corresponderá gobernarla y proveer

> todas las cosas concernientes al servicio de Dios Nuestro Señor y aumento de nuestra santa fe católica, y a la instrucción y conversión de

> los indios naturales de la dicha tierras y asímismo haga y provea las cosas que convengan a la sustentación perpetuidad y población y noblecimiento de la dicha Nueva España y su provincias

y también se aprecia en una de las funciones que recaen en las reales audiencias: la visita de su territorio jurisdiccional a fin de

> ver y proveer lo que conviene al buen gobierno... y si conviene haber en ella otra nueva orden... y si se guardan las nuevas leyes y ordenanzas hechas para el buen gobierno de las nuestras Indias

como refiere una Real Cédula de 19 de marzo de 1570 dirigida al presidente y oidores de la Real Audiencia de La Plata. Muy diversos aspectos demuestran esa vigencia del bien común como finalidad de la acción de gobierno en el Nuevo Mundo, detallarla no resulta de mayor interés, máxime cuando un simple hojeo por el Cedulario de Diego de Encinas o por los libros de la Recopilación automáticamente pone en contacto con esa realidad.

2) El control político

Sin duda un elemento también a tener en cuenta por lo que respecta a la formación del derecho llamado a regular la compleja sociedad indiana; control que es posible diferenciarlo en función de la actividad o situación que se quiera controlar. El alcance político de algunas de esas medidas es fácilmente apreciable cuando en las Ordenanzas de Audiencias de 1563 se justifica la designación de jueces pesquisidores en supuestos de «alboroto y ayuntamiento de gentes, o otro caso tan grave que la dilación de consultarnoslo trajere notable inconvenientes» o cuando se exige licencia no sólo para trasladarse a Indias sino también para evitar que en determinadas zonas, como por ejemplo la cuenca del Plata, se introduzcan extranjeros que, al tiempo de comerciar situándose al margen de los controles desempeñados por la casa de la contratación, van facilitando así que se «conmience a frecuentar aquel paso», lo que recuerda tanto la importancia de la lucha contra el contrabando, mal endémico en el territorio durante buena parte de la dominación hispana y que será en su momento una de las

causas tanto para las dos fundaciones de la Real Audiencia de Buenos Aires —1661-1672 y en 1776 definitivamente— como de la misma del virreinato rioplatense en ese último año, si bien ya aquí pesara sobremanera la necesidad de contar con una máxima autoridad política que hiciera frente a la expansión extranjera, aspecto que de alguna manera se refleja en el hecho de la denuncia de que se «comience a frecuentar aquel paso», según Real Cédula de 28 de enero de 1594, en continuidad con el control sobre la actividad comercial, la política de la Corona va demostrando la determinación de imponer unos criterios monopolísticos, así cuando por Real Cédula de 21 de diciembre de 1573 se revoca lo determinado por disposición de 15 de enero de 1529, que había permitido la existencia de puertos privilegiados como el de Sevilla, al comprobarse la ausencia de inspección sobre las mercaderías con las que se comerciaba, lo que indudablemente suponía, por otra parte, que la Real Hacienda dejaba de ingresar unos derechos, punto éste que nos pone en relación con el tercero de los apartados que antes hemos señalado.

3) La consecución de ingresos para la Real Hacienda

Tan sólo con tener presente la diversidad de ramos en que se dividió la Real Hacienda y el organigrama institucional que para su administración se creó puede entenderse que, sin duda, constituyera un aspecto de importancia relevante en la formación del derecho indiano. Desde la regulación del tributo indígena a la alcabala pasando por los ramos de minería y otros, la actividad normativa fue lo suficientemente densa como para en su día constituir todo el libro VIII de la Recopilación. La búsqueda de su incremento propició la adopción de medidas que llegaron a constituir una tradicional necesidad para la administración hacendística: las visitas y numeraciones de tributarios, las ventas y composiciones de tierras, o la venta de oficios fueron algunos de los medios utilizados.

Por supuesto que otros aspectos, otras situaciones, podrían tomarse en cuenta como factores que intervinieron en el proceso formativo del Derecho Indiano: tales serían a título de ejemplo el deseo de mantener la unidad familiar y en consecuencia dictar disposiciones, como la de 10 de enero de 1576 a fin de que los casados sean remitidos a

España para hacer con sus mujeres vida común, o el de evitar que entre los oficiales reales y quienes residen en lugares que quedan bajo su jurisdicción o la del organismo al que perteneciera se pudieran crear intereses comunes, todo por supuesto a salvo de que hubiera especial licencia para el supuesto de que se tratara, como se observa en la Real Cédula para la Audiencia de Guadalajara de 8 de julio de 1578. No obstante sería posible, en buena medida, incluir estos u otros elementos de juicio en aquellos grandes y amplios apartados de búsqueda del bien común o de control por parte del poder político, todo en función del buen gobierno. Incluso el análisis de una institución de corte corporativista como el Consulado de Comercio revelaría en su raíz la presencia del criterio o concepto del bien común, esto que aparece en la Real Provisión de 23 de agosto de 1543 creando el de Sevilla: incremento del comercio y resolución breve y sumaria «según estilo de mercaderes» de «las cosas e diferencias que tocaban al trato y comercio de la mercadería».

II

EL CONCEPTO DE DERECHO INDIANO

Sin entrar en lo que podría ser una disquisición previa en torno a la caracterización científica de la historia del derecho y dando por sentada nuestra apreciación acerca de entenderla como rama específica de la ciencia histórica y que por lo mismo su análisis debe elaborarse teniendo presente el contexto histórico general contemporáneo del ordenamiento que se estudia, debemos centrarnos primeramente en caracterizar ese derecho en función de lo que hasta ahora se ha escrito y pudiendo tomar como punto de partida el capítulo II de las Ordenanzas para el Consejo de Indias sancionadas en 1571.

> Es nuestra merced y queremos —apunta el referido capítulo— que el dicho consejo tenga la jurisdicción suprema de todas las nuestras Indias Occidentales, descubiertas y por descubrir y de los negocios que de ellas resultaren y dependieren; y para la buena gobernación de ella y administración de justicia puedan ordenar y hacer con consulta nuestra las leyes, pragmáticas y ordenanzas y provisiones generales y particulares que por tiempo para bien de aquella república convinieren. Y así mismo ver y examinar, para que nos las aprobemos y mandemos guardar, cualesquier ordenanzas, constituciones y otros estatutos que hicieren los prelados, capítulos y cabildos y conventos de las religiones, y los nuestros virreyes, audiencias, concejos y otras comunidades de las Indias...

Un examen detenido del texto nos permite extraer las siguientes conclusiones:

1.ª) Existe un órgano —real y supremo— que junto con el rey gobierna ejerciendo jurisdicción sobre la totalidad de las Indias.

2.ª) Teniendo competencia para crear derecho, mediante disposiciones de variado tipo, el ámbito de vigencia de las normas que elabora, previa consulta con el rey, puede tener o bien un alcance general o, por el contrario, quedar reducido a unos límites determinados con lo que nos encontramos ante la nota de particularismo/provincialismo como carácter fundamental del Derecho Indiano.

3.ª) Se aprecia que las autoridades e instituciones de la administración en Indias podrían a su vez producir derecho aun estando sujeto a una posterior confimación real; y aquí nos encontramos con la parcela jurídico-indiana que conocemos como Derecho Indiano-Criollo; derecho, por otra parte, con una vertiente canónica como puede apreciarse.

En orden a ir delimitando nuestro campo de observación con el fin de acercarnos a un concepto sobre Derecho Indiano interesa destacar ahora el carácter de lo particular o provincial en contraste con la generalidad de las normas.

Es un axioma generalmente aceptado que en el Derecho Indiano y durante largo tiempo sólo parcelas muy fundamentales para el gobierno de las Indias obtuvieron una regulación de carácter general: así en materias de descubrimientos o relacionadas con indios. Aparte de esto la actividad normativa indiana estuvo orientada al dictado de un derecho que respondiera a las necesidades y problemas cotidianos que pudieran plantearse en los límites de una provincia o de una ciudad. Consecuencia, la actividad normativa en no pocos casos de los muy diversos informes, memoriales, peticiones o alegatos elevados al consejo, esto fue determinante para que a la vista de la diversidad de situaciones que se daba en las Indias, efecto de la muy variada configuración cultural, social o económica como factores principales, se provocara precisamente un derecho marcado por un acusado provincialismo, por terminante particularismo en detrimiento de la importancia que hubiera podido tener la generalidad de las normas en un marco circunstancial diferente. Incluso un examen del texto recopilado de 1680 revela como por un lado la redacción de diversas de sus leyes no ha obviado las referencias que en las disposiciones anteriores —base de las leyes recopiladas en este cuerpo general— significaban su particularismo. Pero es que además la misma Recopilación, en su Ley II, I, I, viene a reconocer la vigencia del Derecho Indiano Criollo, aprobado por las audiencias y sujeto a la confirmación del consejo, en lo que no

fuera contra el contenido de ese libro, con lo que la trascendencia del Derecho Indiano-Criollo quedaba asegurada, aparte de que no paralizada, lógicamente, la actividad normativa, el desarrollo del ordenamiento, siguió respondiendo posteriormente, y en buena medida, al mismo fenómeno del provincialismo.

Un ejemplo del provincialismo o particularismo jurídico-indiano se manifiesta a través de una Real Cédula de 9 de julio de 1567 por la que se dispone que la Audiencia de Santa Fe, al igual que lo hacían las demás de las Indias, llegado el caso de que se le presentara provisión o cédula obtenida del rey se procediera a «asentar la presentación y obedecimiento con lo a ellas respondido, y que los escribanos de ellas las vuelvan a las partes que las presentaren»; en este caso la Real Cédula fue debida a la relación elevada al rey por «Juan de la Peña en nombre de ese dicho nuevo reino y provincia de Popayán».

Tradicionalmente se ha predicado también del Derecho Indiano otro doble carácter: que fue sobre todo público, que se trata de un ordenamiento casuístico. Que en un alto porcentaje su contenido es de naturaleza pública es una afirmación evidente, no admite duda alguna y es suficiente la consulta de textos como la conocida Copulata, el Cedulario de Encinas o la Recopilación: el gobierno, la administración en sus diversas manifestaciones, el control desarrollado sobre el comercio y las comunidades marítimas... son exponentes de la peculiaridad pública del sistema jurídico indiano. No quiere decir esto que no hubiera un margen de desarrollo para el Derecho Privado, pero éste estuvo primeramente señalado por la proyección del Derecho Castellano que bastó para cubrir en buena medida las situaciones y relaciones jurídicas nacidas en Indias, puede decirse que salvando cuestiones muy puntuales sobre matrimonio o derecho sucesorio, aparte de las excepciones impuestas por la realidad indígena, como parcelas más sobresalientes, el Derecho Castellano e indirectamente el Derecho Común fueron los sistemas de derecho que informaron al indiano en este campo del ordenamiento.

¿Qué decir del casuismo? La realidad impuso a la administración indiana la necesidad de resolver y legislar conforme se iban planteando las diferentes cuestiones y esto determinó que en un principio no se pudiera desarrollar y manifestar sistemáticamente, sin que este fenómeno fuera exclusivo del Derecho Indiano —tal como se ha señalado por algún sector de la historiografía— lo cierto es que tuvo una indu-

dable importancia y que sin duda respondía a unos condicionantes derivados primero, del fracaso que supuso la pretendida proyección en bloque del Derecho Castellano, y luego del confuso conocimiento que de las cosas indianas se tenía en el Consejo en no pocas ocasiones; de ahí que el casuismo pueda entenderse como exigencia de una buena gobernación no pudiendo prefijarse abstractamente y carácter obligatorio una norma determinada.

Pero, ¿qué es el Derecho Indiano?, ¿cómo conceptuarlo?

A la vista de lo que se ha escrito acerca de sus elementos de formación y de sus caracteres puede decirse que fue un ordenamiento jurídico con vigencia en las Indias —incluyendo en ellas a los archipiélagos del Pacífico de dominación castellano-hispana— fruto, tanto de una elaboración normativa desarrollada por las diferentes instancias administrativas y de la incidencia del Derecho Castellano, del Derecho Común y de elementos filosófico-jurídicos con el resultado de un conjunto dispositivo de obligado cumplimiento bien a nivel general bien a nivel provincial o local, bien, por otro lado, con obligada observancia para el conjunto de la población existente en el nuevo mundo a los diferentes niveles territoriales derivados de aquella obligatoriedad general, provincial o local, bien por el contrario, para uno u otro de los grupos socio-culturales distinguibles en la sociedad indiana, como un factor consuetudinario transitoriamente reconocido respecto de las comunidades indígenas y marcado por la diversidad como consecuencia del carácter personalista que sus ordenamientos habrían tenido en el período prehispánico y que conservarían en su evolución posterior.

BIBLIOGRAFÍA

Son varios los estudios cuya consulta es inexcusable para obtener una acertada visión acerca de la formación del ordenamiento jurídico indiano. Dos estudios son básicos para una iniciación al tema; en este sentido hay que citar el que fue en tiempos modernos uno de los primeros intentos de presentar una visión amplia de ese Derecho, «Génesis y Desarrollo del Derecho Indiano», de Alfonso García-Gallo, publicado primero en *Atlántida. Revista del Pensamiento actual*, 2, 1964, 339-59, y posteriormente en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 123-145. Muy interesante es la exposición que lleva a cabo Víctor Tau Anzoategui en *¿Qué fue del Derecho Indiano?*, ensayo breve pero sumamente atractivo en el que hace una profunda exposición acerca de cómo fue caracterizándose el ordenamiento dado para las Indias en sus principales rasgos. Para aspectos más concretos —tales como la incidencia de las polémicas sobre el indio y su status jurídico, el valor de su derecho consuetudinario a los criterios orientativos de la política castellana o hispana respecto de otras cuestiones más generales— se aconseja la consulta de Miguel Ángel González de San Segundo, en *Derecho Prehispánico e Instituciones Indígenas en el ordenamiento jurídico indiano (Notas para su estudio)*, Madrid, 1977, 477 pp., Juan Manzano, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, 1948, 334 pp., Silvio A. Zavala con *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, 2.ª Ed., México, 1971, 621 pp. Debe hacerse una especial mención del artículo de Paulino Castañeda Delgado «La condición miserable del indio y sus privilegios», en *Anuario de Estudios Americanos*, tomo XXVIII, pp. 245-334, por su acierto en conjugar en relación con el indio el marco doctrinal del Derecho Común con las polémicas que sobre el mismo se plantearon a lo largo de buena parte del siglo XVI. Otros estudios de interés para la temática de esta parte son los debidos al ya citado Víctor Tau Anzoategui sobre *La costumbre como fuente del Derecho Indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, en III Congreso del Instituto Internacional

de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios, Madrid, 1973, pp. 115-191, el perteneciente a Alfonso García-Gallo «El Derecho Común ante el Nuevo Mundo», publicado en *Revista de Estudios Políticos* 80, 1955, pp. 133-152, y en una segunda ocasión en sus *Estudios* antes citados, pp. 147-166. También resulta de utilidad el artículo de Carlos Díaz Rementería «La costumbre indígena en el Perú Hispánico», en *Anuario de Estudios Americanos*, tomo XXXIII, pp. 189-215.

ISMAEL SÁNCHEZ BELLA

LAS FUENTES DEL DERECHO INDIANO

I

LAS FUENTES EN GENERAL

Aunque los territorios americanos —y filipinos— quedaron unidos accesoriamente a la corona de Castilla, y por tanto, el Derecho Castellano pasó a aplicarse automáticamente en los nuevos territorios, fue necesario regular jurídicamente las nuevas necesidades que se fueron presentando. Así nació una ingente masa de Reales Cédulas, Instrucciones, Ordenanzas, Reales Provisiones, etc. —se ha llegado a hablar de un millón de disposiciones durante el período español, sin contar las elaboradas en América—, lo que viene designándose con el nombre de «Leyes de Indias», cuya abundancia planteó problemas de conocimiento y aplicación, así como el de su reunión en colecciones (Cedularios, Recopilaciones).

Una causa importante de esa abundancia fue el carácter particularista del Derecho Indiano —se daban normas para las autoridades de cada territorio y en número mucho menor para el conjunto de los territorios— y también el acusado casuismo de esos preceptos, destinados a resolver problemas concretos. Muchas disposiciones dadas para un territorio se repiten para otros, con lo que una buena parte de los textos reiteran el contenido de otros anteriores.

Estas normas proceden en su mayor parte del rey, ayudado por el Consejo de Indias —y, en el siglo XVIII, además, por los secretarios o ministros de Indias—. Periódicamente, los consejeros de Indias elevaban al monarca «consultas» sobre los diversos asuntos que se iban planteando— la Cámara de Indias, sobre los sujetos candidatos a los oficios públicos, civiles y eclesiásticos, de América y Filipinas— y la decisión tomada por el rey era expresada por el consejo en forma legal y, de nuevo, volvía al rey para la firma. Se recogía el texto definitivo en

los Libros-Registro del Consejo y se enviaba copia a los destinatarios. El número de estos registros fue muy pronto voluminoso (500, a finales del siglo XVI; 650, a mediados del siglo XVII).

Otra parte importante de disposiciones fue elaborada en América y Filipinas por diversas autoridades: virreyes, presidentes, gobernadores, audiencias, visitadores generales, cabildos. Ofrece el especial interés de haberse redactado con mayor conocimiento de la realidad que venía a regular. Desgraciadamente, el conocimiento de esas normas —lo que se viene llamando «Derecho Criollo» a propuesta de García-Gallo— es más difícil, por hallarse en forma manuscrita en los archivos de las naciones hispanoamericanas o haber sido publicadas en forma muy dispersa. Aunque para la emanada de algunas de esas autoridades se exigía confirmación real, la mayoría de ellas estuvieron en vigor desde el primer momento. Aunuqe parece que la Recopilación de 1680 restringe esa facultad al indicar que se debe informar antes al Consejo de Indias con los motivos para darlas, para que se tome la resolción que más convenga, en el siglo XVIII continuó esta actividad legislativa de las autoridades indianas.

Se ha planteado muchas veces el tema del conocimiento y aplicación del Derecho Indiano, como si se tratara de un problema especial de ese derecho, alegándose que la noble inspiración que preside a esas normas —que nadie niega— contrasta con su escasa aplicación, según aquella conocida expresión: la ley «se obedece, pero no se cumple». En realidad, se trata de una mala interpretación, pues como ha expuesto Tau Anzoategui, era un recurso de suplicación que «llegó a constituir una de las piezas necesarias del orden jurídico y alcanzó, incluso, la categoría de *derecho fundamental* de los súbditos». Dada la posibilidad de enmendar una decisión errónea, sin por ello dañar su investidura, ni causar el desprestigio de la ley. Por lo demás, no se trataba de algo nuevo; era algo que civilistas y canonistas de la baja edad media conocían ya y utilizaban. En América, podía aplicarse contra las provisiones y cédulas que no tuvieran el rango de leyes propiamente dichas, o pragmáticas, que eran escasas, y también se ejercía contra órdenes de virreyes y gobernadores y provisiones de las audiencias.

En cuanto al conocimiento del derecho, se facilitaba por el carácter particularista del Derecho Indiano, que ya se ha señalado, ya que la autoridad que debía ejecutar la orden la recibía directamente e incluso la copiaba en un cedulario particular para su conservación.

Es posible que en las Indias el incumplimiento de hecho de las normas fuera más elevado que en la península, especialmente en relación con la población indígena, sobre la que había una ingente cantidad de normas protectoras, no siempre observadas, pero ese incumplimiento de hecho de las leyes es fenómeno que suele darse en todos los ordenamientos jurídicos.

El Derecho Castellano se aplicó intensamente como supletorio del Indiano, especialmente en el Derecho Civil, Procesal, Mercantil y Penal. Ya en las Ordenanzas para las Audiencias de Santo Domingo y México de 1528 y 1530 se ordena guardar «las Leyes y Pragmáticas de nuestros Reinos conforme a la ley de Toro» es decir, primero las leyes del Rey, después del Fuero Real de Castilla y, en tercer lugar, las Partidas. Se reitera en las Leyes Nuevas de 1542 y en las Ordenanzas generales de las Audiencias de 1563. En 1614 se establece una limitación: para que se ejecuten en las Indias los despachos dados por los otros consejos es necesaria una Real Cédula de cumplimiento en cada caso dada por el Consejo de Indias.

Los derechos consuetudinarios indígenas fueron confirmados en 1530, 1542 y 1555 —normas que pasan a la Recopilación de 1680— con una limitación importante: «que no se encuentren con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro». Se reserva también el derecho del rey a

> añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias

González de San Segundo ha señalado que hubo también otros textos de 1552, 1555, 1563 y 1567 en los que se confirmaban los derechos indígenas por estimarse ajustados al orden natural y cristiano y, en cambio, en otros casos se suprimían por la razón inversa. En 1580 se recomendó que los pleitos en que fuesen parte los indios se ventilaran sumariamente, respetándose en lo posible los usos y fueros consuetudinarios en la medida en que de suyo no fueran injustos.

Todavía conocemos insuficientemente el grado de aplicación de los derechos indígenas en el período español de América. Zorraquín Becú piensa que «la evolución social, el mestizaje y los cambios ideológicos del siglo XVIII concluyeron con esta tentativa de mantener los

usos y costumbres anteriores a la conquista española», aunque ha perdurado hasta nuestros días la propiedad colectiva de la tierra. Ya en el siglo XVI, Polo de Ondegardo y después el licenciado Francisco Falcón se habían quejado del incumplimiento de los Derechos indígenas.

Se ha planteado también el tema de la posible prelación de estos Derechos indígenas respecto al indiano. Juan Manzano piensa que debe aplicarse el Derecho Indiano antes que las costumbres indígenas. En cambio, Zorraquín, que indica que los Derechos indígenas constituían un Derecho personal ya que sólo debían aplicarse a los naturales del Nuevo Mundo, recuerda que las leyes del siglo XVI ordenaban cumplir las normas de los indios sin someterlas a más restricción que el respeto por la justicia y por la religión cristiana y sólo la Recopilación alteró el orden establecido anteriormente. Ahora bien, como eran los españoles los que juzgaban si existía ese respeto, piensa que *de hecho* el Derecho Indiano ocupaba el primer lugar en el orden de prelación.

A esto, habría que añadir la costumbre criolla que, como ha estudiado Tau Anzoategui, adquirió un amplio desarrollo a través de los cabildos en el siglo XVI.

Aunque diversos factores contribuyeron en los siglos siguientes a disminuir la importancia de la costumbre criolla, ésta mantuvo aún un poder superior al que le solían otorgar las leyes. Se tuvo en cuenta, según Tau Anzoategui, en «la regulación de los cacicazgos, los tributos, la mita, el aprovechamiento de las tierras y aguas, el comercio, los procedimientos judiciales y, de modo decreciente, en el régimen penal, el matrimonio y las sucesiones».

Avila Martel y Bravo Lira han indicado que

> el requisito de la racionalidad de la costumbre y el arbitrio judicial para juzgar de él tienen una enorme importancia en América. Por diversas causas, la costumbre tuvo en Indias mucha mayor significación que la que en la misma época tenía en Castilla. Si allí se veía en cierto modo reprimida por la legislación, en América, en cambio, pudo expandirse casi sin obstáculos. El arbitrio judicial hizo pues del juez un verdadero moderador de la costumbre.

Zorraquín Becú, en sus trabajos sobre las bases fundamentales del Derecho Indiano y sobre el sistema de fuentes en el Derecho Indiano, ha resaltado la importancia de las Bulas Alejandrinas de 1493.

> Aunque con restricciones cada vez más amplias en los hechos y en el derecho —escribe—, las normas pontificias de 1493 perduraron como una de las bases fundamentales del régimen establecido para el Nuevo Mundo hispánico... La legislación indiana adoptó y mantuvo inalterablemente los principios establecidos desde la hora inicial por los documentos pontificios de 1493. Podemos sostener que el Derecho elaborado progresivamente para las Indias deriva en sus instituciones fundamentales de las bulas alejandrinas.

Y cita

> el sistema político, la situación internacional de las Indias, el gobierno de la Iglesia, los fines de la conquista, la exclusividad de la navegación y del comercio, las licencias para cruzar el Atlántico y, sobre todo, la finalidad religiosa que inspiró la colonización hispánica en el Nuevo Mundo.

Además del derecho de origen eclesiástico —pontificio o de Concilios provinciales y Sínodos—, de las fuentes derivadas del Derecho Común —por autoridades peninsulares o americanas— y del derecho destinado a regular la condición de los indígenas, tienen interés las fuentes indianas del origen contractual: capitulaciones, asientos de negros, tratados internacionales y tratados con los indios. Al estudiar el conjunto de las fuentes indianas, Zorraquín resalta «su naturaleza heterogénea, la diversidad de sus autores y los distintos sistemas en los cuales se inspiraron».

Bravo Lira ha resaltado la influencia en el Derecho Indiano del Derecho Europeo, a través del Derecho Castellano y directamente del Derecho Común. Escribe:

> En Iberoámerica, la vigencia de este Derecho Europeo no se restringe a una minoría de origen y cultura europeos, segregada del grueso de la población. Desde el primer momento se aplican el Derecho Común y el Derecho Castellano o Portugués —a veces, incluso en forma ingenua— a los nuevos territorios y a sus habitantes. Se reconoce a los aborígenes como personas, se les atribuye la calidad política de vasallos, y para hacer efectivos sus derechos como tales se les protege asimilándolos a las personas menesterosas; todos conceptos que ellos no podían ni entender ni desear ni reclamar. Pero, gracias a esto, su suerte no quedó a merced de los conquistadores y no fueron exter-

minados como en otras partes de América. Mediante el Derecho, la Monarquía y la Iglesia pudieron interponer su acción en favor de los aborígenes.

En las Indias españolas, por tanto, estuvieron vigentes: En primer término, las normas dadas especialmente para ellas, bien en la Península o en las propias Indias (por gobernantes, visitadores, audiencias, cabildos, etc.); las costumbres nacidas en los muncipios de españoles; los Derechos indígenas que no fueran contra la religión o el Derecho dado para las Indias y, supletoriamente, el Derecho Castellano, que se aplica en gran abundancia en amplias esferas: Derecho Privado, Penal y Procesal (Recopilaciones castellanas, Fuero Real y, sobre todo, las Partidas).

II

COLECCIONES DE FUENTES LEGALES

Las abundantes fuentes legales indianas fueron objeto de colecciones y recopilaciones impresas. Entre los diversos intentos y realizaciones debemos destacar los siguientes:

1. El cedulario de Vasco de Puga

El autor, un oidor de la Audiencia de México que recibió el encargo del virrey Luis de Velasco —quien, a su vez, recibió orden de hacerlo del Monarca— de reunir las disposiciones enviadas a México desde 1525 para imprimirlas. Así lo hizo, siendo impresas en México en 1563. Existen dos reediciones facsímiles recientes.

Los textos legales son recogidos íntegramente, sin elaboración alguna, y en orden más o menos cronológico, con un índice. García Icazalceta le reprocha el que faltan muchas reales cédulas y que las que reúne no están colocadas en riguroso orden cronológico. Con todo, es una colección muy estimable, que fue utilizada por los juristas del siglo xvii —Solórzano, León Pinelo (que la menciona en su *Recopilación de Indias*) y otros— y de la que poseyeron ejemplares los redactores de la Recopilación de 1680 y los del Nuevo Código de Indias de 1792. Su interés se acrecienta hoy día, como señala Manzano, al haberse perdido algunas de las disposiciones que figuran en el *Cedulario*.

2. La Copulata de Leyes de Indias

Fue realizada por López de Velasco, secretario de dos presidentes del Consejo de Indias, por encargo de este organismo. Iniciada en 1562 y concluida en 1569 —aunque se incluyeron luego algunas disposiciones anteriores a octubre de 1570— recoge, en extracto, todas las normas dadas para las Indias desde 1493, 9.170 disposiciones diferentes, sacadas de 200 Libros-Registros del Archivo del Consejo de Indias. La idea de ordenarlas en siete libros se debe al parecer —así opina Manzano— a Juan de Ovando, visitador del Consejo de Indias en esos años y luego presidente de él, a cuyas órdenes trabajó López de Velasco. El resultado fue un volumen de 707 folios, que se conserva en la Real Academia de la Historia y que fue editado por ésta en los años 1927 a 1932, sin saber exactamente de qué se trataba. Ernest Schäfer y, sobre todo, el archivero José de la Peña Cámara lograron su correcta identificación.

Es importante resaltar que se recogen absolutamente todas las disposiciones promulgadas desde 1493, incluso las revocadas, suspendidas y caídas en desuso, lo que se advierte expresamente. En algunos casos se da el texto íntegro de la norma.

Debió ser muy utilizada por Juan de Ovando para la redacción de su Código y por el Consejo hasta la muerte de Ovando en 1575. Solía solicitarse de López de Velasco unos «Apuntamientos» a las cartas de los gobernantes de Indias, en los que el ahora cosmógrafo-cronista daba los antecedentes legales valiéndose de la *Copulata*. Pero posteriormente la obra queda totalmente olvidada, a pesar de su evidente utilidad, quizás al salir el manuscrito del poder del Consejo y pasar a la Biblioteca de San Isidro al morir López de Velasco.

En la actualidad, la utilidad de la *Copulata* es grande, no solamente como orientadora de los libros-registros del Consejo a los que se remite en concreto en cada norma y que, como es sabido, se conservan en su mayor parte todavía en el Archivo General de Indias de Sevilla, sino también para conocer disposiciones que hoy día es casi imposible encontrar en parte alguna. «Resulta así —señala Peña— por tanto, y más dado el carácter oficial de su formación, fuente primaria de la legislación indiana».

3. El proyecto de Código de Juan de Ovando

El visitador del Consejo Juan de Ovando, con la ayuda de la *Copulata* y de la información obtenida durante la Visita, empezó la redacción de un verdadero código en siete libros, de los que en 1569-70 «tenía concluido y sacado en limpio» el libro I, *De la Gobernación Espiritual*, e iba ordenando el II, *De la Gobernación Temporal*, del cual, en aquel entonces, sólo tenía ultimado el título del *Consejo Real de las Indias* (J. Manzano). En 1571 fue nombrado presidente del Consejo de Indias y promulgadas las Ordenanzas del Consejo. El *Libro de la Gobernación Espiritual*, aprobado por el Consejo y por el Rey quedó encallado en Roma a la espera de la aprobación por el papa, que nunca se consiguió. Únicamente, una parte de él, el Título del Patronato, fue promulgado para las Indias en 1574, como también se promulgaron en 1573 la Instrucción sobre descubrimientos, poblaciones y pacificaciones y el título de las descripciones, que formaban parte del libro II. Ovando llegó a iniciar la redacción del Libro III, *De los indios* (que Manzano supone que llegó a redactar) cuando le sorprendió la muerte en 1575. Desgraciadamente, su gran proyecto, inspirado en las Partidas, quedó abandonado y olvidado, mereciendo hoy grandes elogios de los especialistas.

4. El cedulario de Diego de Encinas

Es una importantísima colección legislativa, compuesta de cuatro tomos, clasificados por materias según un criterio muy personal, publicada en edición muy reducida —48 ejemplares— para uso del Consejo, en 1596, después de catorce años de trabajo. Hasta 1680 sería la obra básica utilizada para el gobierno de las Indias, no sólo por los consejeros de Indias sino también por virreyes, audiencias y los principales juristas, como Solórzano, León Pinelo, Escalona, etc.

García-Gallo calcula que Encinas, un modesto funcionario del Consejo, nacido en Pamplona, tuvo que consultar unas 250.000 disposiciones de oficio de los Registros del Consejo, de las cuales recogió las que estaban vigentes y ofrecían interés para el servicio del consejo —2.472—, reproducidas casi siempre íntegramente y que serían después la base inicial de la futura *Recopilación*. Hoy día es una obra fundamental para el estudio del Derecho Indiano.

5. La Recopilación de 1680

En el siglo xvii, el Consejo de Indias abordó la preparación de una Recopilación de Indias semejante a la de Castilla. Para ello contó con la valiosa ayuda del licenciado Antonio de León Pinelo quien, por su cuenta, había emprendido esa tarea en Lima y que se ofreció al consejo para realizarla. En 1628 se pudo publicar ya un avance, el primer tomo de los *Sumarios* que, aunque figuraban con el nombre de Rodrigo de Aguiar y Acuña, fue obra de León Pinelo y recogía resúmenes de los cuatro primeros libros de los ocho de que se componía la obra. El segundo volumen no llegó ya a publicarse y el primero fue utilizado por gobernantes y juristas durante medio siglo como si constituyera ya una Recopilación.

Muerto Aguiar, León Pinelo preparó una Recopilación completa que entregó al consejo a finales de 1635, recibiendo la opinión favorable del consejero Solórzano Pereira. Estructurada en nueve libros, con 7.281 leyes, era el fruto de una ingente tarea de muchos años que exigió la consulta de 650 Libros-Registros del consejo y unas 400.000 disposiciones. Una copia de esta Recopilación, obtenida poco tiempo después, ha sido localizada recientemente por mí en el Archivo del Duque del Infantado entre los papeles del archivo privado del obispo Juan de Palafox, y ha sido publicada este año en México. En el siglo xvii, su impresión fue retrasándose hasta el punto de que su autor, León Pinelo, falleció en 1660 sin verla realizada, a pesar de su tenaz empeño en conseguirlo. Fue revisada y puesta al día por otro relator del consejo, Fernando Jiménez Paniagua, quien se atribuyó el mérito de su realización ocultando que le sirvió de base principal la de León Pinelo, como un cotejo entre ambas ha permitido ahora comprobar. Fue promulgada por Carlos II en 1680 y publicada al año siguiente. Estructurada en nueve libros, consta de 5.515 leyes y ha estado vigente hasta el fin de la dominación española en América y Filipinas. Es ampliamente conocida y estimada por todos y de ella se han hecho numerosas reimpresiones.

6. El Proyecto de Nuevo Código de las Leyes de Indias de 1792

Durante el reinado de Carlos III se encomendó la formación de un Nuevo Código de las Leyes de Indias a una junta que actuaría con

amplia autonomía. Sobre la base de un proyecto del libro primero hecha por Juan Crisóstomo Ansotegui, se llegó a terminar ese libro primero, dedicado a materia eclesiástica, que fue aprobado, pero no promulgado, por Carlos IV en 1792. A pesar de la denominación de «Código» se trataba solamente de una revisión de la Recopilación de 1680, a la que se añadió la abundante legislación posterior y algunas novedades dadas por la junta. Únicamente, algunas leyes sueltas de ese libro fueron promulgadas, como ha mostrado Muro Orejón.

III

LA LITERATURA JURÍDICA INDIANA

En torno al Derecho Indiano fue surgiendo una literatura jurídica de caracteres análogos a la que se dio sobre el Derecho Castellano.

Como la Recopilación de Leyes de Indias se promulgó en fecha tan tardía —1680— y en 1779 quedó prohibida la glosa a las leyes, el número de comentarios es reducido y, en general, poco valioso. Ninguno llegó a circular impreso.

En el Perú, en el siglo XVII, Juan Luis López, Marqués del Risco, que ejerció cargos jurídicos en el Perú, escribió unas *Observaciones theopolíticas* a algunas leyes eclesiásticas, de cuya obra se conservan manuscritos en Madrid y Sevilla. En el siglo XVIII, Juan del Corral Calvo de la Torre, oidor de la Audiencia de Santiago de Chile, escribió un amplio comentario a la Recopilación, que llegó a imprimirse, pero que no circuló.

En México, el oidor Prudencio Antonio Palacios escribió unas notas a la Recopilación, editadas recientemente. También en México, el abogado José Lebrón y Cuervo escribió otras notas, sólo editadas en 1970. En España, Manuel José de Ayala preparó unas extensas notas a la Recopilación que, sólo en parte, han sido editadas en nuestros días. Otras, más breves, se deben a Salas, Martínez de Rozas y Boix y han sido editadas en 1979.

Más importancia tienen otras obras que alcanzan mayor valor doctrinal. En el siglo XVI, el *Gobierno del Perú* del oidor de la Audiencia de los Charcas Juan de Matienzo, donde se proponen soluciones interesantes a muchos de los problemas que se planteaban en las Indias. En el siglo XVII, destaca la famosa y extensa obra del oidor de Lima, luego consejero de Indias, Juan de Solórzano Pereira *Política Indiana*,

traducción y refundición de su Tratado *De Indiarum iure*. Como indica García-Gallo, Solórzano

> aúna en estas obras una amplia formación doctrinal y filosófica, en Derecho Natural, Civil y Romano, y un conocimiento total de la legislación y de la práctica de su aplicación en América. Al tratar cualquier cuestión la sitúa en el contexto de las doctrinas de su época, la encuadra en el conjunto institucional, la analiza, la contrasta con el *ius commune* y constituye el sistema jurídico de la política indiana. La obra de Solórzano es no sólo la mejor y más completa de cuantas se escriben sobre el Derecho de la América española, sino comparable con las de más alto vuelo científico que en la Edad Moderna han expuesto la organización pública de un país.

Otro notable jurista del siglo XVII es el fiscal Pedro Frasso, sardo, que escribe un extenso libro sobre *De regiu Patronato indiarum* que, por su acentuado regalismo, fue incluido en el índice romano de libros prohibidos (como también lo fue la obra latina citada de Solórzano «hasta que fuera corregida»).

Hay que citar también el *Tratado de confirmaciones reales* del relator del Consejo de Indias, Antonio de León Pinelo, sobre la venta de oficios y la encomienda y el *Gazophilacium regium peruvicum* de Gaspar de Escalona y Agüero, el estudio más completo sobre la hacienda peruana. Tuvieron gran influencia el *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio* del obispo agustino Gaspar de Villarroel, el *Tractatus de re criminale* de Lorenzo Matheu y Sanz, Lyon, 1680, y el *Norte de la Contratación de las Indias* de José de Veitia y Linaje. Una obra muy famosa de Derecho Procesal, la *Curia Philipica* se edita bajo el nombre de Hevia Bolaños, aunque se duda de que fuera el verdadero autor.

Del siglo XVIII, cabe mencionar el *Cursus iuris canonico Hispani et Indici*, Madrid, 1743, y la *Práctica de testamentos*, Manila, 1745, del profesor de la Universidad de Manila, Pedro Murillo Velarde; la *Víctima real legal* de José Antonio Álvarez Abreu, Marqués de la Regalía, Madrid, 1726, el *Manual Compendio del Regio Patronato Indiano* del oidor de México, Antonio Joaquín Rivadeneyra y Barrientos, Madrid, 1755; el *Gobierno de los regulares de América* del franciscano Pedro José Parras, Madrid, 1783; el *Tratado histórico político y legal del comercio de las Indias occidentales* de José Gutiérrez de Rubalcava, Sevilla, 1750, y las *Memo-*

rias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias de las Indias occidentales, de Rafael Antúnez y Acevedo, Madrid, 1799, y los *Juzgados militares de España y sus Indias*, de Félix Colón de Larriategui, Madrid, 1788.

García-Gallo ha dado una detallada relación de los escritos jurídicos de los siglos XVI al XVIII y Bravo Lira, que incluye en su examen de la literatura jurídica indiana las obras referentes al Derecho Castellano elaboradas por juristas que estuvieron en Indias, ha hecho una valoración de conjunto en términos muy elogiosos:

> Desde el siglo XVII los autores indianos alcanzan un nivel científico similar al de los europeos de su tiempo y, con ello, el derecho indiano se pone en cierto modo a la altura de los derechos europeos. De esto no hay ejemplo en ninguna otra parte del mundo, fuera de Hispanoamérica... Esta etapa de consolidación (1603-1761) es, sin disputa, la Edad de Oro del derecho indiano, en la que se enriquece con una literatura jurídica propia, comparable a la de los derechos europeos por la calidad y el número de sus representantes... Por el momento es todavía difícil caracterizar con exactitud los métodos de trabajo de estos juristas. Pero es posible señalar su inserción dentro de la corriente, entonces predominante, del Derecho Común; la orientación barroca hacia la práctica; el sentido, también barroco, de la variedad y variabilidad de las situacionees y soluciones jurídicas, y el criterio casuista.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre las fuentes del Derecho Indiano en general puede verse R. Zorraquín Becu. «Las fuentes del Derecho argentino (siglos XVI a XX)», en «*Revista de Historia del Derecho*», 1, Buenos Aires, 1973, y «El sistema de fuentes en el Derecho Indiano», en *Anuario Histórico Jurídio Ecuatoriano*, 6, Quito, 1980; A. García-Gallo,. «La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI», en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972.

Sobre la costumbre criolla, V. Tau Anzoategui. *La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII)*, Buenos Aires, 1986; «La costumbre como fuente del Derecho Indiano en los siglos XVI y XVII; estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán», en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1973; «La costumbre en el Derecho del siglo XVIII, en *Memoria del IV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, 1976; A. De Ávila Martel y B. Bravo Lira. «Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 10, Santiago, 1984.

Sobre las costumbres jurídicas indígenas, R. Zorraquín Becu. «Los derechos indígenas», en *Revista de Historia del Derecho*, 14, Buenos Aires, 1986; C.J. Díaz Rementería, «La costumbre indígena en el Perú Hispánico», en *Anuario de Estudios Americanos*, 33, Sevilla, 1976; M.A. González San Segundo, «El elemento indígena en la formación del Derecho Indiano», en *Revista de Historia del Derecho*, 11, Buenos Aires, 1983. J. Manzano Manzano, «Las leyes y costumbres indígenas en el orden de la prelación de fuentes del Derecho Indiano», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 18, Buenos Aires, 1967.

Sobre la aplicación del Derecho Indígena, es importante el trabajo de V. Tau Anzoategui, «La ley *se obedece pero no se cumple*. En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho Indiano», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 9, México, 1985, que amplía algo el publicado con el mismo título en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, 6, Quito, 1980; «Consideraciones sobre la aplica-

ción de la Recopilación de 1680. Dificultades para su aplicación», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 11, Santiago, 1985. Sobre el conocimiento del Derecho Indiano, H.J. Tanzi, «El conocimiento del Derecho en la legislación de Indias», en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1973.

Sobre la influencia del Derecho Común, B. Bravo Lira. *Derecho Común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989.

Sobre las colecciones legislativas, es fundamental el libro de J. Manzano Manzano, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Madrid, 1945; reed., Málaga, 1981. Vid. También A. García-Gallo, «El cedulario de Encinas», en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987. I. Sánchez Bella, *Dos estudios sobre el Código de Ovando*, Pamplona, 1987; «Publicación de los *Sumarios* de Aguiar (1628) y su utilización en España e Indias», en *Derecho Indiano: Estudios*, 2, Pamplona, 1991; Antonio de León Pinelo, *Recopilación de las Indias. Estudio preliminar*, México, 1991. A. Muro Orejón. «Estudio general del Nuevo Código de las Leyes de Indias», en F. Filosofía y Letras, *Homenaje al Dr. Muro Orejón*, 2, Sevilla, 1979. F. de Icaza Dufour, *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos*, México, 1987.

Sobre la literatura jurídica indiana, vid. A. García-Gallo, «La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglo XVI y XVII, en *Los orígenes* cit.. I. Sánchez Bella, «Los Comentarios a las Leyes de Indias», en *Derecho Indiano: Estudios*, 2, Pamplona, 1991. B. Bernal, «La literatura jurídica práctica en torno a los derechos castellano e indiano, siglos XVI al XVIII, en *Estudios jurídicos en honor de Alberto Vázquez del Mercado*, México, 1982. B. Bravo Lira, *Derecho Común* citado. J. de Ayala, *Las ideas políticas de Solórzano Pereira*, Sevilla, 1946. F. de Arbizu, «El pensamiento regalista de don Pedro Frasso en su obra *De Regio Patronato Indiarum*», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 12, Santiago, 1986.

ALBERTO DE LA HERA

EL DOMINIO ESPAÑOL EN INDIAS

I

INTRODUCCIÓN

La compleja cuestión del dominio de unos pueblos y reinos sobre otros no era nueva cuando se produjo el descubrimiento de América en 1492. Y, por tanto, tampoco iban a ser nuevas las razones que, para justificar ese dominio o para contradecirlo, se alegaron con ocasión de la conquista española de las Indias occidentales.

Por otra parte, la justificación del dominio del pueblo conquistador sobre el conquistado tampoco era el único problema que el hecho indiano llevaba consigo. Por ello hemos calificado a tal dominio de cuestión compleja, queriendo significar que son varias y complicadas las facetas que ofrece.

Tres de tales facetas merecieron particularmente en su momento la atención de los monarcas españoles y de sus consejeros, y han atraído con posterioridad el interés de los estudiosos: en la terminología más habitual, se denominan el problema de los justos títulos, el de la guerra justa y el de la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla. El primer tema es el de la búsqueda y valoración de los títulos que pudieron alegarse para justificar el establecimiento en América de la soberanía hispana; el segundo, el de los métodos empleados para establecer de hecho tal soberanía; el tercero, el del modo de unión política establecida entre los territorios americanos y los españoles. Obviamente, las dos primeras cuestiones poseen una dimensión moral además de un aspecto jurídico, mientras que la segunda es tan sólo jurídica y no afecta para nada al campo de lo ético o lo teológico. Y es en el análisis de las tres como se puede alcanzar una visión general suficiente de qué fue, cómo fue y por qué fue el dominio de España sobre las tierras del otro lado del Atlántico.

Hemos dicho que nada era nuevo en este terreno en 1492. De una u otra forma, tal problemática acompañó siempre –bajo diferentes aspectos– el nacimiento histórico de todos los imperios. Y, en concreto, pueden invocarse como precedente del planteamiento indiano del tema el caso de los imperios romano y portugués. La fuerte romanización de España –factor determinante de nuestra historia durante veinte siglos– y la vecindad portuguesa, nacida no solamente de la geografía sino también del devenir histórico de los varios reinos ibéricos durante el medievo, convierten en modelos y en caminos a seguir, para la Castilla de la edad moderna, los ejemplos ofrecidos por Roma y Lisboa respectivamente durante las dos edades precedentes.

En concreto, Roma aporta su derecho. El maestro García-Gallo, en un breve y excelente resumen del tema, ha analizado en *El derecho común ante el nuevo mundo* el influjo en el Descubrimiento de aquel ordenamiento jurídico que bajo tal denominación de «Derecho Común» constituyó durante la edad media la vía de presencia de las instituciones jurídicas de la romanidad en el mundo europeo. Y, por lo que hace a Portugal, el mismo autor, en su exhaustivo estudio sobre *Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias* ha dejado definitiva constancia del preciso paralelismo existente entre las empresas ultramarinas portuguesa y castellana.

Portugal procedía, lo mismo que España, de su anterior historia como parte del imperio romano. Como el propio García-Gallo ha escrito,

> es bien sabido que el desarrollo paralelo del Derecho español, del italiano, del portugués y del francés en los tiempos medievales, determinó que, aun después de rota la unidad política del Imperio romano con la fundación de los reinos bárbaros, se mantuviese en todos ellos una cierta comunidad del derecho, fácil de apreciar pese a todas las variantes que pueden destacarse entre los distintos países.

Resulta, pues, lógico, que el primer país que emprendió a gran escala la formación de un imperio extraeuropeo, fuera de los antiguos límites romanos, aplicase el Derecho Romano, a través del común, para dotar de estructura jurídica y de base a aquella empresa. Pero esa actitud portuguesa, lógica de todo punto como hemos dicho, no podía

dejar de tener en cuenta un hecho nuevo, que Roma no había podido conocer durante la época imperial: la Teocracia pontificia, como doctrina y práctica que se desarrolla con posterioridad a la desaparición del Imperio, precisamente como uno de los instrumentos elaborados por la Europa de la romanidad para llenar el vacío que la ausencia misma del Imperio romano supuso.

II

LA TEOCRACIA PONTIFICIA

Está, muy estudiada por la doctrina la misión que a la Teocracia tocó, durante el medievo, en orden a crear en el mundo cristiano una autoridad de orden superior —de origen divino y con potestad recibida de Dios sobre todos los pueblos y sobre todos los hombres, tanto en el terreno de lo espiritual como sobre lo temporal— de la que pudiesen derivar todos los poderes, ya que no hay potestad —según la enseñanza escriturística— que no provenga de Dios. En particular, y según esa doctrina del poder universal del Romano Pontífice en todos los órdenes, tocaba al papa coronar al emperador, retirar la legitimidad a los príncipes cristianos que incumpliesen en el ejercicio de su poder la ley divina, y otorgar a su vez a príncipes cristianos capaces de convertir en cristianos a los pueblos infieles el señorío sobre éstos. Es decir, estamos ante la convicción de que el hombre está en la tierra para salvarse, y el poder temporal ha de ayudarle en esa tarea gobernando en justicia según la ley divina; de modo que el príncipe que utilice su poder para apartar a sus súbditos de la obediencia a Dios y del camino de la salvación pierde su legitimidad, siendo el papa el garante en nombre de Dios de tal orden político.

De ahí, a poner en discusión la legitimidad de toda soberanía de príncipes infieles —en los que el papa no ha delegado el poder temporal— había un solo paso, que efectivamente se dio. La Teocracia permitió, entonces, abordar las empresas cristianizadoras como empresas políticas y militares, tendentes a poner a los pueblos infieles bajo la soberanía de los príncipes cristianos a los que en cada caso confiase el papa la obra de evangelización. Contribuyó, a ello también el hecho de que los infieles susceptibles de ser colonizados y evangelizados re-

sultaban realmente hallarse, en aquellos siglos, en un grado de desarrollo tan inferior, que la distancia entre ellos y los pueblos colonizadores equivalía a la que separa la prehistoria del renacimiento. Los musulmanes, en efecto, poseedores de un elevado índice de civilización, no podían ser ni evangelizados ni sometidos; otrotanto sucedía —en este caso por causa de la distancia— con los pueblos del Extremo Oriente. Cristianizada Europa, la labor lógica de expansión de la cultura y la fe europeas había de inclinarse hacia los africanos que habitaban detrás del África musulmana. Y en este sentido, a los ojos de los hombres del renacimiento, América se ofreció a sus miradas como un nuevo continente sumido en los tiempos prehistóricos.

III

EL PRECEDENTE DE PORTUGAL

La expansión portuguesa en el Atlántico se desenvolvió según las indicadas pautas. Concluida tempranamente para el reino portugués la reconquista de su parte del territorio peninsular, su posición geográfica le lanzó a un política marítima cuyo destino inmediato eran África y el Atlántico. Probablemente el haber entrado tan pronto en la puesta en marcha de una obra de navegación y descubrimientos impidió que Portugal, como hubiese sido lo natural, descubriese América; los proyectos de Colón no merecieron la atención de una monarca que ya estaba empeñado en empresas ultramarinas planificadas y en marcha, y fueron ejecutados por un reino —Castilla— que concluía entonces su reconquista y no había emprendido todavía una labor atlántica de la que no pareciera conveniente distraerse para emprender una aventura arriesgada.

Toda la empresa marítima y africana portuguesa se ejecuta en estrecha relación con el sistema teocrático. Desde un primer momento, la Corona busca el apoyo de la Santa Sede; los papas comienzan concediendo a Portugal los privilegios de cruzada para sus guerras de conquista, y poco a poco esa actitud de enfrentamiento con el infiel en guerras santas —hija de las seculares luchas contra el Islam— dejará paso a lo que constituyó la gran aportación pontificia-portuguesa a la historia de los descubrimientos: una concesión de soberanía, un encargo evangelizador, y una delimitación del territorio o del espacio en que soberanía y evangelización han de llevarse a cabo. El modelo establecido supone, en efecto, que la Santa Sede conceda a los reyes el derecho de soberanía sobre un o unos pueblos infieles, por lo común indeterminados (los que se descubrieren); la soberanía supone el derecho

de conquista del territorio y de sometimiento de sus habitantes a la Corona del monarca cristiano, supuesta la pérdida de su autoridad y poder por los príncipes infieles, que tal vez si se convierten vean respetado su *status*, pero ya en nombre del nuevo soberano. Condición de validez del ejercicio del poder pontificio para atribuir soberanía y del poder real para imponerla sobre los pueblos infieles es el efectivo compromiso evangelizador que el príncipe cristiano adquiere en virtud del mandato papal de predicar la fe. Y, en fin, la existencia de otros príncipes cristianos potencialmente evangelizadores, y en vista de la imprecisión de las tierras aún desconocidas por las que va a extenderse el cristianismo, hacen necesario que en toda la medida de lo posible se delimite la zona del planeta para la cual se concede el mandato evangelizador y la soberanía política.

No estamos hablando de una planificación lógica y teórica de las empresas descubridoras: tal fue de hecho el modelo portugués, y de su estudio obtenemos la construcción del esquema. Portugal, superada la corta visión impuesta por las Cruzadas que limitaba a una guerra de expulsión los primeros intentos expansivos, pasó pronto a obtener de la Santa Sede el permiso de comerciar con infieles, y ya el siglo xv obtuvo sus tres grandes bulas que fijan de modo definitivo el modelo antes descrito: la *Romanus Pontifex* de Nicolás V, por la que el papa hace a los soberanos portugueses soberanos también de las tierras que descubran en África, con el derecho correspondiente de conquista; la *Inter coetera* de Calixto III, por la que el papa, que ha otorgado la soberanía con la condición de evangelizar a los pueblos conquistados, regula el ejercicio de los correspondientes poderes en la esfera religiosa, necesarios para la implantación de la fe; y la *Aeterni Regis* de Sixto IV, que determina el espacio en que Portugal podría desarrollar las competencias antedichas, resolviendo el conflicto castellano-luso que la presencia de Castilla en las Islas Canarias —único enclave hispano en el Atlántico— planteaba.

La singularidad del caso —Portugal es el único país navegante y descubridor en los siglos xiv y xv, mientras las restantes naciones atlánticas de Europa están envueltas en guerras internas— hizo que en relación con las bulas y los descubrimientos portugueses no se planteasen los problemas a que hacíamos referencia páginas atrás: necesidad de justificar la soberanía, discusión de los métodos de conquista; y, asimismo, tampoco fue objeto de particular problemática el tema del tipo

de incorporación de las tierras exploradas a la soberanía de Portugal. No se olvide que de hecho a Portugal, a fin de cuentas, le interesó mucho más abrir la vía hacia el Oriente por el sur de África que la conquista y colonización de este continente, y que hasta la conquista del Brasil nunca acometió una empresa de incorporación de territorios a gran escala, tarea que, acompañada de los problemas que le eran propios, hubo de ser Castilla la primera nación europea en emprender.

IV

LA CONCESIÓN DE LA SOBERANÍA SOBRE LAS INDIAS OCCIDENTALES

El modelo portugués fue seguido cuidadosamente por Castilla a raíz del descubrimiento colombino. Tres bulas fueron fechadas en los días 3 y 4 de mayo de 1493, inmediatamente después del regreso de Colón, que había desembarcado en Portugal en febrero y en Palos en marzo de aquel año. De esas tres Bulas Alejandrinas, la *Inter coetera* del 3 de mayo es una bula de soberanía; la *Eximiae devotionis* del mismo día regula el deber evangelizador que es la base de la concesión precedente; y la *Inter coetera* del 4 de mayo demarca el espacio en que Castilla adquirirá los derechos y deberes antedichos. Pasamos por alto las discusiones sobre estas bulas que han agitado a la doctrina, en particular a partir de la comprobación, por Van den Linden en 1916, del error o alteración de sus dataciones. Comprobado que las fechas reales en que cada una de ellas fue expedida no coinciden con las que en los correspondientes textos aparecen (la primera *Inter coetera* fue expedida en abril, la segunda en junio, y la *Eximiae* en julio), se han buscado toda clase de explicaciones a ese hecho. Baste observar aquí, que la antedatación o postdatación de documentos es una práctica frecuente en todas las cancillerías, pues son varias las fases por que un documento oficial atraviesa —redacción de la minuta y del texto, copia, sello, registro, expedición—, y no conduce a nada, como la larguísima polémica en torno al descubrimiento de Van den Linden ha venido a probar, construir hipótesis tan diversas como de imposible comprobación sobre la intencionalidad de la Santa Sede y de la corte castellana que pudiera reflejarse en las diferencias de fechas entre los textos oficiales de las Bulas Alejandrinas y sus registros. De hecho —y me parece lo más útil y lógico llegar a esta conclusión— las tres bulas deben ser con-

sideradas bajo cuatro aspectos: uno, como títulos de soberanía y evangelización de los monarcas castellanos en Indias; otro, como base del título vicarial de los reyes para el gobierno de la iglesia indiana; un tercero, como piezas del juego político entre Roma, España y Portugal a raíz del descubrimiento de América; y un cuarto, como prueba histórica de la tesis que hemos mantenido acerca del plan sistemático que, a partir del ejemplo portugués, se siguió al planificar la gran empresa americana.

En cuanto título de soberanía, sin duda alguna legitimaron inicialmente la conquista y pusieron en marcha la evangelización; la llegada de la edad moderna supuso por otro lado la crisis de la doctrina teocrática, y al dejarse de aceptar el poder papal en lo temporal se dio origen a la polémica sobre los justos títulos de la conquista española de América, en cuyo seno las Bulas Alejandrinas pierden paulatinamente importancia en cuanto títulos de soberanía, si bien la Corte las mantuvo como tales empecinadamente hasta que América se independizó.

En cuanto título vicarial de los reyes —en cuya virtud se consideraban vicarios o delegados papales para el gobierno de la Iglesia en Indias—, las Bulas Alejandrinas empiezan a ser invocadas a partir de los últimos años del siglo XVI, y mantienen ese papel hasta que la Junta del Nuevo Código creada por Carlos III reconoce no contenerse en ellas tal derecho, reconocimiento que no tuvo consecuencias en la práctica pues las bulas se invocaron en sentido vicarial hasta prácticamente la pérdida española de los últimos restos de su imperio.

Como consecuencia de la comprobación de imprecisiones en sus dataciones, y por obra del interés de muchos y muy estimables autores que han terciado en la polémica, aparecen las tres bulas como piezas de un rocambolesco juego de secretos y negociaciones a tres bandas, en el que Castilla trataría de obtener derechos que cortaran las pretensiones portuguesas en el Atlántico y Portugal trataría de obtener provecho propio del descubrimiento colombino. No estamos en condiciones de negar o afirmar quién tiene razón, entre los defensores de las variadas hipótesis, dada la falta de claridad en las fuentes. Pero, en todo caso, sí hubo intrigas y las bulas tuvieron en ellas un papel, el hecho quedó circunscrito a la primavera de 1493; concluidos los problemas atlánticos entre Portugal y Castilla a partir del Tratado de Tordesillas, lo que cuenta de las bulas es su significación histórica como bases de la soberanía, la evangelización y el vicariato.

El cuarto aspecto del estudio y significación de las bulas a que hemos hecho referencia es aquel que ya había hace tiempo puesto de relieve García-Gallo, en el estudio suyo que hemos citado acerca de tales documentos: su consideración como textos que plantean la empresa indiana, que Castilla va a emprender, en los mismos términos en que había sido planteada, a lo largo del siglo xv, la portuguesa. La Santa Sede, en un acto teocrático de proyección universal que tiene lugar por última vez en la historia, somete a la Corona castellana las tierras descubiertas o por descubrir en el Atlántico que no pertenezcan ya a otros príncipes cristianos; el objeto de la tal concesión de soberanía es la cristianización de tales tierras y pueblos, para favorecer la cual el Papado iniciará con la Bula *Eximiae* una serie de medidas cuyos momentos culminantes serán la Bula *Piis Fidelium*, también de 1493, enviando a América la primera misión; la Bula *Eximiae* de 1501 por la que se conceden a los reyes los diezmos de Indias, concesión que será objeto de reiteración en sucesivas ocasiones; la *Illius fulciti* de 1504 creando en Indias por vez primera la jerarquía diocesana, tema que igualmente será tratado posteriormente en otros documentos que vendrán a sustituir a este primero; la *Universalis Ecclesiae* de 1508, la principal de todas juntas con las *Inter coetera* de 1493, que concede a los monarcas el patronato universal sobre los territorios indianos; y la *Omnímoda* de 1552, que reguló para más de dos siglos las relaciones entre los obispos y las órdenes religiosas.

De toda esta serie de documentos, hemos de insistir aquí —si bien en otro capítulo de este libro se ha de volver sobre el tema— en aquello que fundamentalmente interesa en este momento; apenas tuvieron noticias del descubrimiento, los reyes castellanos se procuraron, mediante el recurso al pontífice romano, un título que justificara tanto el hecho como lo que había de hacerse en las nuevas tierras atlánticas: el descubrimiento y la conquista, concebidos como una tarea que no había de agotarse en un primer acto de carácter único, pero que de ese primer acto había de tomar su legitimidad jurídica.

V

LA CUESTIÓN DE LOS JUSTOS TÍTULOS

La cuestión de los justos títulos de conquista y dominio español en Indias fue desde el primer momento una cuestión polémica. Debe recordarse a este respecto que, por el Tratado de las Alcáçovas, ratificado mediante la Bula *Aeterni Regis* de Sixto IV, y con el que se reguló la navegación atlántica en torno a los territorios entonces conocidos –Azores y Cabo Verde, las Canarias y la costa atlántica de África–, Portugal y Castilla se reservaron sus zonas propias y quedó para Castilla solamente la ruta de Canarias y la posesión de este archipiélago. Tal dato era el que tenían ante los ojos los Reyes Católicos cuando firmaron con Cristóbal Colón las Capitulaciones de Santa Fe en abril de 1492, mediante las cuales se encomendó oficialmente al genovés el viaje atlántico que conduciría al descubrimiento de América. No se trataba en principio de un viaje de conquista, pues es sabido que su propósito era hallar la ruta occidental a las islas de las especias, a la India y en general al Oriente, de modo que lo que Colón trataba de descubrir era ante todo una ruta, a cuyo término le esperarían la China y el Japón, para cuyas autoridades llevaría cartas de los reyes Fernando e Isabel. Como ha escrito García-Gallo, Colón

> parte de España para llegar a las Indias orientales, con el fin de establecer una relación comercial. En ellas, probablemente, no pretenden ni Colón ni los Reyes Católicos establecer su autoridad; les basta para sus fines un trato amistoso y comercial. Pero en las mares océanas hay sin duda islas y tierras desconocidas o por lo menos indómitas. Acaso Colón tuviese noticias fidedignas de ellas, como muchos escritores de la primera mitad del siglo XVI afirmaron. Pero, aún sin entrar

> en esto, el caso de las Canarias, donde todavía en 1491 se mantenían independientes las islas de La Palma y Tenerife, mostraba la posibilidad de que existiesen islas desconocidas o al menos sin dominar. Estas islas desconocidas sí interesan, a efectos de sujeción, a los Reyes Católicos y a Colón. Y por eso, mientras el viaje se organiza a las Indias orientales con fines puramente mercantiles y sin pretensiones de dominación política sobre ellas, se estipula el gobierno y disfrute de las islas desconocidas.

Los orígenes de la administración territorial de las Indias

Que a priori los reyes actuaron como quien posee un claro título de legitimidad se ve claramente con la simple lectura de las Capitulaciones de Santa Fe, primer texto jurídico dedicado a América. Fechadas el 17 de abril de 1492, el secretario Juan de Coloma, que actúa en ellas en nombre de los reyes, dice:

> Vuestras Altezas, como sennores que son de las dichas mares Océanas, fazen desde agora al dicho don Christóval Colón su almirante en todas aquellas islas y tierras firmes que por su mano se descubrirán o ganarán en las dichas mares océanas; ...Vuestas Altezas fazen al dicho don Christóval su visorey e governador general en todas las dichas tierras firmes e yslas, que, como dicho es, él descubriere o ganare en los dichos mares

Y en el privilegio rodado que los reyes exponen en Granada el 30 de aquel mismo mes, los monarcas establecen:

> Por cuanto vos, Christóval Colón, vades por nuestro mandato a descobrir e ganar con ciertas fustas nuestras e con nuestras gentes, ciertas islas e tierra firme en la mar Océana, e se espera que con la ayuda de Dios se descobrirán e ganarán algunas de las dichas islas e tierra firme en la dicha mar Océnana, por vuestra mano e industria; e ansí, es cosa justa e razonable que, pues os exponeis al dicho peligro por vuestro servicio, seades dello remunerado. E queriondoos onrrar a facer merced por lo susodicho, es nuestra merced e voluntad que vos, el dicho Christóval Colón, dempués que fayades descobierto e ganado las dichas islas e tierra firme en la dicha mar Océana ó cualesquier dellas, que seades nuestro Almirante de las dichas islas e tierra firme

> que ansí descobriéredes é ganáderes, e seádes nuestro Almirante e Visorrey e Gobernador en ellas.

De todos estos textos se desprende con claridad que, antes de que las Indias occidentales hubiesen sido descubiertas, cuando no eran aún una posibilidad –tierras que pudieran encontrarse en el Océano en el camino hacia las Indias orientales–, ya los Reyes Católicos se consideraban señores de la mar Océana y de las islas y tierras firmes aludidas. De tal manera que no es suficiente la afirmación de Manzano (en *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla)* según la cual «el único alegado por las altas esferas gobernantes en los primeros momentos de la gesta colombina». Tal cosa podría valer para las islas y tierras firmes que se descubriesen y ocupasen de las que Colón es investido virrey por los monarcas, en cuyo nombre las descubrirá y ocupará; pero no autorizaría ese título para titularse señores de la mar Océana, señorío que los reyes se atribuyen y dan por supuesto al expedir los documentos de abril de 1492, tal como acabamos de citarlos.

Hay que remontarse pues a un título anterior, y no puede ser otro que la Bula *Aeterni Regis*, único documento que, al corroborar el Tratado de las Alcáçovas, ratifica la decisión regia portuguesa y castellana de repartirse el Océano como señores del mismo.

De ahí la importancia que en un primerísimo momento hubo de tener el Tratado de las Alcáçovas para dar pie a las reclamaciones de Portugal y a la soberanía de Castilla apenas se tuvo noticia del éxito del primer viaje colombino. Desembarcado el almirante en Lisboa al regreso del Descubrimiento, mantuvo con Juan II una entrevista el 9 de febrero de 1493, en la cual el rey portugués manifestó su parecer de que las tierras descubiertas por Colón le pertenecían en virtud del precedente reparto del Océano, mientras toda la argumentación del descubridor en favor de Castilla parece que se centró en que los reyes le habían ordenado seguir la ruta de Canarias y él así lo había hecho, no violando pues el Tratado de las Alcáçovas y resultando propiedad de los Reyes Católicos, en consecuencia, las nuevas tierras e islas.

El título de descubrimiento y ocupación hubiese sido sin duda un título eficaz, de no haber pertenecido previamente las tierras descubiertas a ningún príncipe cristiano. Pero, si en virtud del anterior tratado, la navegación en esa parte del mar estaba reservada a Portugal, serían portuguesas las tierras que allí resultare haber. Por lo que, en nuestro

parecer, poca o ninguna utilidad hubiese tendio en tal caso el título de descubrimiento y ocupación. Precisamente porque debían pensarlo así, los Reyes Católicos trataron inmediatamete de adquirir un título más atendible y eficaz. En esa línea hay que inscribir la rápida negociación y expedición de las bulas dictadas por el papa Alejandro VI en mayo de 1493. Es obvio que entre la primera noticia recibida por los reyes del resultado de la expedición colombina —mediados de marzo como pronto, y más probablemente a partir del día 20— y la expedición de la primera bula —fines de abril, datada el 3 de mayo— no hubo tiempo para una negociación que convenciese a la Santa Sede de que concediese tal bula, y menos para informar suficientemente al Papa y para que éste se asegurase de que las tierras cuya soberanía iba a conceder no pertenecían, si no de hecho al menos de derecho, al rey de Portugal. Dejando de lado la amistad que pudiese haber entre Alejando VI y Don Fernando, y lo que éste pensase o prometiese conceder a aquél a cambio del favor, lo evidente es que la bula estuvo despachada en un tiempo récord, lo que hace pensar en una negociación previa, tal vez contemporánea del viaje colombino, de modo que al regresar el almirante, los reyes tuvieran que limitarse a pedir al Papa lo ya acordado, enviándole una somerísima información de urgencia que es realmente, si se la lee con atención, la que se contiene en las Bulas Alejandrinas, y que no puede proceder sino de la no menos somera información que para esas fechas habían los monarcas podido recibir de Colón.

El rotundo éxito conseguido por las Bulas Alejandrinas viene a probarnos que Portugal dudaba —si no es que estaba segura— inclinándose a creer que las nuevas tierras no eran suyas, por lo que aceptó el reparto de la segunda *Inter coetera* de mayo de 1493 (con la modificación que amplió la zona reservada en su favor), de modo que esta bula y el Tratado de Tordesillas consagraron el Derecho Castellano sobre las Indias occidentales. Los Reyes Católicos quedaron apoyados por el título de concesión papal, que venía a modificar el reparto anterior establecido en la bula *Anterni Regis*. La situación se nos aparece muy clara: el primer reparto del Océano lo establecen los reyes de Portugal y Castilla (Alcaçobas) pero estimando carecer de título suficiente para atribuirse y reservarse tal soberanía piden y obtienen la confirmación papal (*Aeterni Regis)*. Y el segundo reparto lo establece el papa *(Inter coetera* de 1493) y lo aceptan los dos reinos (Tordesillas). En ambos casos, el título que opera es el de la concesión pontificia, tanto que la

validez de la primera concesión no cede ante el descubrimiento nuevo, sino ante la concesión nueva.

La Teocracia, pues, tal como empezábamos páginas atrás este estudio, es la base de la primera intervención papal en América, y por tanto del primer título de soberanía que Castilla puede presentar ante las restantes coronas y ante los propios habitantes del nuevo mundo. Ante las coronas, en primer lugar ante Portugal y luego ante los demás monarcas europeos, las bulas papales se ofrecieron como razón única y suficiente de la empresa descubridora y conquistadora que Castilla emprende y lleva adelante; ante los habitantes de las nuevas tierras, el famoso requerimiento que se les leía para informarles del por qué de la nueva soberanía a que iban a quedar sometidos se apoyaba precisamente en la concesión papal, hecha en virtud de su potestad directa sobre lo temporal que la doctrina teocrática reconoce al vicario de Cristo, es decir, en virtud de la tesis del papa *dominus orbis.*

Aunque se produjeron actitudes contrarias a aceptar la soberanía exclusiva de los reyes castellanos en las Indias —Leturia recuerda la frase atribuida a Francisco I de Francia, «me gustaría ver la cláusula del testamento de Adán» que reservó a los reyes españoles la propiedad de Océano—, y la teología europea de la época discutió desde el primer momento el poder pontificio sobre todo el orbe, si bien tal discusión se enmarca en el campo del problema conciliarista y los consiguientes ataques al Primado, la verdadera primera crisis de la legitimidad del poder real en las Indias no se produjo hasta 1511, como consecuencia de la crítica a que sometió el dominico fray Antón Montesinos la labor de los colonizadores españoles.

Sin embargo, en realidad tal crítica no atacaba el título de soberanía, sino el modo de actuación de los conquistadores. No fue una crítica al fondo sino a la forma, y así lo entendieron todos los contemporáneos, a comenzar por los monarcas; las sucesivas Juntas de teólogos y juristas convocadas por don Fernando —Regente en nombre de la reina doña Juana su hija— no discutieron la concesión papal sino todo lo contrario: apoyándose en ella redactaron el requerimiento y procuraron modificar los sistemas colonizadores criticados.

Pero la puerta a la revisión de los títulos, una vez abierta la de la revisión de los métodos, había quedado también expedita. Sucesivos acontecimientos favorecieron la discusión y el análisis: las dificultades en corregir los vicios de la explotación fácilmente habían de conducir

a preguntarse si se poseía en verdad algún derecho sobre aquellas tierras y gentes; otras potencias quisieron con el tiempo discutirle a España su exclusiva para navegar y colonizar; el avance de la edad moderna hace que la Teocracia, al margen de toda relación con el problema indiano, deje de ser defendida por nadie y dé paso a otras doctrinas en las que el papa no será considerado ya como señor del orbe. La polémica sobre los justos títulos y lo que se ha llamado la duda indiana cobran con el avanzar del tiempo carta de naturaleza y se multiplican las teorías y los autores que las defienden. No siendo del caso exponer aquí, ni aún brevemente, tales discusiones, habrá que referir tan sólo algunos puntos, capitales para una suficiente comprensión del desarrollo y situación histórica en los momentos claves de la historia americana de la cuestión de la legitimidad del poder español en sus posesiones de ultramar. Esos puntos serían: la intervención en la polémica de Las Casas y Vitoria; la solución adoptada por Felipe II; el resumen del problema llevado a cabo por Solórzano; la regulación del tema en la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias; y la actitud, al respecto, de las autoridades españolas durante el siglo XVIII y más en particular con ocasión de la gran reforma de Carlos III.

La larga actividad de Las Casas, infatigable durante su dilatada vida consagrada —a partir de su ingreso en la Orden de los Dominicos— a la defensa del indio y la condena de la acción hispana, no dejó de experimentar cambios en sus opiniones y en sus actitudes. García-Gallo ha dedicado unas interesantes páginas a resumir el pensamiento lascasiano sobre los justos títulos a lo largo del tiempo (en *Las Indias en el reinado de Felipe II)*, y demuestra que el obispo de Chiapas mantuvo sucesivamente las siguientes tesis: hasta 1542, admitía el poder «de los reyes castellanos sobre las Indias como un poder análogo al que tiene todo rey sobre su reino, y no duda en someter a él a los indios, aunque siempre por medios pacíficos». Luego, a partir de 1542, cambia el punto de vista de Las Casas... Sigue siempre considerando, sin discusión, que los reyes de Castilla poseen derechos sobre el Nuevo Mundo en virtud de la concesión de Alejandro VI, pero ya no se trata de un dominio pleno en jurisdicción, sino de un soberano y universal imperio que deja a salvo el poder político y la autoridad de los indios. En 1544 Las Casas declaraba que la Santa Sede solamente había concedido a los reyes de Castilla «el principado supremo y superioridad imperial de las Indias», pero que «en conceder dicho principado supre-

mo no entendió privar a los reyes y señores naturales de las Indias de sus estados». Aún recoge García-Gallo esta otra expresiva cita del pensamiento lascasiano:

> Pudo próvida, lícita y justamente el Romano Pontífice, vicario de Jesucristo, por autoridad divina, cuyos son todos los reinos de los cielos y de la tierra, investir a los reyes de Castilla del supremo e soberano imperio e señorío de todo aquel orbe universo de las Indias, constituyéndolos emperadores sobre muchos reyes. E a quien pertenece de derecho todo aquel imperio alto e universal jurisdicción sobre todas las Indias, por la auctoridad, concessión y donación de la dicha Santa Sede apostólica, y assí por autoridad divina. Y este es, y no otro, el fundamento jurídico y substancial donde está fundado y asentado todo su título.
>
> ...Esta misma doctrina —señala García-Gallo— la mantiene Las Casas en la controversia de 1550 y en el *Tratado comprobatorio* impreso en 1552. Pero sin embargo de ella, en la *Controversia* con Sepúlveda y forzado por los argumentos de éste, introduce una modificación que afecta gravemente a la doctrina y que rectifica —más que declara y limita, como dice Las Casas— lo dicho... sobre la obligación de los indios de someter al rey de Castilla

Según el cambio de la opinión de Las Casas, que en sus disputas con Ginés de Sepúlveda —el gran defensor del señorío indiscutible de Castilla sobre las Indias— aparece,

> el principado supremo de los reyes de Castilla queda convertido en un derecho que les ha concedido el papa sólo a ellos, con exclusión de todo príncipe cristiano, a ser reconocidos como emperadores por los indios y cuándo éstos quieran, pero sin que tal derecho suponga facultad alguna para hacerlo efectivo. Ahora bien, como tal derecho de elegir o reconocer a un príncipe lo poseen todos los pueblos por derecho natural, resulta que el tan decantado soberano, imperial universal principado de que habla Las Casas carece totalmente de contenido. Esto lo reconoce el propio Las Casas.

En fin de cuentas, Las Casas mantuvo a lo largo de toda su vida una convincción: la de la validez de la concesión pontificia de las Indias a los reyes de Castilla, así como el derecho del papa, evidentemente, a efectuarla. Sí que fue atribuyendo a esa concesión un conte-

nido variante y cada vez menos sólido; pero, siempre, si para el polémico dominico los reyes poseyeron un título sobre las Indias, ese nace de las Bulas Alejandrinas de 1493.

Distinto es el parecer de fray Francisco de Vitoria, el gran teólogo que, por encima de todos los demás, prestó a las Indias una atención científica no contaminada por pasión alguna. Siempre citando a García-Gallo, Vitoria

> no coincide en cuanto a los justos títulos de los reyes de España en Indias con la doctrina de Las Casas. Así como éste se basa fundamentalmente en la concesión pontificia y admite en todo caso el derecho de los reyes sobre las Indias, aunque la sumisión es sólo efectiva cuando los indios se han convertido, Vitoria niega rotundamente que el papa haya podido conceder cualquier clase de poder temporal a los reyes de Castilla sobre los indios, pues él carece de tal poder, y aún en caso de tenerlo no podría enajenarlo, y afirma que lo único que ha podido conceder el papa a los reyes de Castilla es la exclusiva de predicación en el Nuevo Mundo, e incluso de beneficiarse, como compensación, con su comercio.

Un excelente resumen del pensamiento de Vitoria, tal como lo expuso en sus *Relectiones de Indis*, lo ofrece Manzano en *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*. Vitoria, nos dice el ilustre autor, «parte de un supuesto, a saber: el de la legitimidad de los señores infieles». Estas son las palabras del teólogo dominico:

> Supuesto, pues, que eran verdaderos señores, resta por ver qué títulos pudieron ellos, o su región, venir a poder de los españoles. En primer lugar, aportaré los títulos que pudieran pretenderse, pero que no son idóneos ni legítimos. En segundo lugar, pondré los títulos legítimos por los que los españoles pudieran apropiarse los bárbaros.

Manzano recuerda al propósito la intimación que se hacía a los indios en el requerimiento, informándoles de su deber de someterse a los conquistadores puesto que el papa había concedido a los reyes de Castilla la soberanía sobre aquellas tierras, y se pregunta:

> ¿Qué piensa sobre esto el teólogo de San Esteban? He aquí sus proposiciones:
>
> 1.ª El papa no es señor civil o temporal de todo el Orbe...

2.ª Dado que el Sumo Pontífice tuviera tal potestad secular en todo el Orbe, no podría transmitir esa potestad a los príncipes seculares.

3.ª El papa tiene potestad temporal en orden a las cosas espirituales... (el llamado poder indirecto).

4.ª Ninguna potestad temporal tiene el papa sobre aquellos bárbaros ni sobre los demás infieles.

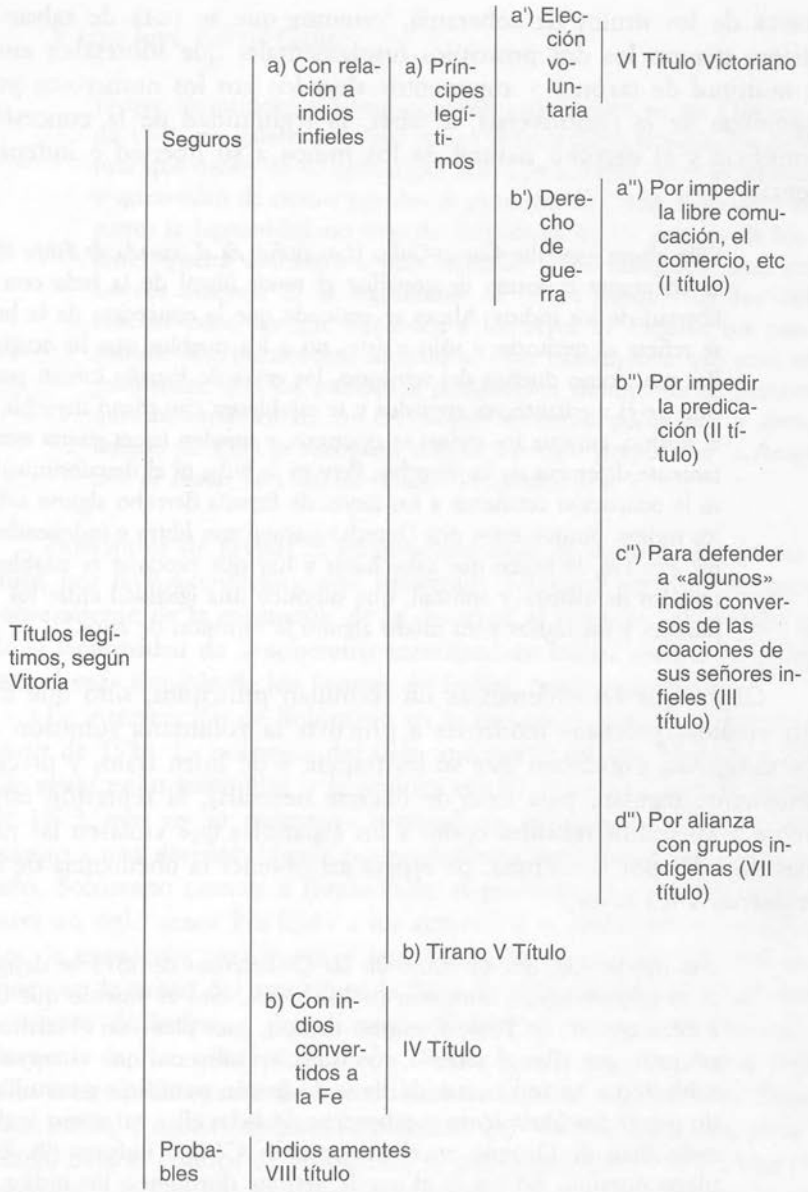
Concluyendo: De donde se sigue el siguiente corolario: aunque los bárbaros no quieren conocer ningún dominio al papa, no se puede por ello hacerles la guerra ni ocuparles sus bienes. Es evidente, porque tal dominio no existe.

La posterior exposición por parte de Vitoria de los títulos de soberanía que él considera justos —«jurídicos, sólidos, fortísimos, verdaderos, catholicos y de verdaderos christianos», según el siempre apasionado Las Casas—, la resume Manzano en el cuadro de la página siguiente.

Sin entrar a profundizar en el análisis de cada uno de los ocho títulos alegados por Vitoria, la visión de conjunto de los mismos indica que para el maestro salmantino todo ha de residir en la voluntad de los indígenas. Dado que poseen señores legítimos y que ninguna potestad puede privar a éstos sin causa de su señorío, la posibilidad de que España someta a su dominio a las Indias radica en un hecho único: en que los indios acepten libremente esa soberanía (títulos IV y VI) o actúen de modo que den pie a que se les haga una guerra justa (títulos I, II, III, V); el título VII es mixto, pues supone indios amigos y a la vez indios enemigos, y el VIII no lo considera seguro el propio Vitoria.

Las turbulencias a las que se vio sometida la corte española como consecuencia de tantas opiniones y polémicas no han de ser reseñadas aquí; pero episodios como las Leyes Nuevas, el plan de abandono de las Indias madurado en algún momento por Carlos V y al que tuvo que oponerse el propio Vitoria, y las Ordenanzas de descubrimientos que van adoptando nuevas actitudes —en particular la Instrucción de 1556 y las Ordenanzas de 1573— demuestran que tanto esfuerzo por parte de los críticos de la labor colonizadora no ha resultado inútil.

Concretándonos a las Ordenanzas de 1573, que recogen los criterios que finalmente adoptan Felipe II y su ministro Juan de Ovando


Títulos legítimos, según Vitoria
Seguros
Probables
a) Con relación a indios infieles
b) Con indios convertidos a la Fe
Indios amentes
VIII título
a) Príncipes legítimos
b) Tirano V Título
IV Título
a') Elección voluntaria
b') Derecho de guerra
VI Título Victoriano
a") Por impedir la libre comucación, el comercio, etc (I título)
b") Por impedir la predicación (II título)
c") Para defender a «algunos» indios conversos de las coaciones de sus señores infieles (III título)
d") Por alianza con grupos indígenas (VII título)

acerca de los títulos de soberanía, veremos que se trata de salvar al mismo tiempo los dos principios fundamentales que sobresalen entre la multitud de razones y argumentos alegados por los numerosos protagonistas de la controversia, a saber, la legitimidad de la concesión pontificia y el derecho natural de los indios a su libertad e independencia.

> Sólo ahora —escribe García-Gallo (*Las Indias en el reinado de Felipe II*)— se encuentra la forma de conciliar el tenor literal de la bula con la libertad de los indios. Ahora se entiende que la concesión de la bula se refiere al territorio y sólo a éste; no a los pueblos que lo ocupan. Por eso, como dueños del territorio, los reyes de España toman posesión de él mediante sus enviados y se establecen con pleno derecho en el mismo, aunque los indios se opongan, y pueden hacer guerra estrictamente defensiva de su derecho. Pero ni la bula, ni el descubrimiento, ni la ocupación confieren a los Reyes de España derecho alguno sobre los indios, porque éstos por Derecho natural son libres e independientes. Por eso, lo único que cabe hacer y hay que procurar es establecer tratados de alianza y amistad, que suponen una igualdad entre los españoles y los indios y en modo alguno la sumisión de éstos.

Cierto que las ordenanzas no formulan principios, sino que dictan medidas prácticas tendentes a procurar la voluntaria sumisión de los indígenas, prescriben que se les respete y dé buen trato, y precautoriamente regulan, para caso de hacerse necesaria, la represión tanto frente a los indios rebeldes como a los españoles que violasen las normas dictadas por la Corona. Se espera así obtener la obediencia de los indígenas a los reyes;

> esta obediencia, que es como en las Ordenanzas de 1573 se designa al reconocimiento y sumisión de los indios, crea el vínculo que une a éstos con el rey. Pero, al mismo tiempo, hace pleno en el territorio ocupado por ellos el señorío y jurisdicción universal que el rey tiene sobre todas las Indias, nacido de la concesión pontificia y consolidado por el descubrimiento y ocupación de todas ellas, tal como lo describe Juan de Ovando en el proyecto de Código indiano (9). Este pleno dominio del rey es el que le permite distribuir a los indios en repartimientos y ecomendar éstos a los españoles para que cuiden de evangelizarlos y civilizarlos, y cobrar tributos a los indios, aunque procurando obtener el consentimiento de éstos.

Y concluye García-Gallo:

> El que los principios hayan quedado establecidos en las Ordenanzas de 1573, no quiere decir que hayan desaparecido también los problemas que nacen de su aplicación. Así, por ejemplo, ante la resistencia y agresividad de ciertos pueblos se planteará en Chile, Filipinas y otras partes la legitimidad no sólo de defenderse de los ataques de los indios —guerra defensiva—, sino también la de castigarles para evitar nuevos ataques. O la legitimidad de exigir tributos de los indios cuando éstos, aunque obedecen a los reyes de España, no pueden considerarse plenamente sometidos. Pero cualesquiera que sean estos problemas, que los principios permanecen inmutables lo demuestra que los capítulos de las *Ordenanzas de nuevas poblaciones y descubrimientos* de 1573 se recopilan más de un siglo después en la *Recopilación de Indias* de 1680 en el libro IV, títulos 1 al 7.

Pero antes de revisar el tratamiento dado el tema de los justos títulos por la Recopilación, será oportuno detenerse en otro momento sobresaliente de la evolución de la doctrina al respecto: el estudio que de la legitimidad de la soberanía castellana en Indias realizó en el siglo XVII el más notable de los juristas de Indias, Solórzano Pereira.

La intervención de Solórzano en la espinosa cuestión se produce a partir de 1536. La polémica del siglo anterior es ya una historia pasada. Las aguas están tranquilas, y la política oficial se basa en las Ordenanzas de 1573, que en su momento cerraron las discusiones y dieron nacimiento a una decisión oficial que no vuelve a ser controvertida. Por otro lado, Solórzano conoce a fondo todo el problema tal y como se planteara un siglo antes. Ha leído a los autores, y se encuentra en condiciones de excepción para conocer igualmente las leyes. Precisamente es él quien en la mitad del XVII posee la llave de la legislación indiana: como consejero de Indias, y por encargo oficial del consejo, ha revisado el Proyecto de Recopilación de León Pinelo, quien a su vez había elaborado éste tenida cuenta de la totalidad de la obra legislativa de España para Indias. Razones diversas impidieron que esa Recopilación, obra de Pinelo bajo el control de Solórzano, se publicase; que si se hubiera promulgado y publicado se habría adelantado en casi medio siglo la existencia de la gran Recopilación indiana de 1680.

Estas circunstancias le permiten adoptar una postura particularmente objetiva y serena; es el

> jurista que con mejores condiciones de visibilidad del problema de los títulos que ninguno de los anteriores, por cuanto lo contempla ya a distancia, con perspectiva suficiente, nos va a dar la visión completa, de tonos realistas. El consejero indiano va a explicarnos, tras un minucioso examen de todos los títulos alegados en las pasadas controversias, el valor escueto de cada uno, sin añadirles ni quitarles nada de su efectividad.

Y continúa Manzano:

> En síntesis, el resultado de su minucioso análisis es éste: De todos los títulos alegados en tiempos anteriores por los juristas de los consejos y por los teólogos de las juntas extraordinarias, no hay ninguno de valor absoluto, suficiente por sí solo para justificar el dominio real en la totalidad del Imperio indiano. Títulos como los de la concesión pontificia, infidelidad e idolatría de los indios, etc., tenidos por idóneos y suficientes por muchos autores, habían sido discutidísimos y en gran parte desmontados y pulverizados por los teólogos dominicanos, los cuales, en su lugar, formularon otros más en armonía con el derecho natural. Solórzano, conocedor perfecto de los argumentos alegados por las opuestas tendencias, se ve en la necesidad de aquilatar hasta el máximo el valor de cada uno, tratando de salvar la parte más sana, menos vulnerable, de cada título, a fin de conseguir, a base de un conjunto y no de un título aislado, la justificación de la adquisición y retención de las Indias del mar Océano por los Reyes Católicos de España.

Como el propio Solórzano afirma, desvelando su pensamiento y su propósito: «Sin dar a ningún título más fuerça ni aprobación de la que por si mereciere, y esperando que juntos todos puedan acreditar y asegurar, a pesar de la embidia, el derecho y justicia de nuestros reyes y señores».

También reúne Manzano en un esquema los títulos revisados por Solórzano.

La clasificación de Solórzano es muy clara: unos títulos le parecen de general aceptación pero de aplicación parcial, pues solamente serían efectivos en aquellos lugares y para aquellos pueblos en que se diesen las circunstancias de las que nace el título correspondiente. La segunda serie, en cambio, que contiene títulos que de ser ciertos justificarían el

Títulos útiles o aprovechables, según Solórzano Pereira	Con valor parcial	A) El descubrimiento y la ocupación. B) El barbarismo de los indios. C) Por impedir la predicación. D) Alianza en guerra justa.
	Con valor general, pero muy discutido	A) Donación especial de Dios. B) Elección voluntaria. C) Infidelidad o idolatría de los indios. D) Concesión imperial. E) Concesión pontificial.

dominio sobre la totalidad de las Indias, pero en cambio no resultan aceptables para una parte de la doctrina.

Conviene fijar particularmente la atención sobre precisamente dos de esos títulos, el primero y el último, los dos que aparecieron primeramente en escena con ocasión de la gesta colombina. El descubrimiento y conquista aparece, en el cuadro anterior, como un título seguro pero aplicable tan sólo a una parte de las Indias. No quiere ello, lógicamente, decir que para Solórzano existan Indias sometidas al dominio español en las que el descubrimiento y la conquista no hayan tenido lugar; el sentido de la clasificación del título en el lugar que le asigna Solórzano está en que, para éste, solamente será alegable tal título cuando las tierras descubiertas y ocupadas —observamos que Solórzano, en efecto, habla de ocupación y no de conquista— estuviesen deshabitadas, y esa circunstancia no puede alegarse para la mayor parte de las nuevas tierras ultramarinas. Las tierras poseídas por indios con anterioridad a su descubrimiento y ocupación no podían ocuparse en

base a este título, según la argumentación que en su día ofreciera Vitoria y en la que apoya su parecer Solórzano.

> Propone el mismo Vitoria —escribía Solórzano— otro título, por donde se puede justificar mucho la adquisición de estas Indias, que es el aver sido los castellanos los primeros, que por mandado de los Reyes Católicos las buscaron, hallaron y ocuparon; ...y verdaderamente, para las Islas y tierras que hallaron por ocupar, y poblar de otras gentes, ó ya porque nunca antes las huviesen habitado, ó porque si las habitaron se passaron á otras, y las dexaron incultas, no se puede negar que (este título) lo sea, y de los más conocidos por el Derecho natural, y de todas las gentes, que dieron este premio á la industria, y quisieron que lo libre cediese a los que primero lo hallassen y ocupassen.

(en la *Política Indiana*, como las restantes citas de Solórzano que ofrece Manzano).

Y el propio Manzano, refiriéndose al último de los títulos del esquema, escribe:

> Pero, en realidad, el título que merece las mejores preferencias del autor es el de la donación alejandrina a los reyes españoles, contenida en la famosa Bula *Inter Coetera* de 4 de mayo de 1493. Ello era lógico y natural. Salvo el momento de vacilación por parte del emperador en la Junta de Indias de 1542, había sido el título fundamental sobre el que se asentaba el dominio regio en las Indias Occidentales... Y aún después de la enconada disputa de 1550-51, el título pontificio permanecía incólume, constituyendo la principal base jurídica de los soberanos castellanos en orden a la incorporación del nuevo reino indiano a la monarquía de Castilla y León.

De hecho, la argumentación de Solórzano viene a testificarnos que las disputas fueron tema de estudiosos cuya complejidad influyó relativamente poco en la legislación. Ésta se mantuvo fiel ante todo y sobre todo a los dos títulos últimamente considerados, el descubrimiento y ocupación y la concesión papal. El primero, porque desde la época romana fue siempre un título jurídico de dominio, sin la limitación —introducida por los teólogos y que no llegó a tener proyección práctica— de que las tierras descubiertas y ocupadas no se encontrasen habitadas. Por el contrario, toda la historia de la expansión de las civilizaciones superiores sobre los pueblos que el Imperio de Roma clasificó de bár-

baros se ha hecho durante todos los siglos que desde entonces corren hasta nosotros descubriendo y ocupando tierras habitadas. La concesión papal, porque fue el gran título medieval, la aportación de la cristiandad en la edad media al tema de las colonizaciones, sobre la base de que la fe es el supremo valor, de que fuera de la Iglesia no hay salvación, de que llevar la fe a los pueblos que la desconocen es el mayor bien que cabe hacerles y una obligación del papado y de los príncipes cristianos, y de que la conquista —a poder ser pacífica— de esos pueblos es el único medio realmente eficaz de lograr su conversión. Todavía la conversión no se concibe como un acto individual, fruto de la acción de la gracia en cada alma; la conversión es un acto colectivo en que el pueblo sigue a su príncipe, como los francos se habían convertido con Clodoveo, los visigodos con Recaredo, o los bizantinos, los alemanes de algunos señoríos y los ingleses habían abandonado a Roma cuando la abandonaron sus respectivos señores, y por lo que hace a protestantes y anglicanos ciertamente, a la vez que Castilla está buscando en las Indias la conversión de los caciques para lograr la de sus pueblos.

Resultado final de la obra de Solórzano es la Recopilación de 1680, el supremo texto legislativo emanado nunca para el gobierno de las Indias españolas. Sabíamos, en efecto, que la historia de las recopilaciones, a lo largo de los siglos XVI y XVII, culminó con la elaborada por Antonio de León Pinelo, si bien la obra recopiladora pineliana nos era por desgracia desconocida, por haberse perdido y no haber sido jamás hallada. La relación entre la Recopilación de Pinelo y la de 1680, obra finalmente de Paniagua, se sospechó siempre que fuese muy grande, pero nunca se había podido comprobar. El reciente hallazgo de la Recopilación de Pinelo por el profesor Ismael Sánchez Bella (de la que él mismo, coautor de este libro, informa aquí; debe verse también su estudio *Hallazgo de la Recopilación de Indias de León Pinelo*) ha permitido comprobar la estrecha dependencia (más del ochenta por ciento) de la obra de Paniagua con relación a la preparada por Pinelo y revisada por Solórzano y Palafox.

Porque consta con evidencia que Solórzano intervino en tal revisión, y que respetó lo realizado por Pinelo. Manzano lo explica así:

> El texto de la Recopilación ultimado por León Pinelo en octubre de 1635, y revisado y adicionado posteriormente por Solórzano, con el asesoramiento de aquél, en los siete meses comprendidos entre esa

> fecha y el 30 de mayo de 1636, nos es desconocido. Sí sabemos que ese proyecto fue examinado inmediatamente después y puesto a punto de impresión por el Consejo de Indias en pleno, quien por espacio de casi dos años... se encargó de su revisión y ajuste definitivo. Por mandato del rey, el proyecto pasó, en 1637, a poder de una comisión especial codificadora, formada por los consejeros Solórzano, Palafox y Santelices, la cual nada añadió al trabajo anterior. Pasados los años, y muerto León Pinelo (1660), se nombra otra Junta recopiladora, la cual auxiliada por Ximénez Paniagua, sustituto de Pinelo, fue la que, tomando como base los trabajos de León Pinelo y Solórzano, los cuales se vieron a la letra y censuraron en ella, ultimó el cuerpo de las leyes definitivo que alcanzó la sanción regia en 1680.

Despejada la incógnita en la que Manzano se mueve sobre la relación entre la obra de Pinelo y la Recopilación definitiva, no nos cabe ya duda de que Solórzano —estudioso que ha desarrollado en su obra como jurista el tema de los títulos, recopilador que ha revisado ese mismo tema en la Recopilación pineliana que pasa a la de Paniagua— resulta un buen enlace ideológico entre las antiguas polémicas, que conoce, somete a examen y resume, y las leyes recopiladas, en las que tuvo mano tan directa. Y, en efecto, después de haber dejado expuesto que el título de soberanía favorito de Solórzano es el de la concesión papal, en nada puede soprender el contenido de la Ley 1.ª del título 1.º del libro III de la Recopilación de 1680, cuyo tenor es el siguiente:

Ley primera. Que las Indias Occidentales estén siempre unidas a la Corona de Castilla, y no se puedan enagenar.

El Emperador D. Carlos en Barcelona á 14 de Septiembre de 1519. El mismo, y la Reyna Doña Juana en Valladolid á 9 de Julio de 1520. En Pamplona á 22 de Octubre de 1523. Y el mismo Emperador, y el Príncipe Gobernador, en Monzón de Aragón á 7 de Diciembre de 1547. D. Felipe II en Madrid á 18 de Julio de 1563. D. Carlos II, y la Reina Go-

Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos Señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano, descubiertas, y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla. Y porque es nuestra voluntad, y lo hemos prometido y jurado, que siempre permanezcan unidas para su mayor perpetuidad y firmeza, prohibimos la enagenación de ellas. Y mandamos, que en ningún tiempo puedan ser separadas de nuestra Real Corona de Castilla, desunidas, ni divididas en todo, ó en parte, ni sus Ciudades, Villas, ni Poblaciones, por nin-

bernadora en esta Recopilación.

gún caso, ni en favor de ninguna persona. Y considerando la fidelidad de nuestros vasallos, y los trabajos que los descubridores, y pobladores pasaron en su descubrimiento y población, para que tengan mayor certeza y confianza de que siempre estarán y permanecerán unidas á nuestra Real Corona, prometemos, y damos nuestra fe y palabra Real por Nos, y los Reyes nuestros sucesores, de que para siempre jamás no serán enagenadas, ni apartadas en todo ó en parte, ni sus Ciudades, ni Poblaciones por ninguna causa, ó razón, ó en favor de ninguna persona; y si Nos ó nuestros sucesores hiciéremos alguna donación ó enagenación contra lo susodicho, sea nula, y por tal la declaramos.

Con buen sentido supone Manzano que la referencia, en la data, no solamente a leyes de D. Carlos y Felipe II, sino también a Carlos II «en esta Recopilación», ha de significar que una parte del texto citado es nueva, introducida por los recopiladores en algún momento del proceso que a lo largo del XVII condujo a la formación definitiva de la Recopilación. Y el mismo autor demuestra que la parte nueva es precisamente la primera, aquellos párrafos iniciales de la ley que fijan el título de soberanía:

> El último asiento de la data, D, Carlos II y la Reyna Gobernadora, en esta Recopilación, indica que los recopiladores... añadieron en el texto de la ley una parte nueva; ...(la lectura atenta de las cédulas citadas en la data)... nos lleva a la conclusión de que la parte nueva de la ley, sancionada ahora por D. Carlos II, es precisamente la primera... El resto de la ley, referente a la unión perpetua de las Indias a Castilla y a la prohibición de enagenarlas en ningún tiempo, está sacado de las cinco Reales Cédulas de Carlos V y Felipe II. Y lo más curioso y extraño del caso es que esta parte segunda de la ley es la que precisamente concuerda con el epígrafe general de la misma (Que las Indias Occidentales estén siempre unidas a la Corona de Castilla, y no se puedan enagenar), epígrafe que en todos los casos viene a ser la formulación abreviada del precepto legal inserto a continuación. Si nos atenemos al epígrafe, la ley resulta completa y perfecta, aun pres-

cindiendo de la primera parte. De todo lo cual se desprende que muy probablemente los recopiladores añadieron el extenso párrafo del comienzo de la ley, referido a los justos títulos de dominación sin modificar para nada el epígrafe primitivo, limitándose a añadir en la data primitiva, ya formada, el Carlos II en esta Recopilación, ¿Quién es el autor de esta adición? Para nosotros, Solórzano Pereira.

La comparación del texto nuevo de la ley recopilada con un texto de la *Política Indiana* viene en apoyo del aserto:

Política Indiana
para la adquisición de que tratamos (la de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano) concurrieron sobre la concesión pontificia, otras varias causas y títulos que la pusieron del todo fuera de escrúpulo.

Recopilación de 1680
Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos Señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano, descubiertas y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla.

La lectura, de un lado, de la totalidad del texto legal que estamos analizando, y de otro de la breve cita de Solórzano, resultan suficientemente demostrativas. El título de donación pontificia se ha transformado en el título que por antonomasia justifica la soberanía castellana en las Indias; todo el resto de los títulos alguna vez alegados se transforman a su vez, en la Recopilación, en «otros justos y legítimos títulos». La Corona, y con ella los medios oficiales y la ciencia jurídica indianista, hizo, pues, una clara opción, al término de las polémicas que airearon los aspectos positivos y negativos de cada uno de los títulos posibles.

El actual estado de la investigación, con el hallazgo del texto de la Recopilación de Pinelo, ha venido a confirmar cuanto decimos, confirmando la atribución de Manzano a Solórzano del párrafo nuevo que encabeza la Ley 1.ª del título 1.º del libro III de la Recopilación de 1680. En efecto, por vez primera nos es dado comparar esa ley en Pinelo y en la Recopilación, mediante la consulta de la obra de aquel que Sánchez Bella tiene en prensa y que gentilmente ha puesto a nuestra disposición. Líneas arriba hemos insertado el texto completo de la referida ley en la Recopilación de Carlos II. Veamos ahora ese mismo texto en la *Recopilación* de León Pinelo:

Libro III, 2, ley 1: «Ques las Indias sean de la Corona de Castilla y León y no se pueda enagenar en todo ni en parte».

El emperador Carlos y La Reyna doña Juana en Valladolid a 9 de Julio de 1520. General 518, fol. 234. (Encinas) tomo 1, p. 58.

Acatando la fidelidad de las nuestras Indias y los travajos que los conquistadores y pobladores de ellas pasaron y pasan en su población y pacificación y porque más se enoblezcan y puebLen como quieran, que por estar como assi está jurado y contenerse assi en la Bula de la Donación que por la Santa Sede Apostólica fué fecha a los reyes, nuestros proxenitores y a sus subcesores, no había necesidad de nueva seguridad; porque los vezinos y pobladores de las dichas Indias tengan mayor certinidad y confiança dello, prometemos y damos nuestra fee y palabra real que aora y de aqui adelante y en ningún tiempo del mundo las Islas y Tierra Firme del mar Occeano, descubiertas y por descubrir, ni parte alguna ni pueblo dellas no será enagenado ni le apartaremos de nuestra Corona Real nos ni nuestros herederos ni subcesores en la Corona Real de Castilla y León, sino que estarán y las ternemos como a cosa yncorporada en ella y si necesario es, de nuevo las yncorporamos y metemos y mandamos que en ningún tiempo puedan ser sacadas ni apartadas ni enagenadas ni parte alguna ni pueblo dellas por ninguna causa ni razón que sea o ser pueda por nos ni por dichos nuestros herederos ni subcesores, y que no haremos merced ninguna dellas ni de cosa dellas a persona alguna y que si en algún tiempo o por alguna causa nos o los dichos nuestros subcesores hicieremos cualquier donación o enagenación o merced, sea en sí ninguna y de ningún valor y efecto y por tales desde agora para entonces las damos y declaramos.

Secundario es el hecho, aunque no queremos dejar de mencionarlo, de que aparentemente las fuentes de la Recopilación de 1680 para esta ley son más numerosas que las de Pinelo, quien solamente cita la

Cédula de Valladolid de 1520, dando la impresión de que desconociera otras y de que en este punto Paniagua ha enriquecido el texto con el recurso a varias otras disposiciones legislativas. No es sin embargo tal el caso. Pinelo, en efecto, añade a esta Ley 1.ª otras tres; la 2.ª lleva esta rúbrica: «Que la Nueva España no se enagenará perpetuamente de la Corona» («El Emperador don Carlos en Pamplona a 22 de Octubre de 1523. Nueva España 518, folio 173, [Encinas] tomo 1, p. 59»). La 3.ª lleva como rúbrica. «Que la provincia de Tlaxcala no se enagerá de la Corona» («El Emperador don Carlos y la Emperatriz, governando, en Madrid a 13 de Março de 1535. Don Phelipe II allí a 18 de Julio de 1563, folio 108 [Encinas] tomo 1, p. 60»). Y, en fin, la Ley 4.ª tiene esta rúbrica: «Que la Isla Española no se enagenará de la Corona» («El Emperador don Carlos en Barcelona a 14 de setiembre de 1519. [Encinas] tomo 1, p. 59»).

Luego Pinelo conoce toda la documentación que conoce Paniagua, y este último ha reunido la totalidad del tema, que en Pinelo se dispersa en cuatro leyes, en una sola, que naturalmente reúne también en la data la totalidad de las fuentes utilizadas por Pinelo, quien además muestra que está siguiendo a Encinas, cuyo Cedulario sabemos que utilizó, estableciéndose así una clara línea de continuidad en la normativa que a lo largo de los siglos XVI y XVII se va consolidando hasta quedar definitivamente recopilada.

El texto de la ley, tal como lo redacta Pinelo, viene a abonar cuanto hemos dicho hasta ahora, y cuanto había deducido Manzano antes de conocerse el texto pineliano que ahora por vez primera podemos utilizar. Para Pinelo no hay otro título de la soberanía que la concesión pontificia: «La Bula de la Donación que por la Santa Sede Apostólica fue fecha a los reyes, nuestros proxenitores y a sus subcesores». Un título, como evidencian estas palabras, perpetuo; y único en cuanto que es el único que menciona. Bien es cierto que el objetivo de la norma que Pinelo convierte en Ley 1.ª del título 2.º de su libro III no es proclamar la legitimidad del dominio castellano en Indias; de la lectura de la ley se obtiene la seguridad de que eso lo da como algo indiscutible, un presupuesto establecido y seguro. Y en la misma línea se ocupa del tema Paniagua: también el epígrafe de la Ley 1.ª del título 1.º del libro III de 1680 es prueba de que al legislador no le preocupa proclamar la legitimidad de la soberanía castellana en Indias, puesto que lo da por supuesto al redactar su rúbrica. Pero, sin embargo, Paniagua sí incluye

el añadido sin el que la rúbrica seguiría teniendo valor, y cuya importancia agudamente notó Manzano. Es obvio que la declaración de legitimidad de la soberanía con base en las bulas y otros títulos, tal como está en la Recopilación de 1680, no aparece en Pinelo. Este autor sí que habla, como de pasada, de la concesión papal, único título que menciona. Luego Solórzano, como ha quedado visto, introduce la proclamación de ese título como el principal que la ley reconoce como base de la soberanía, y añade el recuerdo de otros títulos más, que no especifica. Esto lo hace en la *Política Indiana*. ¿Lo hizo también al revisar la obra de Pinelo —obra que revisó dos veces, como se sabe— introduciendo en la ley pineliana lo que luego será el primer párrafo de la ley recopilada de 1680? No poseemos otro texto de la recopilación de Pinelo que el descubierto por Sánchez Bella; parece ser el de 1535, es decir, el que preparó Pinelo, antes de ser revisado por Solórzano. La identidad entre un texto de la *Política Indiana* y el inicio de la Ley 1.ª, 1.°, III, de 1680, obliga a pensar que o Paniagua leyó la *Política* y decidió copiarla en un añadido al texto de Pinelo, o fue el propio Solórzano el que hizo esto, y del texto de Pinelo completado por Solórzano tomó Ximénez Paniagua la redacción definitiva de 1680. Con lo que la intuición de Manzano ha venido a confirmarse, y podemos dar por cierto que la lenta obra legislativa de siglo y medio, desde Carlos I a Carlos II, ha concluido cuajando en una proclamación oficial y solemne del título de la donación papal como base de la soberanía castellana en Indias, al cual coadyuvan varios otros títulos justos y legítimos, cuya importancia es tan menor que no se hace preciso mencionarlos, pues el primero bastaría para el fin que se pretende.

Hay otro título mencionado de un modo indirecto —ningún otro salvo éste es objeto de mención de ningún tipo— tanto en Pinelo como en Paniagua. Pinelo habla de los «conquistadores y pobladores» que con trabajos de conquista, población y pacificación se han hecho acreedores a la protección perpetua de la Corona. Paniagua se refiere a los «descubridores y pobladores» cuyos trabajos merecen no sólo una recompensa sino la seguridad de que se verán siempre respaldados por la Corona. Como tal seguridad se plantea el compromiso —nada menos que la Real palabra dada en nombre también de los reyes futuros— de no enagenar las Indias por causa alguna. Estamos ante el título del descubrimiento, el segundo de los preferidos por Solórzano. Mediante el descubrimiento, conquista, población y pacificación de las Indias, la

Corona ha adquirido físicamente las tierras que el papa les concedió, y ese título, puesto que apoyado en un derecho de ocupación precedente, se transforma en un segundo apoyo a la legitimidad del dominio español en ultramar.

Apoyada la posesión de las Indias en tan sólidos títulos, Solórzano podrá escribir que la legitimidad de la soberanía castellana queda «fuera de escrúpulo». He aquí la única huella, en el siglo XVII, en los textos legislativos recopilados o en los que directamente los inspira, de las pasadas polémicas en su momento álgido, cuando se supone que la conciencia del Emperador pudo dudar sobre la justicia de la propia empresa y no sólo sobre la justicia de los métodos empleados para llevarla a cabo. En el «fuera de escrúpulo» de Solórzano hay una alusión verdaderamente explícita a las antiguas dudas, y no cabe una referencia que sea más clara al pasado ni mayor rotundidad en la afirmación presente de la justicia de la causa española en Indias.

Ninguna duda tampoco durante el siglo XVIII. Es cierto que el título de la concesión papal, a esas alturas de la historia, no posee apoyo doctrinal, habiéndose perdido por completo toda huella de aceptación de la teocracia o teoría de la potestad directa de los romanos pontífices en las cuestiones temporales. Sin embargo, en España la concesión pontificia siguió considerándose un título indiscutible. Dos siglos antes, Vitoria se quejaba de que quien negase la validez de tal título era tildado de enemigo de los reyes y de cismático:

> Si lo condenáis así ásperamente (el título papal), escandalízanse, y los unos allegan al Papa, y dicen que sois cismático porque pones duda en lo que el Papa hace, y los otros allegan al Emperador, que condenáis a S.M. y que condenáis la conquista de las Indias.

Un siglo antes, Solórzano afirmará que a la legitimidad del título de la concesión pontificia se oponen muy pocos, y esos son herejes o al menos audaces enemigos de la potestad pontificia. Algunos extranjeros, en particular herejes, «escriben libre y atrevidamente contra la conquista española» y «otros católicos no tienen por muy subsistente la concesión pontificia». Y añade:

> la contraria opinión tiene por sí otros, que son muchos más en número y en autoridad, que la fundan con razones muy eficaces. Y pa-

> rece que ponerla en duda es querer dudar de la grandeza y potestad del que reconocemos por Vicedios en la tierra. Y dezir que la Iglesia ha errado en tantas concesiones como en varios siglos ha hecho, semejantes a la que Alejandro VI hizo a los Reyes Católicos, y aun por causas menos justas y urgentes.

Aceptado el título de la concesión papal como indiscuso, no se mantienen al respecto polémicas en el siglo XVIII, al que preocupan otros temas distintos de la a esas horas bisecular soberanía española en Indias, la cual está reconocida por todas las potencias y es una realidad política firme en todo el mundo. Sin embargo, y limitándose al terreno de lo doctrinal, nadie podía ignorar entonces que la base doctrinal de la Teocracia había hecho crisis de modo absoluto. Pero, aún así, hubiese podido alegarse un argumento en favor de la eficacia y justicia —si no de la legitimidad— del título papal como fundamento del dominio castellano en sus tierras de ultramar. Es un argumento que se utilizó mucho en favor de la perpetuidad de la concesión de los diezmos a la Corona, como hemos estudiado en algunos trabajos destinados al análisis de la cuestión decimal. Cuando se quiso suponer que los diezmos, con el paso del tiempo, podían revertir a la Iglesia que los concedió a principios del siglo XVI a la Corona, por decisión de algún papa que así lo estableciese, se argumenta que la cesión de diezmos fue parte de un compromiso en el que cada parte recibía y daba algo: la Iglesia daba los diezmos, y el Estado se comprometía a sufragar el costo de la instauración, establecimiento y desarrollo del cristianismo en Indias. Cumplida su parte por el Estado, la Iglesia no podía dejar de cumplir la suya, lo cual convertía en irrevocable y por tanto perpetua la cesión decimal, como perpetua era la conversión de las Indias a la Fe y el establecimiento allí de la Iglesia.

En esta línea, puede pensarse que la Corona ha recibido un encargo, el de cristianizar las Indias, y como forma de facilitar su cumplimiento ha recibido la soberanía. Aunque posteriormente resultase que la Santa Sede carecía de poder para tal concesión de orden temporal, al haberla, de hecho, dictado en buena fe —de acuerdo con la doctrina dominante en la época— y haber el Estado aceptado la carga de la cristianización que la soberanía llevaba aparejada, no podría luego negarse esa soberanía, adquirida mediante un título jurídicamente válido cuando se hizo la concesión y al cual la Corona ha correspondido con el pleno cumplimiento de la condición aneja.

No hemos encontrado esta argumentación en ningún texto doctrinal del XVIII de cuantos conocemos, pero muy probablemente ello se deba a que la cuestión de los justos títulos es en ese tiempo un tema obsoleto. De hecho, solamente fue objeto de controversia durante el siglo XVI; durante el XVII, quedó fijada la doctrina, y la Recopilación fijó, asimismo la norma recogiendo lo que había sido constante en toda la obra legislativa precedente. Después de este momento, el problema ha dejado de existir.

VI

LA «GUERRA JUSTA» Y LA POLÉMICA SOBRE LOS MÉTODOS

Anterior en el tiempo a la crisis del tema de los justos títulos, y estrechamente ligada con la misma, fue la crisis de los métodos aplicables a la empresa de ocupación y conquista. Como al comienzo de estas páginas escribíamos, y es además común en toda la historia americanista, fue el sermón de fray Antón Montesinos, predicado en *La Española* el primer domingo de Adviento de 1511, ante don Diego Colón y la plana mayor del gobierno español en las Indias, el detonante que puso en marcha un larguísimo proceso de revisión de los métodos de conquista de las Indias y de trato a los indígenas. En realidad, el problema es mucho más importante que el de los títulos en cuanto que nadie puso realmente nunca en duda la legitimidad de la soberanía castellana; los propios Las Casas y Vitoria, como ha quedado dicho, en sus pasajes de más intensa crítica a los títulos tratan siempre de encontrar alguno que permita la continuidad de la empresa indiana; las tintas las cargan sobre todo en el terreno de los métodos. Y esta segunda polémica, que sería simple denominar como la de la guerra justa —pues abarca también el trato dado a los indios legítima y justamente incorporados al dominio de los reyes—, sí que dio lugar a una legislación constante, rica y muy variada, que fue evolucionando en sentido siempre más favorable a medida que el tiempo avanzaba y con él el conocimiento de los abusos y la experiencia del trato con los aborígenes. En este terreno no sería citable una norma: la historia del Derecho español en las Indias cuenta con centenares de normas de toda procedencia que tratan de establecer la justicia en los métodos descubridores, de ocupación, de población, de trato con los indios y de régimen jurídico de éstos bajo la soberanía española. Esa es una preocu-

pación constante de los legisladores, tanto civiles como eclesiásticos, en normas de la Corona y de los poderes subalternos y en la legislación de los concilios provinciales y diocesanos. De hecho, y por encima de los múltiples abusos que pudieran detectarse, ese es el mayor timbre de gloria de una obra legislativa como la llevada a cabo por España para sus reinos ultramarinos.

Las primeras referencias a la acción a llevar a cabo en las nuevas tierras se encuentra lógicamente en las Capitulaciones de Santa Fe. En ellas mismas se da por supuesto que Colón «ganará» las tierras que descubra, y que ejercerá en ellas el gobierno en nombre de los reyes, e igualmente se da por supuesto que obtendrá riquezas, bien mediante el comercio bien asimismo «ganándolas». Idénticos conceptos aparecen en el Privilegio de 30 de abril de 1492 que siguió a las Capitulaciones; los términos son en efecto semejantes:

> Por cuanto vos, Christóbal Colón, vades por nuestro mandado a descobrir e ganar...
>
> Es nuestra merced e voluntad que vos... seádes nuestro Almirante e visorrey e Gobernador en ellas (en las tierras que descubriese y ganase).

Ninguna indicación, en cambio, sobre el modo en que se ha de proceder para lograr la mencionada ganancia.

Por segunda vez vuelve a tratarse del descubrimiento y conquista, en un documento legal, en las Bulas de mayo de 1493. Procediendo de la autoridad eclesiástica, su contenido ha de referirse a la cristianización, solamente bajo este aspecto se menciona a los habitantes de las tierras, es decir, como sujetos de la predicación de la fe; sin embargo, se da también por supuesto que las tierras y sus habitantes han de ser sometidos a la Corona:

> Considerasteis —dice Alejandro VI a los Reyes Católicos en ambas *Inter coetera*— según la costumbre de los reyes vuestros progenitores, de ilustre memoria, someter a vosotros, con el favor de la clemencia divina, las tierras e islas ya mencionadas y a sus residentes y habitantes.

Nada a su vez en tales textos que haga referencia a métodos, ni siquiera a que se trate a los indígenas de determinado modo, o se cuente con su voluntad a la hora de pedirles la sumisión en el terreno temporal.

Es sabido que a las Capitulaciones colombinas les siguió un sistema de capitulaciones, firmadas por los reyes con múltiples descubridores y conquistadores, y que fueron la base de la amplia labor de progresiva ocupación de las Indias por parte de los españoles en los años siguientes y siempre. El sistema preveía que se notificase a los habitantes de las tierras descubiertas el derecho de los monarcas castellanos a hacer ocupar sus tierras y se les requiriese para «que estoviesen a nuestro servicio». Naturalmente, las reacciones fueron muy diversas, desde la aceptación voluntaria a la resistencia; en 1511, como recuerda Manzano, la reina doña Juana determinó autorizar la esclavitud de los indios que

> resistiesen o no quisieren rrecibir e acojer en sus tierras a los capitanes e gentes que por mi mandado fueren a fazer los dichos viajes e oyrlos para ser doctrinados en las cosas de nuestra santa fee católica, e estar a mi servicio e so mi obediencia

(Provisión real sobre hacer guerra a los indios caribes y tomarlos por esclavos, Burgos, 24 de diciembre de 1551).

En esa fecha ya había Montesinos pronunciado su sermón, atacando precisamente tanto la guerra injusta y la esclavitud como el sistema de encomiendas y en general los abusos cometidos por los españoles al conquistar las Indias y someterlas a explotación.

La reacción del rey don Fernando —regente y verdadero gobernante de Castilla en esos años, hasta su propia muerte en 1516— ante tales denuncias fue de sorpresa. Inicialmente ordenó a don Diego Colón que se tomasen medidas contra el dominico; el rey partía de la base —real desde luego— de que la legislación por él dictada era justa, entendiendo que en las capitulaciones de descubrimiento y conquista se establecía un sistema de voluntaria sumisión de los indígenas y que los repartimientos y encomiendas constituían un medio de cristianizar y civilizar a los naturales. Los abusos no menos reales que habían hecho degenerar pronto el sistema no le eran conocidos. Mejor informado, tomó en cuenta la denuncia; Montesinos mismo compareció en la metrópoli para ser escuchado, y también fueron llamados con este fin representantes de los encomenderos; y tuvieron lugar una serie de reuniones en Burgos en 1512, junta de teólogos y juristas que escuchó a ambas partes y estudió

seriamente la situación. El resultado son Las Leyes de Burgos, primeras dictadas específicamente para proteger a los indios, a los que ya el Codicilio del testamento de Isabel la Católica, fallecida en 1504, había declarado súbditos libres de la Corona de Castilla.

La situación que las personas reunidas en la Junta de Burgos han de afrontar queda bien resumida con estas palabras de Manzano:

> Comenzaban a advertir ya el grave error cometido en el caso de los indios. Por el siemple hecho de su infidelidad, habíase equiparado su condición a la de los infieles clásicos (turcos y moros) y, en consecuencia, las capitulaciones concertadas entre los reyes y los presuntos descubridores autorizaban la conquista de los reinos bárbaros de América. La penetración castellana en el nuevo continente tenía lugar en la misma forma violenta que la que por aquélla época se empleaba en los territorios de la costa africana. No se había reparado en la desigual condición de unos y otros. Los infieles últimamente descubiertos vivían pacíficamente en sus tierras («muchas gentes, que pacíficamente viven...», expresan las bulas de donación y partición), no habían causado injuria a los cristianos —única causa de guerra justa—, y, por ende, la ocupación llevada a cabo contra su voluntad suponía un incalificable atropello. La campaña nueva tendería a conseguir de los monarcas Católicos la declaración de ilegitimidad del sistema de conquistas.

La Junta de Burgos, y la celebrada a continuación en Valladolid, llegó finalmente al acuerdo de la legitimidad de la empresa indiana en base a la donación pontificia: «el único título que legitimaba la dominación de los reyes de Castilla sobre las tierras americanas era la concesión que, mirando al bien espiritual de aquellos pueblos... les había otorgado la Santa Sede», según escribe Gullón glosando unas palabras de Palacios Rubios, uno de los miembros, y muy significado, de las mencionadas Juntas: «Esta donación —escribía Palacios al rey— fue necesaria, porque sin ella ni Vuestra Majestad ni ningún otro príncipe secular podía ocupar aquellas islas o hacerles guerra».

El resultado de los acuerdos de la Junta de Burgos y Valladolid fue sobre todo el Requerimiento. Llamamos así a un documento, cuya redacción parece que se debió a Palacios Rubios, en el que se expone a los indios, con detalle y por extenso, todo el tema: la existencia de un único verdadero Dios, el papado como representación suya en la

tierra, la concesión hecha por el papa a los reyes de Castilla, el derecho consiguiente de éstos a ocupar las Indias, y en consecuencia el deber de los indios de someterse a la soberanía real y aceptar la fe de Cristo. Tal documento debía leerse a los indígenas antes de hacerles guerra, dándoles así la oportunidad de una aceptación voluntaria de su nueva situación. Sólo, como expresa el propio Requerimiento, si los naturales se niegan a aceptar lo que se les propone, que

> rreconoscays a la Yglesia por señora y superiora del universo mundo y al Sumo Pontífice, llamado Papa, en su nombre, y al Rrey a la Rreyna nuestros señores, en su lugar, como a superiores e señores e rreyes desas yslas y tierra firme, por virtud de la dicha donación, y consintays y deys lugar que estos padres rreligiosos vos declaren y prediquen lo suso dicho... Sy ansi los hizierdes hareys bien y aquello a que soys tenidos y obligados, y sus Altezas y yo (el yo se refiere al capitán que lee el documento antes de establecer la soberanía castellana a un grupo de indios), en su nombre, vos rrecibiran con todo amor y caridad y vos dexarán vuestas mugeres, hijos y haziendas libres, sin servidumbre para que dellas y de vosotros hagays libremente todo lo que quisierdes e por bien tubierdes y no vos conpeleran a que vos torneys christianos salvo sy vosotros ynformados de la verdad os quisierdes convertir a nuestra santa fee catolica como lo han hecho casy todos los vecinos de las otras yslas y allende desto su Alteza vos dará muchos privilejios y esenciones y vos hará muchas mercedes... Dicho ya lo cual,... sy no lo hizierdes o en ello dilacion maliciosamente pusierdes, certificoos que con el ayuda de Dios yo entraré poderosamente contra vosotros y vos haré guerra por todas las partes y maneras que yo pudiere y vos subjetaré al yugo y obediencia de la Yglesia y de sus Altezas y tomaré vuestras personas y de vuestras mugeres e hijos y los haré esclavos y como tales los venderé y disporné dellos como su Alteza mandare, y vos tomaré vuestros bienes y vos haré todos los males e daños que pudiere como a vassallos que no obedecen ni quieren rrecibir a su señor y le rresisten y contradizen y protesto que las muertes y daños que dello se rrecreciere sea a vuestra culpa y no de su Alteza ni mia ni destos cavalleros que conmigo vinieron.

El documento fue llevado a América por vez primera por la expedición de Pedrarias Dávila; de la seriedad con que el rey esperó el resultado de las Juntas de Burgos y Valladolid es prueba el que Pedra-

rias, preparado desde tiempo atrás para el viaje, hubo de aguardar hasta que las juntas concluyeron su tarea y le entregaron el Requerimiento, que fue leído por vez primera a unos indios por Fernández de Enciso, como este mismo testifica: «el primer requerimiento que con él se hizo lo hice yo en el Puerto de Cenú a los caciques del lugar de Catarapa».

Que los indios no podían entender el largo y complejo texto del requerimiento nos resulta hoy totalmente obvio, y por tanto podemos poner todas las dudas del mundo sobre su eficacia en orden a obtener una sumisión verdaderamente libre de los indígenas y, por tanto, en orden a la justicia de la guerra hecha a los refractarios.

Mal que bien, el Requerimiento tranquilizó la conciencia real y permitió continuar la conquista, bajo leyes desde luego más favorables para los indios que se sometían a la Corona, perso sin duda siempre dentro del sistema de conquista militar violenta cuando este caso no se daba.

Un nuevo paso lo supone el nombramiento de fray García de Loaysa, obispo, dominico y confesor del emperador, como primer presidente del recién constituido Consejo de Indias. La política bajo Fernando el Católico, en relación con las Indias, había estado sobre todo en manos del obispo Fonseca, de hecho ministro de ultramar —en terminología moderna—, y escasamente sensible a la problemática de la justicia. Loaysa, miembro de la orden que se había erigido con mayor empeño en defensor de los naturales de América, supondrá un cambio de política. Obra suya es la *Carta del Emperador* dada en Granada en noviembre de 1926, que si bien mantiene la obligación de ejecutar el Requerimiento como hasta entonces —de hecho en 1533 lo llevará aún Pizarro a la conquista del Perú— introduce algunas nuevas medidas protectores de los indios, como la referente a la presencia obligada de dos religiosos o clérigos en toda hueste conquistadora, encargados de controlar los actos del jefe de la expedición y autorizar los desembarcos, guerras, encomiendas, etc.

Entre estas fechas y 1550-1560 se desarrollarán las grandes polémicas doctrinales que tienen como protagonistas a Vitoria, Las Casas y Sepúlveda, a las que ya hemos hecho referencia. Y, durante esos mismos años, la Corona gestiona —o colabora en la gestión— de importantes documentos pontificios relativos a las Indias, entre los que sobresalen la Bula *Sublimis Deus* y el breve *Pastorale officium*, así como la constitución *Altitudo*, dictados todos por Paulo III en 1537, y destina-

dos los dos primeros a afirmar la condición humana de los indios y su derecho a la libertad y la fe, y el tercero a regular importantes cuestiones jurídicas en relación con el matrimonio de los indígenas, lo cual prueba que, por encima o al margen de las discusiones sobre el trato a dar a los indios, para la monarquía española no existe duda sobre cuanto se refiere a la conversión de los mismos al cristianismo y su recepción de pleno derecho —con ciertas limitaciones sobre la admisión al sacerdocio, lógicas por otra parte mientras no cambiase el grado y nivel de su formación doctrinal— en la comunidad de la Iglesia.

En 1542 promulgó don Carlos las Leyes Nuevas, que fueron complementadas al año siguiente por el príncipe don Felipe, gobernador del reino en ausencia de su padre. Leyes que adoptan medidas protectoras del indio y dulcifican —en un proceso que vemos avanzar poco a poco en el tiempo— las condiciones de la conquista y sus consecuencias; su más importante prescripción fue la supresión —o, mejor, profunda modificación— del sistema de encomiendas, lo que dio lugar a tales protestas y conflictos en Indias que fue preciso derogar las innovaciones más radicales y restablecer las encomiendas dentro de unos límites que cuando menos suponían una mejoría en el trato dado a los naturales.

El tema de la guerra justa, sin dejar nunca de levantar polémicas y dudas, encuentra su definitiva solución en las Instrucciones de 1573 —las Ordenanzas de Juan de Ovando, bajo Felipe II— a las que habían precedido las de 1556, dirigidas al Marqués de Cañete por el Emperador. El objetivo de ambos textos legales de introducir importantes innovaciones en la regulación de los descubrimientos, pacificaciones y poblaciones, nueva terminología que ocupará desde ahora el lugar de las conquistas, que no vuelven a ser mencionadas en el futuro. Los principios en que ambos documentos, y muy en particular la Ordenanza ovandina, se basan, son los de la libre sumisión de los indios a la corona de Castilla y asimismo la libertad de la conversión, estableciéndose un procedimiento de penetración y asentamiento basado en el respeto a tal libertad de los naturales, y reduciendo la guerra a la defensa de los españoles y de sus poblados en caso de necesidad. Expresamente establece el capítulo 29 de las Ordenanzas de 1573 que «Los descubrimientos no se den con título y nombre de conquistas, pues haviendose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos, no queremos que el nombre dé ocassion ni color para que se pueda hazer

fuerça ni agravio a los indios». Y a convertir en realidad estos principios tienden las Ordenanzas, muy detallistas en sus disposiciones sobre el modo de pacificar los territorios y atraer a los indígenas para que vivan en paz y acepten la fe y la soberanía castellana; normativa ésta que se perseverará en adelante y será inspiradora de la contenida en la Recopilación.

VII

LA INCORPORACIÓN DE LAS INDIAS A LA CORONA DE CASTILLA

Nos referíamos al inicio de estas páginas a un tercer problema, que guarda estrecha relación, aunque es de orden totalmente diverso, con los dos expuestos hasta ahora: la incorporación de las Indias a la corona de Castilla. Guarda relación con los temas de los justos títulos y de la guerra justa, ya que éstos centran la atención del estudioso sobre la justificación de la soberanía y el modo de establecerla; y esa soberanía es la que fue atribuida precisamente a la corona castellana.

Como es sabido, en el momento del descubrimiento, Isabel I reinaba sobre Castilla y su esposo Fernando sobre Aragón, coronas que habían recaído en cada uno de ellos por herencia de sus antepasados. La famosa fórmula del «Tanto monta» refleja el acuerdo entre ambos monarcas para reinar los dos conjuntamente sobre sus reinos, y en tal sentido don Fernando es también rey de Castilla y consume número entre los que en Castilla llevaron su mismo nombre, como luego su yerno Felipe el Hermoso, rey de Castilla, consorte pues, es su esposa Juana la Loca la verdadera titular del reino, consume igualmente el ordinal primero de la serie de los Felipes. En ambos casos se trata de una anomalía histórica, que en los reinos españoles no encontró ningún otro ejemplo a lo largo de toda nuestra historia.

Sin embargo, y pese a esa unión acordada entre los Reyes Católicos, Castilla y Aragón se mantienen como dos reinos distintos y separados. Doña Juana, heredera de las dos coronas, será en realidad la primera reina de España, es decir, de la totalidad de los reinos que constituyen España. El segundo rey de España —y primero efectivo, pues doña Juana nunca pudo gobernar— lo será Carlos I, su hijo, quien durante su reinado unió el nombre de su madre al suyo, encabezando

muchos documentos la mención de doña Juana y don Carlos. Pero, pese a estar unidas las varias coronas en una misma cabeza, los reinos siguieron siendo distintos, y en la fórmula oficial los monarcas los mencionaban todos en lugar de titularse reyes de España. Esta situación se prolongó históricamente bastante más allá del período en que se produce la incorporación de las Indias a la Corona.

La cuestión a tratar ahora, pues, es precisamente la de la incorporación de los nuevos territorios ultramarinos a la corona castellana; precisamente a la castellana y no también a la de Aragón. El tema puede analizarse desde dos puntos de vista: el por qué, la explicación de ese hecho, cuestión que ha sido objeto de largos análisis y polémicas; y las consecuencias, es decir, la situación jurídica en que las Indias se incorporaron a aquella Corona y el modo en que quedaron insertas en la misma.

El primer elemento que debe tenerse en cuenta es la distinción, en nuestra tradición jurídica, entre reino y corona. Bajo una misma corona pueden coexistir varios reinos, que conservan cada uno su identidad y ni se funden ni se confunden entre sí. Ello sucedía tanto para la corona de Castilla, que comprendía también León y otros reinos distintos del castellano, como para la de Aragón, bajo la que estaban los reinos de Aragón, Valencia, etc. Y cuando las dos coronas —cada una con varios reinos— se unen en Juana la Loca y en Carlos I, la corona será una, pero los reinos continuarán siendo muchos.

> La corona —ha escrito Bravo Lira— es, pues, una institución superior a los reinos. A ella pueden pertenecer distintos reinos, sin fundirse entre sí. Esto es lo que sucede con los de Indias que fueron incorporados a la corona de Castilla y no al reino de ese nombre. En consecuencia, pertenecen a la corona, pero no son parte de Castilla.

Los reyes castellanos reconocieron la existencia en las Indias de varios reinos independientes y diferentes entre sí. Dos son evidentes: el Imperio incaico y el azteca. Pero no se agota en ellos la expresión «reinos de Indias», tan acrisolada por la historia que la Recopilación indiana de 1680 se titula, significativamente, *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Ya en 1543 había escrito el emperador Carlos una carta a los señores indianos, y la dirigía «A los Reyes, Príncipes y señores, Repúblicas y comunidades de todas las provincias, tierras e islas

que están al Mediodía y al Poniente de la Nueva España». Y la propia expresión Nueva España, utilizada para calificar al primero de los virreinatos, y que hubiera podido usarse para todas las Indias, refleja esa misma pluralidad. Más aún: el emperador Carlos se consideró sucesor en el Perú de la dinastía incaica y en México de la azteca, entendiendo que en ambos reinos se había producido un cambio de dinastía, entrando la suya en lugar de las anteriores a reinar en unos reinos que conservaban su identidad de tales, incorporados a la corona de Castilla pero —como acabamos de indicar líneas arriba— sin ser Castilla, como no lo eran tampoco, estando bajo la misma corona, los reinos de León o Galicia. «Dentro de la Corona —afirma asimismo Bravo Lira— los reinos de Indias son, como los de Castilla, verdaderos Estados, con territorio y población aparte, sujetos a legislación y gobierno propios». El mismo historiador recuerda que un único texto jurídico, la Ordenanza 163 de las del Consejo de Indias de 1636, utiliza la expresión «Corona de las Indias». Pero considera tal referencia como insólita, y contradictoria con toda la legislación y la doctrina jurídica indianas:

> frente a la imponente realidad que es la incorporación de las Indias a la corona de Castilla, la alusión de 1636 a la corona de las Indias es un hecho aislado, sin la menor relevancia.

E incluso, cuando con el paso de los siglos se vayan difuminando las diferencias entre los reinos peninsulares, y aparezca cada vez más consolidada la palabra España para sustituirlos a todos ellos, las Indias constituirán la última pieza del mosaico de la Corona que nunca se confunde con los reinos españoles; nuestros reyes se titularán entonces Reyes de España y de las Indias, o también de las Españas y de las Indias, *Hispaniarum et Indiarum Rex*. Denominación preciosa, pues revela que todos los reinos de la península bajo una misma Corona eran Españas, pero que no lo eran los ultramarinos: éstos se incorporaron a la corona española pero nunca a la realidad política de España, que siempre respetó su identidad propia y distinta.

La Ordenanza 14 del Consejo de Indias de 1571 —elaborada por Ovando y promulgada por Felipe II—, que fue recogida en las Ordenanzas de 1636 y pasó a la Recopilación, donde constituye la Ley 13 del tomo 2 del libro II, establece explícitamente este carácter de reinos de las Indias, del mismo modo que lo es Castilla, y perteneciendo am-

bos a la misma Corona: «Y porque siendo de una corona los reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y manera de gobierno de los unos y de los otros deben ser lo más semejantes y conforme que se pueda...». En consecuencia —confirma Bravo Lira—

> las Indias no se consideran como colonias, esto es, como simples territorios y poblaciones sin configuración política propia y, por tanto, sometidas a la dependencia de un poder extraño. Antes bien, se las considera como verdaderos reinos o Estados, con los atributos que les son propios. En cuanto tales se les incorpora a la monarquía de un modo similar a los reinos y estados europeos que formaban parte de la misma en la península ibérica, Italia o Flandes. En cuanto tales se les dota de un edificio institucional propio, similar al de otros estados europeos de la monarquía y en algunos aspectos, más amplio y completo que ellos.

Inicialmente, Colón trata el tema del descubrimiento con los Reyes Católicos, y son éstos —sin mención de sus respectivos reinos— los que apadrinan la empresa y en cuyo nombre se realiza. El almirante toma posesión de las Indias en nombre de Sus Altezas, y son los monarcas, bajo esta denominación, los que aparecen en la documentación colombina relativa a la empresa descubridora. La adquisición de las nuevas tierras, efectuada a título personal por los reyes en cuyo nombre actúa Colón, les beneficia inicialmente a ellos, no a sus respectivas coronas castellana y aragonesa. En consecuencia ambos serán dueños por mitad de tales territorios. La doctrina aduce en apoyo de esta tesis —avalada por la documentación de la época, desde las Capitulaciones de Santa Fe a los Pleitos colombinos— un argumento de particular solidez, la Capitulación que don Fernando y su hija doña Juana —reyes el uno de Aragón y la otra de Castilla, habiendo fallecido ya doña Isabel— establecen con los tres primeros obispos que han de trasladarse a América, en el año 1512. En la misma se indica que ambos monarcas, padre e hija, comparecen

> cada uno de sus Altezas por sí y en su nombre por la meytad que respective les pertenesce de las yslas, Indias e tierra firme del mar oçéano por vigor de las bullas apostolicas a sus Reales Maiestades por el papa alexandro sexto, de felice recordaçión, concedidas.

El documento atribuye la concesión de las Indias al papa y marca este punto como base de la soberanía de los reyes, según ya hemos ampliamente estudiado con anterioridad. Y, en efecto, una vez más se impone el recuerdo de las Bulas Alejandrinas, en particular de las dos *Inter coetera* de 3 y 4 de mayo de 1493, que contienen la donación de la soberanía sobre los territorios que Colón descubriere. Están dirigidas a Fernando, rey, y a Isabel, reina, de Castilla, de León, de Aragón y de Granada, y contienen la concesión de soberanía en favor de los mismos y de «vuestros herederos y sucesores los Reyes de Castilla y León». Como es lógico, la doctrina ha reparado en esta diferencia dentro del texto de ambas bulas, subrayando el hecho de que las bulas responden a unas preces y el Pontífice concede lo que le ha sido impetrado.

La interpretación de tales fuentes, y de otras coetáneas, no es pacífica entres los especialistas. García-Gallo ha resumido las diferentes opiniones en su estudio *La unión política de los Reyes Católicos y la incorporación de las Indias. En torno a una polémica.* Como ya hemos indicado, y dado el carácter de este libro, no procedería entrar en tal discusión, cuanto más que ninguna de las posiciones adoptadas y de las conclusiones a que llegan los varios autores podría considerarse en realidad como decididamente cierta o superior a toda duda razonable. Valga, pues, llegar a señalar que la polémica existe y no está resuelta, remitiéndonos al análisis crítico de la misma que ofrece con acierto García-Gallo.

Lo importante es subrayar que las Indias se incorporaron a la corona castellana con el significado anteriormente señalado. El hecho arranca de las preces presentadas por los Reyes para obtener las Bulas Alejandrinas, pues si bien desconocemos su contenido, la lógica quiere que aceptemos la coincidencia entre las bulas y su solicitud, según ya dejábamos indicado, no habiendo base para suponer —aunque así lo haya hecho algún autor aislado— que Alejandro VI privó unilateralmente a Aragón de la soberanía indiana por problemas suyos con el Rey Católico.

La atribución de las Indias a los dos reyes Isabel y Fernando personalmente, para que pasasen luego a sus herederos y sucesores de la corona castellano-leonesa y no en la aragonesa, es una decisión regia corroborada por el Pontífice. El hecho no vuelve a discutirse ni analizarse en los años inmediatos a 1493. Pero al morir la reina Isabel, su testamento contiene la segunda mención del tema. La reina menciona

la concesión papal contenida en las Bulas *Inter coetera* y apoyada en ella determina que

> el dicho Reino de Granada, e las Islas Canarias e Islas e Tierra Firme del Mar Océano, descubiertas e por descubrir, ganadas e por ganar, han de quedar incorporadas en estos mismos reinos de Castilla e León.

Manzano lee las palabras «han de quedar» como un hecho futuro, argumentando que el testamento prueba que en vida de doña Isabel aún no estaban las Indias incorporadas a la corona castellana, siendo como eran propiedad personal por mitad de ambos monarcas. Cabe también leer «han de quedar» en el sentido de que sigan como están, sin alteración, y esta lectura supondría que se encuentran incorporadas a la corona de Castilla desde el principio del descubrimiento y la concesión papal de la soberanía. En todo caso, la reina en tal testamento establece que las Indias queden vinculadas a la corona de Castilla y León y por tanto pase su soberanía a su heredera en tal corona, su hija Juana. Y al quedar —tan pronto fallezca la reina— su marido don Fernando reducido a la condición de rey de Aragón, sin derechos en Castilla, doña Isabel le supone también privado de todo derecho sobre las Indias, y para compensarle le otorga una pensión vitalicia sobre las rentas que aquellas tierras produjeren en adelante.

Se puede discutir si la reina propietaria de Castilla entendía que la soberanía de la corona castellana sobre Indias empezaba con las bulas o con su propia muerte; pero desde luego entendía que a raíz de su fallecimiento las Indias quedaban incorporadas en exclusiva a su corona heredera y transmitidas a su heredera, y que el rey de Aragón quedaba fuera por completo de tal realidad política y jurídica.

Que don Fernando no estuvo conforme en este punto con el testamento de su esposa lo evidencia su conducta posterior. El rey se siguió considerando titular de una soberanía sobre la mitad de las Indias durante el reinado de su hija Juana y hasta el final de sus propios días. Múltiples testimonios lo prueban. ¿Pensaba lo contrario que doña Isabel, y toleró el testamento —dictado por ésta poco antes de morir— con el propósito de incumplirlo? ¿Pensaba como doña Isabel al testar, y cambió de opinión por razones de oportunidad al consumarse su ruptura con su yerno Felipe el Hermoso y tener que abandonar Casti-

lla, y al regresar luego para hacerse cargo de la gobernación de este reino una vez fallecido don Felipe y ante la absoluta incapacidad de doña Juana?

Es inútil intentar pronunciarse ahora sobre extremos que no parece fácil explicar de forma que no se preste a la variedad de los pareceres. Lo indiscutibe es que el rey, una vez fallecida la reina, actuó sobre la base de que le pertenecía personalmente la mitad de las Indias, y mantuvo el título de Señor de las Indias, que con el testamento de doña Isabel a la vista ya no parecía corresponderle habiendo recaído el señorío sobre las Indias solamente en la corona de Castilla, de la que era titular, a partir de la muerte de su madre, la nueva reina doña Juana. La doctrina ha recordado a este propósito varios documentos que prueban la actitud del monarca, procedentes de fechas tan inmediatas al fallecimiento de doña Isabel como eran el 8 de junio de 1505 (traslado de la Bula *Illius fulciti* que creó las primeras diócesis americanas) y 2 de junio de 1506 (poder a Cisneros para la Concordia de Villafáfila). Y una vez que se produce la ruptura con Felipe el Hermoso, y la expulsión de don Fernando a sus estados de Aragón, pues en Castilla su yerno se propone gobernar en exclusiva en nombre de la reina enferma, el viejo monarca reclamará la mitad de lo por él ganado en unión de doña Isabel durante el reinado en común de ambos, es decir, la mitad de Granada, las Canarias y las Indias. En su interpretación, éstas le habían sido concedidas por el papa de por vida, y ni el testamento de doña Isabel ni las decisiones de Felipe el Hermoso podían modificar tal concesión.

Cierto que, en la Concordia que finalmente firmaron los dos reyes que se disputaban el gobierno de Castilla —el padre y el esposo de la reina propietaria, Juana la Loca—, y en virtud de la cual salió de Castilla y se retiró a sus reinos aragoneses don Fernando, éste consintió en el testamento de doña Isabel y se conformó con la mitad de las rentas indianas, sin conservar la soberanía, que quedó en los reyes de Castilla. Pero como es sabido, tal renuncia a intervenir en las Indias como gobernante apenas pudo tener efectividad: la inmediata muerte de Felipe el Hermoso devolvió a don Fernando el gobierno de los reinos de su hija Juana, entre ellos las Indias, y esa situación se mantuvo ya hasta la propia muerte del rey Católico en 1516 y la subida al trono de su nieto Carlos. Y durante esos diez años que corren entre el fallecimiento de don Felipe y el de don Fernando, éste aparecerá siempre

unido a la reina incapacitada en toda la documentación relativa a las Indias, como titulares cada uno de ellos de la soberanía sobre la mitad de las tierras ultramarinas. Y cuando el propio Rey Católico redacte su testamento, declarará su heredera universal a doña Juana, mencionando al hacerlo a todos sus reinos personales, y entre ellos a «la parte a Nos pertenecientes en las Indias del Mar Océano».

Estamos, pues, ante dos realidades: don Fernando se consideró siempre señor de las Indias y estimó que le pertenecía la mitad de las mismas en señorío personal al haberlas adquirido durante su matrimonio, pero al mismo tiempo aceptó que las Indias quedasen incorporadas a la corona de Castilla con exclusión de la de Aragón, y eso pese a la importante intervención de aragoneses en las negociaciones que condujeron al descubrimiento y en la política regia inmediata consecuencia del mismo. Incorporación de las Indias a la corona castellana que aparece en las Bulas de 1493 y en varias otras ocasiones desde entonces, con anterioridad a la definitiva cesión de la soberanía a doña Juana, en el momento en que ésta hereda la corona aragonesa, para la parte —mitad— que don Fernando entendía como suya.

Una consideración final del tema podemos encontrarla en las palabras de algunos de los autores que se han ocupado de la incorporación de las Indias a la corona castellana.

> La total incorporación de las Indias —escribe García-Gallo— al patrimonio hereditario que constituye la Corona de Castilla... se opera a la muerte del rey Católico y aparece dispuesta en la cláusula de su testamento en que instituye a su hija heredera universal de sus estados.

Y Tau y Martiré precisan:

> Aunque desde un primer momento fue Castilla la que llevó a cabo la conquista del Nuevo Mundo, la formal y definitiva incorporación de estas tierras a la corona castellana recién quedó asentada cuando Carlos I, en 1518, ocupó el trono, expidiendo una Pragmática (9 de julio de 1520) en la que expresaba: «que agora y de aquí adelante en ningún tiempo del mundo las dichas islas y tierra firme del mar Océano, descubiertas y por descubrir, ni parte alguna ni pueblo dellas no será enagenado, ni apartaremos de nuestra Corona real nos, ni nuestros herederos, ni sucesores en la dicha Corona de Castilla, sino que estarán y las tenemos como cosa incorporada a ella; y si necesa-

> rio es de nuevo las incorporamos y metemos, y mandamos que en ningún tiempo puedan ser sacadas ni apartadas... y que no haremos merced algunas dellas, ni de cosa dellas persona alguna».

Como dice Zorraquín Becú, esta incorporación se hizo a la corona y no al reino de Castilla, por lo que las nuevas tierras no eran ni propiedad particular del rey «ni dependencias del Estado español, sino propiedad pública de la monarquía en calidad de bienes realengos». El principio señalado fue también ratificado en otros documentos expedidos por el monarca. Agrega el autor citado que la incorporación se había efectuado por vía de accesión. Si bien Castilla era el reino aglutinante del imperio y fueron varios reinos peninsulares los que se unieron a él (Navarra, Granada, etc.), en estos casos la incorporación dejaba intacto el sistema jurídico vigente en cada uno de los reinos incorporados. Pero no podía aplicarse el mismo criterio para Indias, donde fue necesario transplantar el derecho castellano y dictar también normas especiales o particulares a los nuevos territorios. De ahí que la incorporación de Indias a la corona de Castilla se haya realizado en la forma tan peculiar que acaba de señalarse.

BIBLIOGRAFÍA

La obra más amplia publicada sobre el tema es la de Juan Manzano Manzano, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, 1948. Alfonso García-Gallo revisa las varias cuestiones que la doctrina plantea, en «Las Indias en el reinado de Felipe II: la solución al problema de los justos títulos», publicado en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 425-471. En este mismo volumen se incluyen también otros varios trabajos del mismo autor, cuya consulta completará la visión de conjunto de la temática y el análisis de sus puntos de fundamentales: *El Derecho Común ante el Nuevo Mundo*, pp. 147-166; *La posición de Francisco de Vitoria ante el problema indiano: una nueva interpretación*, pp. 403-423; *La unión política de los Reyes Católicos y la incorporación de las Indias*, pp. 472-488; *La constitución política de las Indias españolas*, pp. 489-514; *Los orígenes de la administración temporal de las Indias: el gobierno de Colón*, pp. 563-637.

En el primero de sus artículos citado, García-Gallo analiza críticamente las opiniones, que también conviene consultar, de Florentino Pérez Embid, expuestas en su monografía *Los descubrimientos en el Atlántico y la rivalidad castellano-portuguesa hasta el Tratado de Tordesillas*, Sevilla, 1948.

De interés igualmente las aportaciones de Ricardo Zorraquín, «El problema de los justos título en la Recopilación de 1680», publicado en el volumen que reúne las *Actas del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Justicia, Sociedad y Economía en la América Española*, Valladolid, 1983, pp. 147-164. Del mismo autor, «La condición política de las Indias», en *Revista de Historia del Derecho*, 2, Buenos Aires, 1974, pp. 293-317.

Complementa la visión de conjunto de la materia el valioso y extenso volumen de Silvio Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935.

Sobre la tesis teocrática, en cuya virtud se operó la concesión de soberanía sobre las Indias a la corona castellana, es fundamenteal el libro de Paulino Cas-

teñeda, *La teocracia pontifical y la conquista de América*, Vitoria, 1968. Venancio D. Carro ha estudiado la recepción de la tesis en la doctrina española contemporánea al descubrimiento y la conquista, realizando también un análisis a fondo de ésta, y de sus opiniones al respecto, en una obra muy densa de información y contenido: *La Teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, Madrid, 1944; obra que va bastante más allá de la cuestión teocrática, para entrar también a recoger los pareceres sobre otros muchos temas interesantes: la guerra justa, la ética de la conquista, etc.

Para la concesión papal de las Indias a Castilla, y en general para cuanto se relaciona con las Bulas Alejandrinas de 1493 y su significado en la historia del Descubrimiento y conquista, es capital el trabajo de Alfonso García-Gallo, «Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias», que está recogido en el volumen de este autor *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987, pp. 313-666; en estas páginas se ofrece al lector tanto un estudio ya clásico sobre la cuestión como una completa recopilación de los textos de las bulas y de cuantos otros afectan al problema objeto de estudio.

Asimismo, es de obligada consulta el trabajo de Manuel Giménez Fernández, *Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las Bulas Alejandrinas de 1493 referentes a las Indias*, Sevilla, 1944 (edición especial del artículo de igual título publicado en el vol. I del *Anuario de Estudios Americanos*, que ofrece puntos de vista muy originales y discutidos. De interés también el estudio de Pedro de Leturia, «Las grandes Bulas misionales de Alejandro VI», incluidas en el tomo I de su obra *Relaciones entre la Santa Sede e Hispanoamerica*, Roma-Caracas, 1959, pp. 153-204. Completa la visión que procuramos ofrecer sobre los justos títulos el estudio de Alfonso García-Gallo, «El título jurídico de los Reyes de España sobre las Indias en los pleitos colombinos», en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, cit., pp. 667-698.

La cuestión de la ética de la conquista, y el problema de la justicia de los métodos empleados por los conquistadores, ha sido objeto de análisis en dos importantes obras, la de Joseph Hoeffner, *La ética colonial española del siglo de oro*, Madrid, 1963, y la de Lewis Hanke, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Madrid, 1959. A ellas puede sumarse el volumen de VV. AA., *La ética en la conquista de América*, Madrid, 1984.

Sobre la opinión en torno a estos problemas de algunos de los principales autores de aquel tiempo, es clásica la obra de F. Javier de Ayala, *Ideas políticas de Juan de Solórzano*, Sevilla, 1946; hay referencias útiles en Alfonso García-Gallo, «Las Casas, jurista», en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, citado, pp. 87-111. Y, por supuesto, la obra de Carro arriba mencionada.

La noción de las Indias como reinos distintos del de Castilla, sometidos unos y otros a una misma corona, la analiza Bernardino Bravo Lira en «La

noción de Estado de las Indias en la Recopilación de 1680», que se incluye en el volumen de VV.AA., *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos*, México, 1987, pp. 143-162. En este mismo volumen se ocupa de la situación de la Iglesia indiana en la Recopilación, y de la conversión del Estado en un Estado misionero como consecuencia del deber de evangelizar impuesto como fundamento de la soberanía, el estudio de Alberto de la Hera y Rosa María Martínez de Codes, *La Iglesia en el ordenamiento jurídico de las Leyes de Indios*, pp. 101-140. Algunos textos que se ofrecen en este capítulo para conocer mejor el origen de las normas recopiladas sobre la soberanía, proceden de los trabajos recopiladores de Antonio de León Pinelo, hasta ahora perdidos, y que ha encontrado y tiene en trance de publicación Ismael Sánchez Bella (vid. al respecto su estudio «Hallazgo de la Recopilación de Indias de León Pinelo», en el volumen II de su *Derecho Indiano. Estudios*, Pamplona, 1991).

Obras generales de consulta son las siguientes: Cayetano Bruno, *El Derecho Público de la Iglesia en Indias*, Salamanca, 1967; Antonio Muro Orejón, *Lecciones de Historia del Derecho hispano-indiano*, México, 1989; Victor Tau Anzoategui y Eduardo Martiré, *Manual de Historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires, 1971. Cada una de ellas ofrece buenos resúmenes sobre algunos de los puntos capitales aquí presentados.

CARLOS DÍAZ REMENTERÍA

LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD POLÍTICA

I

HACIA UNA NUEVA ENTIDAD POLÍTICO-SOCIAL

Una aproximación al estudio de la constitución de la sociedad política indiana obliga a partir de un doble presupuesto:

a) Que se va a tratar de un cuerpo político y social que en el seno de la unidad de la monarquía y pese a la unión con Castilla a partir de su incorporación a la Corona se desarrollará y conservará su identidad independientemente dentro de aquella macroestrucutra política.

b) Que se configuraría como una entidad particularmente compleja dada la existencia, no de una única comunidad política propiamente, sino de dos: la república de españoles y la república de indios al margen de que ambas, indudablemente, formen parte integrante de los reinos o estados indianos.

Lo escrito conduce necesariamente y como punto de partida a hacer una breve referencia al planteamiento de los títulos jurídicos de los reyes castellanos sobre las Indias y a la consideración política que éstas iban a merecer.

1. La incorporación de las Indias

La tradición medieval y el romanismo ya extendido por la cristiandad europea gracias a la labor de glosadores y comentaristas del Derecho Romano Justinianeo-canónico-fedual permitirían hacer uso de los argumentos necesarios para legitimar la dominante presencia castellana.

En los esquemas de aquella tradición figuraban, fundamentalmente, dos posibles situaciones a partir de las cuales el poder político podía encontrarse suficientemente consolidado frente a terceros que pretendie-

ran poner en duda aquel estado de cosas; una posición dominante en virtud de donaciones pontificias o por derecho de conquista posibilitaban la configuración de esa realidad.

Por otro lado el Derecho Castellano facilitaba cierto respaldo a quienes desde dentro defendían la sujeción de las Indias a los reyes hispanos siendo dos las disposiciones que podían ser tenidas en cuenta, las Leyes de Partidas II, I, IX y III, XXVIII, XXIX; en breve síntesis este es su contenido.

En la primera se afirma que el señorío del reino se gana u obtiene por alguna de estas formas:

— Por herencia, caso que en un primer momento no se da respecto del Nuevo Mundo; habrá que esperar a que suceda doña Juana en los reinos de Castilla y León a Isabel I, su madre, para que la Ley de Partidas pueda, a estos efectos, ser tenida en cuenta. Esto no supondrá un obstáculo, pues obviamente se trata de un concepto más amplio que engloba a la transmisión por vía hereditaria, para que en un futuro se considere que los monarcas castellanos han sucedido, ya que se han subrogado en su lugar, a los reyes y príncipes indígenas.

— Por acuerdo de todos los del reino, que libremente se sujetan a un señor, situación que teóricamente podría darse y que en definitiva era lo que se intentaría haciendo uso del requerimiento. De hecho ese supuesto se materializaría en el proceso de la conquista de México.

- Por casamiento, lo que no puede ser contemplado.
- Por otorgamiento o donación del papa o del emperador; su alcance ya se conoce.

En la segunda de las leyes citadas como el Código Alfonsino se hace uso no ya de una tradición medieval en su más puro sentido sino de una consideración romanista encaminada a conseguir afianzar el dominio sobre lo descubierto mediante una efectiva toma de posesión. Es cierto, no obstante, que el supuesto presente en la norma de partidas no podía comprender al caso indiano dado que en aquél, previamente, se supone deshabitada la isla descubierta con lo que sería tenida como *res nullius*; pero esto no llegaría a suponer un obstáculo insalvable para interpretar extensivamente el contenido de la ley, desde el momento en que siendo infieles sus pobladores la tesis de la supremacía pontificia tanto en lo espiritual como en lo temporal supondría aplicarles el principio de que tan sólo tenía una mera tenencia, pudiendo el papa disponer de la tierra en beneficio de un príncipe cristiano. Esto, por

otra parte, legitimaba, sin duda la situación creada por la conquista y facilitaba la elaboración de una teoría sobre la guerra justa.

El descubrimiento y consiguiente toma de posesión como instrumento que consolidaba la relación entre el poder descubridor y la tierra hallada fue el fundamento primeramente pensado para hacer frente a posibles interferencias de terceros; en definitiva se conectaba así con una práctica conocida y admitida en relación con las expediciones portuguesas, pero sería precisamente por la necesidad de asegurar el descubrimiento ante posibles reclamaciones de Portugal lo que determinaría a los reyes castellanos a solicitar del papa su donación; fue así como se llegó al despacho de las Bulas Alejandrinas; de entre las dos *Inter Coetera*, respectivamente de los días 3 y 4 de mayo de 1493, y la *Dudum Siquiden*, de 26 de septiembre del mismo año, tendría especial relieve la segunda; por ella se hacía donación de todas las Indias, islas y tierra firme del mar Océano que estuvieran por hallar al occidente, tomando como referencia un meridiano que uniendo los dos polos pasara a cien leguas al oeste de las islas de Cabo Verde y Azores, que hasta la Navidad de 1492 no hubieran sido poseídas por otro príncipe cristiano. El tercero de los documentos pontificios, propiamente, suponía respecto de la anterior ampliar su contenido, pues atribuía a los reyes todas aquellas partes o regiones de la India Oriental ya descubiertas y ocupadas por castellanos, lo que suponía una confluencia de los dos criteros: el de la donación y el del descubrimiento/posesión. Tanto en un caso como en otro se trataba de armonizar las posiciones luso-castellanas. La donación pontificia será el título alegado por los juristas cuando la capacidad de la monarquía para defender su prepotencia política sea puesta en entredicho ante las tentativas de las potencias europeas tendentes a establecerse en Indias alegando que tan sólo una efectiva toma de posesión, materializada en la fundación de un asiento poblacional o militar, podría tenerse como prueba irrefutable de soberanía.

Vinculadas las Indias a la corona castellana se constituyeron en una unidad política que bajo un mismo derecho y con una administración central propia representada por su respectivo consejo —real y supremo— fue tenida, en su realidad plural, como integrada por reinos y provincias, éstos como subdivisión de aquéllos, a su vez parte de alguna de las grandes estructuras administrativo-territoriales: los virreinatos; en definitiva de las Indias como república universal habla Antonio

de León Pinelo en su *Tratado de Confirmaciones Reales*, una república universal no obstante limitada el Nuevo Mundo, ya que también a su conjunto se las denominará como particular contraponiéndola a la universalidad representada por la corona real de Castilla o monarquía universal, lo que supone mantenerse en una línea de continuidad respecto de los criterios mantenidos al respecto por los reyes hispanos; que las Indias forman una entidad propia en el marco de la Corona se observa claramente en la provisión de 9 de julio de 1520: el emperador diferencia claramente una corona de Castilla en tanto que entidad globalizadora e integradora y las partes de que se compone, los reinos y señoríos de Castilla y de León por un lado y las Indias, Islas y Tierra Firme del Mar Océano por otro, con lo que la concepción del Nuevo Mundo como república particular o universal considerándolo en su totalidad pero en el marco de la Corona Real de Castilla como unidad superior. Reinos, Estado o Estados de las Indias, así será mencionada en los textos la entidad política constituida a raíz del descubrimiento y conquista; en cualquier caso se tratará del reconocimiento de una o varias repúblicas o comunidades políticamente organizadas sobre una base territorial.

República, comunidad, territorio organizado, pero ¿cómo comenzó a formarse? Originariamente fue la capitulación el instrumento que ordinariamente posibilitó el trasvase de población desde la península, previa una auténtica adhesión a los fines capitulados por la Corona con un particular que así se colocaba al frente de la expedición de descubrimiento y población; y sería la capitulación, tanto la acordada con Colón como con los posteriores capitulantes y dejando al margen la diferenciación entre las instituciones colombinas y las que a partir de 1500 irán desarrollándose, el medio a partir del cual pueda ir conformándose una nueva sociedad y un nuevo cuerpo político. El reparto de tierras y solares entre los que acompañaron al descubridor y/o poblador capitulante, lo que ya fijará respecto de futuros pobladores un principio de diferenciación, que el capitulante pueda proceder a la encomendación de indios, que él obtenga ciertas dignidades a perpetuidad, incluso que se le den con carácter hereditario, son aspectos que sin duda van caracterizando el nacimiento de la nueva sociedad. Pero, por otro lado, la capitulación llevaba consigo los principios organizativos del territorio, virreinato en el supuesto colombino, gobernaciones/adelantamientos en los textos de la generalidad de las capitulaciones acordadas pos-

teriormente, y que serían la base de los futuros virreinatos indianos; y no sólo éstos ya que se introducía el cuadro básico administrativo para hacer posible la vida política en la nueva población. Por otra parte la capitulación será interpretada en su día como texto justificativo del pactismo indiano. Hechas las expediciones a costa del capitulante e incorporadas las nuevas tierras en la corona por el esfuerzo de los expedicionarios se entenderá que por ellos tiene el rey la tierra y si a ello se une que desde un principio y por petición de los asentados en Indias, éstas se mantendrán a perpetuidad bajo la soberanía real comprometiéndose el monarca no sólo a no enajenar parte alguna de las mismas sino incluso a no darla en merced, no puede extrañar la difusión de la teoría pactista acerca del origen del poder del rey lo que por otro lado conectaba con un punto de vista extendido en buena parte de la sociedad castellana. Pero sobre esto habrá que volver.

2. La política indigenista

Siendo lo que hasta aquí se ha escrito fundamento y raíz de la futura república de españoles, las polémicas sobre el status del indio, su condición de menor o miserable ante el Derecho Indiano, la aceptación de que el proceso de integración en los moldes culturales castellanos debería realizarse lentamente, posibilitó, como ya es sabido, que se optara por mantener vigentes sus estructuras institucionales y modos de conducta siempre que no entraran en conflicto con el Derecho Natural, con la religión o «con las leyes de este libro» según reza la Ley II, I, IV de la Recopilación. De por sí la adopción de una política de este tipo, y aunque fuera con carácter temporal, representaba no sólo la posibilidad sino más bien la certeza de que la Corona se decidiera por entender la singularidad de lo indígena, lo que desde luego llevó a que se pudiera hablar de la república de indios en el proyecto recopilador de Juan de Ovando, expresión consagrada para referirse a las comunidades indígenas y que se identifica con la política que se sigue, por ejemplo, en el virreinato peruano cuando don Francisco de Toledo elabora un conjunto normativo de ordenanzas referidas exclusivamente al indio y tratando, en buena medida, de su organización político-administrativa. En su *Política Indiana* –II, VI, I– Solórzano Pereira señala cómo ambas repúblicas, de españoles y de in-

dios «se hallan hoy unidas y hacen un cuerpo en estas provincias» pero a fines ya del siglo XVII se procederá a la confirmación de las conocidas como Ordenanzas del Perú, de Tomás de Ballesteros, en buena medida procedentes de las del virrey Toledo y que siguen manteniendo la identidad diferenciadora de lo indígena. Habrá de esperar al período revolucionario de 1808-1814 para que a través de la labor normativa de las Cortes gaditanas se proceda a imponer una aproximación jurídica entre ambos sectores de la población indiana. Aquella política indigenista, por otra parte —como ya se ha escrito y sobre lo que habrá que volver—, supuso un régimen institucional propio —caciques, gobernadores...— así como, en general, un especial tratamiento por parte del ordenamiento jurídico.

II

LA SOCIEDAD POLÍTICA INDIANA EN SU DIVERSIDAD

1. La república de los españoles

Como bien ha señalado el profesor Alonso García-Gallo, en su estudio *El pactismo en el reino de Castilla y su proyección en América*, la donación alejandrina de las tierras que iban a constituir las Indias confería a los reyes castellanos, en conjunción con la Ley III, XXVIII, XXIX de partidas relativa a la posesión de la isla descubierta y deshabitada y con la teoría del poder universal del papado, un derecho soberano para el que en definitiva la presencia de núcleos de población infiel o bárbara no representaba excepción alguna a su dominio político; de ahí que cuando los súbditos y vasallos castellanos pasen a Indias lo hagan desde la perspectiva regia por su merced y licencia a través de las diversas capitulaciones, instrumentos que desde el punto de vista del particular capitulante no será una merced sino un contrato. Desde este momento nos encontramos ante la base de lo que va a ser un diversa concepción acerca de la constitución política de la sociedad indiana. Reflejo de una diferente visión en torno al origen del poder que, ya se manifestaba claramente en la Castilla del siglo xv, suponía la posibilidad de enjuiciar el ejercicio de la potestad real bien según un criterio pactista bien según un punto de vista autoritarista, en la línea de lo que el profesor Jesús Lalinde ha tipificado como decisionismo jurídico o creación del derecho básicamente por la ley en tanto que norma nacida de voluntad particular del príncipe.

A. *Entre pactismo y autoritarismo*

Estos son los dos grandes principios, las dos grandes corrientes, en las que desde el siglo xv va a dividirse en Castilla el pensamiento sobre el poder. El pactismo supone, ya se sabe, que en su origen la potestad reside en la comunidad por entrega que de la misma le hace la divinidad, siendo aquélla quien la cede al príncipe; esto supone que el príncipe en su futura labor de gobierno estará limitado, desde luego, por cómo se haya planteado la cesión de poder, por los cauces a través de los cuales se haya manifestado, por los posibles condicionantes derivados de la misma. El autoritarismo, por el contrario, facilita que el soberano actúe libremente respecto del reino, posiblemente el príncipe se considerará sujeto a principios que le llegan impuestos por la religión, la moral, al derecho natural, pero no porque su poder derive de la comunidad; en esa época la incidenccia del Derecho Romano Justinianeo, así como la idea de la *plenitudo potestatis* es fortísima y determina que el monarca tienda a querer considerarse desligado del reino en tanto que república o comunidad, por lo que hace a la consideración del origen del poder, lo que tiene como consecuencia, entre otras, que en el caso oportuno se gobierne por Real Pragmática o que se haga uso de cláusulas como la de que en un caso concreto actúa «cierta ciencia» para derogar una norma en cuestión o gobernar en una línea determinada siendo sabedor de la innovación que introduce, sin para ello tener en cuenta el sentir de la comunidad.

En los antecedentes inmediatos a la época indiana el pactismo se revela en dos ocasiones, la una en el Cuaderno de Peticiones de las Cortes de Valladolid de mayo de 1442 y más concretamente en la provisión inserta de 5 de ese mes: la ley debe ser tenida como pacto, como contrato; la segunda es con motivo de unas Cortes reunidas en Ocaña en 1469: la función real nace de un «contrato callado», lo que más tarde, y con motivo del levantamiento comunero volverá a repetirse en cortes por parte de los procuradores ciudadanos. A la vista de esta corriente popular se explica la pretensión de quienes en Indias predicarán el pactismo como fundamento vinculate con el rey a partir de la consideración contractual otorgada por aquellos a las capitulaciones.

Pero, ¿y el autoritarismo? En la misma historia castellana del siglo xv la incidencia del romanismo favorece, por el contrario, el fortalecimiento del poder real al desligarlo de todo nexo de unión con la

comunidad. El uso de aquella cláusula justificativa de la libre actuación del príncipe no será más que un ejemplo de cómo se tiende a configurar en su persona un poder absoluto sin que por ello se opine que no queda sujeto a ciertos límites en la acción de gobierno, uno de ellos la ley; con ello, y en conjunción con otros factores como el gobierno mediante Real Pragmática o la progresiva decadencia de las Cortes, se irá fortaleciendo la posición del príncipe hasta tal punto que a lo largo de los siglos modernos no volverá a conocerse, al margen de escritos como los debidos a Francisco Suárez o el padre Mariana, indicio alguno sobre el pactismo a un nivel institucional como el de aquellas declaraciones o resoluciones de las Cortes del siglo xv. Conquistadas y pobladas las Indias con gentes castellanas éstas llevan consigo el ideario que sobre el poder había ido impregnando a esa sociedad pero también el autoritarismo va a estar presente en la labor de gobierno, las mismas vías a través de las cuales se descubre en Castilla van moldeando el cuerpo político indiano y sólo en algún caso aislado parece incidir una cierta consideración —y quizá no debe tenerse por tal— del pactismo: un ejemplo podría ser el compromiso no ya de no enajenar las Indias sino incluso de no dar parte alguna de las mismas en concepto de merced.

B. *Consideraciones sobre el elemento personal en la formación de la ciudad indiana*

Propiciada la fundación de repúblicas o comunidades urbanas en cumplimiento, bien de lo capitulado, bien de lo ordenado a los virreyes en sus instrucciones, el ordenamiento jurídico fue perfilando su constitución tanto en lo material —distribución de tierras, reserva para propios y ejidos—, como en los institucional —el cabildo— o en lo personal, siendo este último elemento el componente básico de la república; la comunidad va a estar integrada por vecinos que a su vez son, en términos amplios, los que tienen casa poblada en las ciudades según informa una Real Cédula dada para Chile el 21 de abril de 1554 pero que con el paso del tiempo serán, según la Ordenanza 93 de las nuevas poblaciones de 1573,

> el hijo o hija, o hijos del nuevo poblador, o sus parientes dentro o fuera del cuarto grado, teniendo sus casas y familias distantes y apartadas y siendo casados y teniendo cada uno casa de por sí.

De donde vecino se diferenciaría de poblador, que a su vez sería el individuo que hubiera acudido a la nueva población bien por vía de colonia, o grupo de descendientes de pobladores de una ciudad en la que carecieran de tierras y solares y que estuvieran casados o, en su caso, integrada por individuos procedentes de la península, bien por vía de asiento en el caso de que el grupo poblador no pudiera formarse mediante colonia. Tener casa poblada y estar casado, en definitiva, haber constituido una unidad familiar autónoma sería carácter distintivo del vecino.

Si la separación entre vecino y poblador aparece con toda claridad en el texto de las ordenanzas, la distinción entre ambas categorías se muestra ya en 1512 con motivo de una Provisión de 10 de diciembre permitiendo a «los vecinos y pobladores y estantes en la isla La Española y San Juan» que pudieran acudir al rescate de perlas pagando el quinto rey. Aquí la condición de vecino estaría condicionada a la tenencia de cada poblada, en tanto que poblador tendría un sentido muy similar al reflejado en aquella ordenanza de 1573.

Pero no tan sólo de vecino y de poblador se habla en los textos. En la disposición de 1512 se menciona, junto al vecino, al estante, en otros documentos hay referencias a los moradores así como también, imprecisamente, a quienes residen no ya en un lugar sino en una provincia. Sin definición propiamente dicha al respecto caben varias posibles interpretaciones: entender que morador es sinónimo de poblador o de estante/transeúnte pero también, desde 1573 al menos, con quien siendo pariente de un nuevo poblador en los términos antes expuestos no pudiera ser considerado como vecino, o con quien por no llevar un tiempo determinado como poblador no podría ser tenido en la vecindad contemplada, por ejemplo, en la instrucción a Hernán Cortés de 26 de junio de 1523, y siendo la residencia nota distintiva del morador antes de llegar a ser vecino, morador, en general, puede serlo, igualmente, aquél que por razón del oficio que desempeña habita en la ciudad sin tener aquella calidad que confiere la vecindad; y, en efecto, como tal no se considerará a un oidor —así por una Real Cédula de 25 de enero de 1563— para la Real Audiencia de México por la que se autoriza que pueden alquilar una vivienda, pese a la prohibición existente, hasta que tengan aposento en las casas reales, ni tampoco a un corregidor en razón de una Disposición de 15 de enero de 1569, dirigida al virrey de Toledo, a efectos de que nadie pueda ser designa-

do en donde sea vecino y natural; por último, también de vecino y de morador se trata en una Real Cédula de 13 de noviembre de 1535 dirigida al virrey de Nueva España, a fin de que en la ciudad de México tuvieran armas, según su calidad, tanto los vecinos como los moradores; que el goce de la vecindad da derecho a participar en la vida política de la república se refleja en una Disposición de 21 de abril de 1554, luego recogida en la Ley IV, X, VI de las recopiladas.

El ámbito ciudadano en Indias obliga a poner el concepto de vecindad o de vecino en relación con el de encomendero. Solórzano Pereira en su *Política* –III, XVII, VI– recoge la opinión del padre José Acosta, quien en su *De procuranda indorum salute* informa acerca de cómo en Perú se había introducido la costumbre de llamar vecinos a los encomenderos, en tanto que por domiciliarios serían conocidos aquellos que carecieran de encomienda; y en la ley recopilada, antes indicada, ambas condiciones aparecen identificadas en la realidad social cuando se hace saber que a quien tuviera casa poblada «aunque no sea encomendero de indios» se le tenga por vecino, de donde nos encontramos con que en el área peruana, efectivamente, la situación o calidad de encomendero había llegado a impregnar de tal manera el contexto social de la ciudad que el concepto de vecino terminaba por perder sustantividad quedando diluido en aquel primero y de ahí la necesidad de recordar que era vecino quien tuviera casa poblada en el lugar, problemática en general, desde un punto de vista teórico, se entiende, sin más, como existente en todas las Indias a fines ya del siglo XVII cuando, precisamente, la institución se encaminaba hacia su fin.

C. *Sociedad y encomienda*

Careciendo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, de un sentido estamental la sociedad indiana se configurará como integrada por grupos vinculados entre sí verticalmente por intereses y dependencias de naturaleza económica en función de la común actividad desarrollada, situación que se completa ya en el siglo XVIII con la aparición de una característica propia del momento: la consideración de la casta como elemento configurador de la estructura social. Y no se trata de una sociedad estamental desde el momento en que faltan dos elementos básicos:

1) Un estamento señorial con jurisdicción propia; pues no puede aceptarse como argumento en contra el reconocimiento de los escasos supuestos de señorío que efectivamente se dieron.

2) Una institución asamblearia integrada por estamentos como representantes del poder del reino.

No obstante sí es cierto que aparecen claramente configurados los otros dos clásicos integrantes, ya que tanto a nivel de la ciudad como del clero se aprecia, desde luego, el uso y ejercicio de una jurisdicción propia.

Pero si no existe un régimen señorial como vertebración de amplios sectores de la sociedad eso no quiere decir, obviamente, que no se diera una clase aristocrática que, arrancando de los conceptos de conquistador y nuevo poblador incidiera en la conformación incial de los núcleos sociales indianos. Se tratará de un sector social que, consciente de su papel en el logro y consolidación de la dominación de los reyes hispanos e imbuido de una mentalidad pactista, considerará al estado indiano, como escribe Mario Góngora en *El Estado en el derecho indiano*, como un ente integrado por una masa de tierras, tributos, oficios, beneficios eclesiásticos, mercedes de toda especie, riquezas y honores que son del señorío real, pero cuyo disfrute y posesión deben pertenecer hereditariamente a los que los han adquirido para el rey, es decir que pretendiendo, en suma, un aprovechamiento patrimonial del estado su vinculación con el rey asume un dato característico: el de que se manifiesta no sólo en función de la relación general del súbdito, sino muy especialmente en conexión con la que entienden mantener con las tierras ganadas para el señorío regio; es así como deber del rey será premiar a quienes así le han servido, siendo así como comienza a desarrollarse una política que en sus inicios y en buena medida estará significada por la institución de la encomienda.

Una panorámica institucional acerca de la encomendación de indios debe responder primeramente a la pregunta de cómo nace y se perfila a lo largo del siglo XVI, sin duda un período de máximo interés por las medidas y aspectos polémicos que se dieron.

La institución que ya quedaría consagrada con unas específicas características hasta el siglo XVIII puede considerarse delimitada en cuanto a su naturaleza en torno a 1536, en tanto que ya se manifiesta la encomienda como tributo y no de repartimiento o servicio, este último tipo nace como efecto inmediato de la conquista y se tiene como re-

presentativo de la fase conocida como antillana, según la clasificación que lleva a cabo Silvio Zavala en *La encomienda indiana*. El repartimiento o encomienda de servicio se desarrolla, efectivamente, en buena medida en el período de tiempo que va desde los primeros asentamientos colombinos a la conquista de México y responde a la política de facilitar la mano, a fin de favorecer el trabajo de la tierra o la explotación de yacimientos minerales, reparto que, rápidamente, entra en conflicto con la declaración de que el indio es libre, de ahí que una Cédula de 20 de diciembre de 1503 imponga la obligatoriedad de satisfacerle adecuadamente con un jornal; pero, por otro lado, la acción estatal en tanto que acepta el repartimiento y que impone incluso el importe de lo que se le ha de pagar, junto con la determinación del individuo que se beneficiaría del reparto adopta, claramente, una cierta política restrictiva de esa libertad y con independencia de las argumentaciones utilizadas para justificar los rerpartos, tales como favorer el contacto con españoles o acostumbrarles al ejercicio de una actividad en aras de su civilización y cristianización. En la misma línea se mantendría una Provisión de 14 de agosto de 1509 acerca de cómo repartir los indios —con lo que se refleja el proceso formativo de una diferenciación social—, en qué supuesto el beneficiario o encomendero perdería aquellos que se le hubieran entregado, a qué estaría aquél obligado respecto de éstos y qué derecho percibiría el rey por la concesión de la merced.

Los abusos cometidos en los indios encomendados generará, como es sabido, un largo y polémico planteamiento en el que nos encontraremos desde la adopción de medidas, como las recogidas en las Ordenanzas burgalesas de 1512 que respaldando la institución introducían un régimen protector en evitación de abusos a la determinación, expuesta en el capítulo 4.° de la Instrucción para Hernán Cortés de 26 de junio de 1523, de prohibir y derogar, en su caso, los repartimientos o a la resolución inserta en la Instrucción de 4 de noviembre de 1525 para el juez de residencia de la Nueva España, Luis Ponce de León, en el sentido de que, a la vista del incumplimiento de la prohibición de no repartir y de los inconvenientes que se alegaban en el caso de proceder positivamente, informará sobre la oportunidad de, aceptando ya previamente la práctica de la encomendación, sustituir ésta por una aproximación a relaciones de tipo vasallático o feudal, lo que facilitaba, al menos en principio, la posible consideración de la perpetuidad

en las encomiendas, una de las aspiraciones mantenidas a lo largo del tiempo por conquistadores y pobladores así como, en su día, por los beneméritos o descendientes de éstos. Se trata de una época, la que transcurre hasta los años de 1536-1542 caracterizada por el seguimiento de una línea vacilante, consecuencia de la dificultad de armonizar el ideario de la libertad del indio con los intereses económicos de los encomenderos y político/fiscales de la Corona. Las posturas y directrices reflejadas en la normativa indiana cambian en el transcurso de cortos períodos de tiempo, consecuencia desde luego de las discusiones que se siguen permanentemente sobre el status indígena y si esta situación queda bien manifiesta en la divergencia de criterios que se aprecia entre 1523 y 1525 en 1527, concretamente por Cédula de 16 de marzo, se suprime la facultad otorgada a los frailes y clérigos por Instrucción de 17 de noviembre del año anterior, para que en los descubrimientos y conquistas actuaran con comisión suficiente como para poder encomendar en lugar del capitulante, conservándola únicamente para los supuestos en que fuera el capitulante el destinatario del repartimiento.

Un paso decisivo para la caracterización definitiva de la encomienda se dio con motivo de la Real Provisión de 26 de mayo de 1536 al introducir la novedad, de auténtica trascendencia institucional, de que deviniera en una participación del encomendero en el tributo que sus indios pagaran al rey dejando de ser un medio para, a través del repartimiento, obtener unos servicios de naturaleza laboral.

Salvando lo que puede tenerse como incidental supresión en las Leyes Nuevas, la institución se configurará como merced en tanto que se hacía partícipe a su titular en los recaudos de tributos; suprimido el repartimiento/encomienda de servicio en términos generales ello no fue obstáculo para que en algunas provincias llegara a subsistir hata bien entrado el siglo XVIII, bien fuera por las especiales condiciones del territorio —escasez de recursos, falta de mano de obra...—, bien, quizá, por su escaso interés para el fisco, entre otras posibles razones; fue el caso, por ejemplo, de Paraguay, Chile, Tucumán o Audiencia de Quito. Sobre ellas decidió Felipe V que dejaran de conocerse como de servicio.

Los otros dos aspectos de mayor interés en torno a la encomienda durante el siglo XVI son, sin duda, los relativos por un lado a la constante solicitud de la perpetuidad, cuestión sobre la que nunca se llegaría a dar solución y que incluso en el reinado de Felipe IV llegó en alguna ocasión a plantearse, no obstante, la perpetuidad, buscada en

un principio como medio para asentar a la población en Indias, llegó a tenerse como un posible riesgo para la misma solidez política del estado indiano, en tanto que podría provocar cierto despego de los descendientes de conquistadores y nuevos pobladores respecto del rey y de la península; la sucesión en las encomiendas conoció un proceso evolutivo que puede tenerse como consolidado a partir de aquella Real Provisión de 1536, posteriormente interpretada y ampliada en distintas disposiciones; concedidas en un principio como un depósito se tenían como amovibles y a merced del arbitrio del rey o de los gobernadores y ya para 1534, en carta de 28 de septiembre, el rey aprueba la decisión seguida en México, en orden a que fallecido el conquistador o vecino que hubiera sido beneficiario de la encomienda ésta pasara a su viuda o a los hijos que dejara, con lo que se aceptaba la tenencia por dos vidas; en 1536 se aclaraba que en segunda vida sucedería el hijo legítimo y de legítimo matrimonio y en su defecto la viuda, señalándose cómo en el supuesto de que ésta contrajera segundas nupcias se haría encomendación en cabeza del segundo marido por el tiempo que fuera voluntad del rey; la posibilidad de que se pretendiera considerar ese acto como representativo de una nueva merced exigió la necesidad de proceder a la declaración de que fallecida la esposa su marido en segundas nupcias se vería privado de la encomienda; por otras tres disposiciones posteriores —sus fechas: 4 de marzo de 1552, 5 de abril del mismo año y 31 de enero de 1580— se resolvió, respectivamente, reconocer que las hijas sucedían en defecto de varones, en ambos casos siguiendo el criterio de la primogenitura, aclarar la anterior entendiendo la entrada de la hijas en el orden sucesorio, no sólo por la falta de hijo varón sino también para el caso de que éste no quisiera o no pudiera entrar en la titularidad de la encomienda, y, por último, la de 31 de enero de 1580 recogía el principio del derecho de representación. En todo caso la sucesión por imperativo legal o *ipso iure* recogida en las leyes de Toro de 1505 informaría el régimen propio y particular de la encomienda. Siendo lo descrito, y en principio, general para todas las Indias, Nueva España conoció la sucesión en tercera vida, por lo que se conoció como vía de disimulación ya hacia 1555, e incluso la cuarta vida según se desprende del contexto de la Cédula de 4 de marzo de 1606.

Otros aspectos de interés a los que se enfrentó la normativa en ese largo proceso de configuración institucional fueron los siguientes:

— Obligaciones: de residencia en las provincias y vecindades en que fueran encomenderos con la salvedad de que para ello tuvieran licencia, en cuyo caso deberían nombrar escudero, de tener armas y caballos, de contraer matrimonio, de adoctrinar a los indios, de cuidar de los caminos, de cobrar el tributo o de levantar hospitales en beneficio de sus encomendados.

— Supuestos de incapacidad para recibir indios en encomienda: en razón del ejercicio de funciones gubernativas o de real hacienda, se exceptuaron quienes fueran tenientes de gobernadores, corregidores y alcaldes mayores de pueblos, por ser parte de la administración de justicia; oidores o escribanos de audiencias e indirectamente, por la inmediata conexión existente con el presidente o los oidores, tampoco podían ser encomenderos sus criados y deudos, por la condición eclesiástica o religiosa o asistencial: prelados, monasterios, casas de religión, clérigos y hospitales, o cofradías y personas jurídicas semejantes, por la naturaleza o extranjería venía a ser otra limitación en la capacidad a la que habría que sumar la derivada de pertenecer a alguna de las castas formadas por negros y mulatos —tan sólo una expresa licencia al respecto podía salvar la prohibición.

— Prohibiciones de realización de contratos a través de los cuales se procedía a la compraventa, traspaso, alquiler o entrega en prenda de los indios encomendados, así como también de las renunciaciones y dejaciones de repartimientos por vía de donación u otra causa —salvo que la renunciación fuera en cabeza de quien tuviera derecho a la sucesión, bien en segunda vida, bien en tercera, o cuarta en su momento, en la Nueva España—; en esos casos los repartimientos pasaban a la Corona.

— Disposiciones sobre pérdida y supresión de encomiendas por malos tratos a los indios, recayendo sobre ello resolución de los tribunales audienciales, y por ausentarse de las provincias a partir de un tiempo determinado, lo que no obstante, no impediría la concesión de encomiendas residentes en la península.

Bajo este esquema institucional se proyectó la encomienda hacia el siglo XVII y si bien comenzó a perder importancia en el contexto social indiano por el desarrollo de otro grupo social, el de los moradores, que por sus actividades profesionales iban adquiriendo una posición relevante, el ordenamiento siguió teniéndola presente si bien, repetimos, su configuración ya había quedado definida con la evolución

seguida en la anterior centuria, así puede apreciarse observando los títulos VIII y IX del libro VI de la Recopilación de 1680. En unos casos las normas que se sancionan con anterioridad a este texto son reiteraciones de disposiciones sancionadas en el siglo XVI, en otros sobre cuestiones muy puntuales: tributos, medios para que la Corona logre un aprovechamiento superior, lo que determina la orden de que bajo un repartimiento se ponga durante un año en cabeza del rey, pero ninguna de las resoluciones adoptadas por entonces alteran la global caracterización que se ha expuesto.

Para el siglo XVIII la institución puede tenerse, salvo respecto de los territorios apuntados en otro lugar, como en vías de extinción; con Felipe V en el trono de España se inicia una política de incorporaciones de encomiendas en la Corona que tiene su punto de partida en un Decreto de 1701 por el que las perdían los ausentes de Indias, y en otro de 1707 por el que, en línea con planteamientos que no eran nuevos, se imponía la unión de encomiendas cortas hasta lograr tener un mínimo de 50 indios, pues en otro caso se procedería a su supresión; se llegaría así al Decreto de 23 de noviembre de 1718 por el que se incorporaban las encomiendas incluso de quienes residieran en Indias una vez que quedaran vacas o que aún no hubieran obtenido confirmación de sus títulos; el 12 de julio de 1720 se exceptuaban las que habían sido conocidas como de servicio, que irán despareciendo a lo largo del siglo en distintas fechas según las zonas.

D) *Los congresos o juntas de ciudades*

Constituidas las Indias en reinos e incorporadas a la Corona castellana, el ordenamiento jurídico indiano posibilitó la reunión de ciudades para la resolución de los conflictos que entre ellas pudieran surgir, estableciéndose cierta jerarquía que recuerda a la que existía en los viejos reinos de Castilla entre ciudades con asiento en cortes y las restantes poblaciones, son los casos de México y Cuzco según las Cédulas de 25 de junio de 1530 y 14 de abril de 1540, respectivamente; la primera contemplaba la celebración de congresos de ciudades novohispanas de entre las cuales la de México tendría el primer voto, la segunda de reuniones que pudieran celebrarse en Perú considerándose a la ciudad de Cuzco como la más principal de entre ellas. En ningún caso

se trataba de cortes, debiéndose la utilización del término congreso en el primero de los supuestos por el hecho de que se creyera necesario marcar las diferencias respecto de las asambleas tradicionales castellanas, ya que en su día —25 de septiembre de 1528— el cabildo de la ciudad de México había solicitado el privilegio de actuar en nombre de las ciudades de Nueva España en las futuras cortes que en Indias llegara a celebrarse, tal era su criterio, pero la Corona no se llegó a plantear esa posibilidad, salvo en 1559 respecto del virreinato peruano. Por otro lado, en 1635 lo que sí se refleja en Cédula de 12 de mayo dirigida al virrey novohispano es la posibilidad de que acudieran procuradores, cuatro, sorteados entre las provincias integrantes para asistir a las reuniones de cortes con motivo de las juras de príncipes, en donde con los poderes necesarios tratarían de los negocios públicos que se ofrecieran. Sin duda una razón fundamental para que en un principio no se planteara la asistencia de procuradores indianos en cortes estaría determinada por el hecho de que estuvieran sus pobladores privilegiados tributariamente, por otra parte se entendía la existencia de cuasi identidad entre los reinos indianos y los castellanos. Como señala Ramos Pérez, en su estudio sobre las ciudades de Indias y su asiento en cortes de Castilla, la igualdad de derecho y la unidad con la Corona de Castilla no resultaba incompatible con el carácter específico de reinos que poseían los territorios indianos.

2. La república de los indios

Si la comunidad de españoles en su vinculación política con el rey se basó para los conquistadores y nuevos pobladores, no tanto para el rey, en la idea de contrato o de pacto, la unión de los indios con el monarca se querrá hacer derivar del libre acatamiento y elección, lo que de por sí también lleva cierta impronta de pactismo. De otro lado, muy posteriormente, hacia 1692 se dirá que los reyes pactaron con los indios gentiles que en el supuesto de recibir el evangelio y aceptar su dominio se les honraría como a los demás vasallos. Libertad, vasallaje, pero también mantenimiento de la institución cacical, ancestral y de derecho consuetudinario indígena, así como puesta en práctica de una política de reducción a pueblos o, más genéricamente, de fijación de asentamientos en tanto que debe tenerse en cuenta tanto la parroquia

de indios en lugar de españoles como la propiedad rural en la que los allí radicados y de donde serán naturalizados, serán las bases sobre las que se constiutirá la república, comunidad o sociedad política de indios y ello con independencia de que con el tiempo deje de utilizarse el concepto de república de indios ya que sus características se perpetuarán durante todo el período histórico en que está vigente el cuerpo político de la monarquía indiana.

A) *Vasallaje y señorío natural*

He aquí dos conceptos que, siquiera, requieren una breve atención; que el indio es tenido por vasallo del rey se proclama ya desde momentos tempranos, se manifiesta con los Reyes Católicos, sin duda en el Requerimiento, en las Leyes Nuevas o en las Ordenanzas de 1573, por citar algunas fuentes, se trató de un status permanentemente reiterado y que, sobre todo en el siglo XVIII, fue utilizado como piedra angular en las pretensiones de la nobleza indígena, caciques y principales, por ser nombrados para el desempeño de oficios y dignidades, siendo un instrumento de especial incidencia una Real Cédula de 22 de marzo de 1697 por la que se insistía en la consideración que de hidalgos merecían los caciques y principales descendientes de caciques en tiempos de su gentilidad, al igual que los indios del común se equiparaban a los individuos del estado llano en Castilla.

Una Real Cédula de 26 de febrero de 1538, luego recopilada en la Ley VI, VII, V, prohibía que los caciques se llamaran señores de sus pueblos para evitar el deterioro de la preeminencia del rey, en línea con la política mantenida en Indias en orden a impedir el desarrollo de un sistema señorial, pero esto que tan efectivo fue respecto de la apetencias de los encomenderos no impidió que, a pesar de esa cédula, los caciques se titularan señores naturales de sus indios, así en una de 18 de enero de 1552: «caciques y señores naturales de las provincias sujetas a esa audiencia» refiriéndose a la de Lima, como también en la instrucción que se daba a los virreyes peruanos, por otra parte la documentación, en sus más diversos tipos, así lo refleja. Sin duda el cambio que se evidencia entre 1538 y 1552, así como entre la citada ley y la VI, VII, VII: «que los indios se vayan siempre reduciendo a sus caciques naturales» guarda una directa relación con el general plantea-

miento propio del siglo XVI respecto del indio y en consecuencia resulta determinante esbozar cómo queda constituida, políticamente, la república de indios.

Tanto en el pueblo, fruto de la reducción como en los asentamientos en propiedades rurales de españoles y en parroquias, entendidas como unidades de asentamiento poblacional indígena en ciudades de españoles, el cacique, bien lo sea por elección, bien por sucesión, se sitúa al frente de la república o comunidad, independientemente de que, según las zonas o la propia y particular capacidad tanto en lo económico como por lo tocante a las aptitudes físico-psíquicas, recaiga o no en él el ejercicio del gobierno; pero ese estar al frente de la comunidad y ese ser señor natural de sus indios van a poseer un perfil diferenciador respecto de lo que por señorío natural se entendía en el Derecho Castellano, por otra parte, reconocérsele cabeza moral, coincidente en su caso con la titularidad de una función gubernativa, dentro de la república por privilegio o merced del rey en tanto que, llegada la sucesión, se procedía a la expedición del título pertinente, representaba la institucionalización de una relación que, sin ser propiamente vasallática, asumía algunas nota externas recordatorias de los caracteres propios del vasallaje según las Leyes de Partidas IV, XXV, I y IV, XXVI, I y II, caracteres que parcialmente también se observan en los actos de obediencia y auténtico pleito-homenaje que los indios prestan a su cacique cuando éste toma posesión real y natural del caciazgo. Examinemos, brevemente, los diversos conceptos utilizados.

Las partidas, en su Ley IV, XXIV, I, definen la naturaleza como «debdo que han los omes unos con otros, por alguna derecha razón, en se amar,e en se querer bien» contemplando a continuación, en la Ley II del mismo título y partida, en tres posibles maneras de la misma las siguientes: por señorío natural y por vasalleje; por señorío natural en tanto que derivado de que quienes así están vinculados a un señor lo están porque, tanto ellos como sus antepasados «nascieron e fueron raigados, e son, en la tierra onde es el señor». Y otra Ley alfonsina, IV, XXV, II, señala estos varios tipos de señorío y de vasallaje: el mero imperio del rey sobre todos los de su señorío, el del señor sobre sus vasallos por el bien que les hace y la honra que de ellos recibe, el de los señores sobre sus solariegos, el que fuera por razón de behetria o de devisa, el de los padres sobre los hijos y el del señor sobre el siervo; prescindiendo de los dos últimos tipos de señorío y de vasalleje —su

presencia en el Código alfonsino se debe sin duda a la fuerte incidencia tanto del romanismo en función de la patria potestad como del pensamiento aristotélico— el primero resalta la supremacía del rey al no conocer superior en su reino y corresponderle la administración de justicia en los supuestos en que pueda darse pena de muerte, en tanto que los otros dos representan el uno la recepción del pensamiento feudal, en tanto que las referencias a solariego, behetría o devisa reflejan la tradición castellana en orden a la evolución institucional del señorío. Y vasallos son por la Ley de Partidas IV, XXV, I quienes «reciben honra e bien fecho, de los señores, así como caballería, o tierra, o dineros, por servicio señalado que les hayan de facer».

La misma legislación de partidas facilita que en la expresión «bien fecho» aplicada a la realidad indiana se pueda incluir la merced o privilegio del cacicazgo ya que en suma, como se expresa en el preámbulo del título XXVI de la cuarta partida «feudo es una manera de bien fecho que dan los señores a los vasallos por razón de vasallaje» y desde luego un cacicazgo no puede ser un feudo: no se trata de una villa, de un castillo, de «otra cosa que sea raíz» al margen de que precisamente la prohibición de que los caciques pudieran titularse señores de sus pueblos podría tener la finalidad de evitar una futura interpretación de relación feudal, pero, por el contratio, sí hay un ceremonial de investidura representativo de la relacion de dependencia personal que se establece entre rey y cacique.

Tampoco el concepto de señorío natural puede, sin más, ser trasplantado a la realidad indiano-indígena si con ello se pretende configurar un señorío natural del monarca sobre esas comunidades, a excepción de una muy amplia y forzada interpretación de los efectos derivados de la donación pontificia, lo que, en cambio, sí cabría plantearlo respecto de la población hispana, pero tampoco es posible predicarlo de la relación cacique-indio, común desde el momento en que, como ya se ha indicado, el cacicazgo presupone una vinculación de tipo personal y no la pre-existencia de una tierra propiedad del cacique y que se tenga como la de origen de sus sujetos y ello con independencia de que base material de la comunicad sea la existencia de unas tierras, ya que éstas en nada puedan relacionarse con el cacique, quien, desde luego, sí puede ser propietario a título particular.

El cacicazgo, por último, no puede ser solariego, precisamente por lo que acabamos de exponer, ni devisa en tanto que para ello es pre-

ciso que se dé la sucesión en bien de abolengo, ni behetría al ser «heredamiento que es suyo, quito (o libre) de aquél que vive en él, e puede recibir por señor a quienes quisiera que mejor le haga», aunque la sociedad preincaica se entienda por algunos cronistas como similar a lo que históricamente había sido la behetría castellana.

Centrándonos en la específica conexión entre cacique e indio nos encontramos con que Solórzano Pereira opina del cacicazgo que es una forma política basada en la fuerte dependencia del indio y, con ello, está admitiendo un vínculo señorial al que podría aplicársele el concepto de naturaleza, tal como se recoge en la Ley de Partidas IV, XXIV, I y, por cierta analogía y epiqueya, el de señorío natural, tal como se contiene en la ley inmediatamente posterior. Por otro lado, Antonio Pérez y López, en su *Teatro de la legislación unviersal de España e Indias*, define a los caciques de antes del descubrimiento como señores de vasallos, o dueños de algunos pueblos, «y después se les ha mantenido en su posesión a los descendientes legítimos de aquéllos», punto en el que hay que interpretar pueblo en cuanto comunidad de individuos pero no como realidad material sobre la cual recayera la titularidad de cacicazgo, máxime si se tiene presente que en un pueblo de reducción hay diferentes comunidades y cada una con sus caciques, al margen de que se hable de un cacique principal que no es sino fruto de la política hispana seguida para un mejor control de la sociedad indígena, entre otros, a efectos tributarios; pero también aquí puede hacerse uso de una cierta epiqueya o interpretación moderada y prudente de la ley, en razón de las circunstancias de tiempo, de lugar y de persona y aceptar, con sus limitaciones, al cacique como señor de vasallos, que propiamente no lo son pero que en la toma de posesión de su cacique le rinden un auténtico homenaje mediante la prestación de obediencia.

Es así como la comunidad o república de indios se constituiría políticamente en el marco del Derecho Indiano tanto por lo que respecta a la relación rey-cacique como a existente entre cacique e indio del común.

BIBLIOGRAFÍA

Como análisis previo al examen de la sociedad política indiana es inexcusable la consulta de la monografía debida a Juan Manzano Manzano, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, ya citado en otro lugar. Entrando propiamente en el tema de su constitución debe señalarse el profundo análisis que para el siglo XVI llevara a cabo Mario Góngora con *El Estado en el Derecho Indiano (Época de su fundación, 1492-1570)*, Santiago de Chile, 1951, partiendo, por lo que aquí interesa, de dos supuestos: la consideración del asentamiento poblador como problema jurídico y, por otro lado, el status del súbdito indiano, tanto español como indígena. Una visión general situando la cuestión en función de los principios fundamentales de la constitución política de las Indias y de la diferenciación entre las dos repúblicas en que se dividiría la sociedad indiana: de españoles y de indios, es la debida a Alfonso García Gallo con su aportación *La constitución política de las Indias españolas*, editado en Conferencias. Curso 1945-1946, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1946, pp. 11-41 y, años más tarde, en sus *Estudios...*

Distinguiendo entre las dos repúblicas a que se ha hecho referencia, para la de españoles es de interés por su acercamiento a una posible interpretación sobre la ideología explicativa de los vínculos entre monarca y reino en Indias el artículo de Mario Góngora «Pacto de los conquistadores con la Corona y antigua constitución política indiana: dos temas ideológicos de la época de la independencia» en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n.º 16, pp. 11-30, extendiendo el planteamiento a la república de indios Alfonso García-Gallo considera el pactismo en conexión con las polémicas desarrolladas a lo largo del siglo XVI acerca de los justos títulos sobre la dominación del rey hispano en «El pactismo en el reino de Castilla y su proyección en América», publicado primeramente en *El pactismo en la Historia de España*, vv.aa. Madrid, 1980, pp. 141-168 y en una segunda oportunidad en la recopilación de sus trabajos que lleva como título *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987, pp. 715-741.

Analizando instituciones interesantes para el examen de la constitución de la sociedad política deben mencionarse las investigaciones de Silvio A. Zavala, *La Encomienda Indiana*, 2.ª ed., México, 1973, pp. 1043, estudio en el que dando una visión global de la evolución histórica de esa institución aporta, al mismo tiempo, una serie de datos propios de cada una de las manifestaciones regionales en que se plasmó; su consulta es obligada para todo acercamiento al tema de la incardinación del indio en la sociedad que nace a partir de 1492 y ello sin olvidar su faceta de merced. Sobre peculiar aspecto, el de la discusión sobre la naturaleza de las reuniones de ciudades en Indias y su conexión o no con la institución de Cortes, unas pinceladas sobre el panorama historiográfico se encuentran Abelardo Levaggi «Consideraciones sobre las reuniones de ciudades en el actual territorio argentino (siglos XVI a XVIII», en *Actas y Estudios del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano,* Madrid, 1973, pp. 339-359.

En relación con la república de indios pueden consultarse los trabajos de Miguel Ángel González de San Segundo, *Derecho Prehispánico e Institucional Indígenas en el ordenamiento jurídico indiano (Notas para su estudio)*, que ya ha sido citado con motivo del punto relativo a la formación del Derecho Indiano, y de Carlos Díaz Rementería, *El cacique en el virreinato del Perú. Estudio histórico-jurídico*, Sevilla, 1977, 260 pp. y «Nuevas aportaciones sobre el yanaconazgo charqueño», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* n.º XII, 1987-1988, Valparaíso, Chile, estudio en el que en parte examina la organización política de aquel colectivo que fue conocido en el área andina como de yanaconas de chacras y del rey, distanciándose por esto mismo de una mera consideración del yanaconazgo como institución representativa de una relación de trabajo.

ISMAEL SÁNCHEZ BELLA

LA ADMINISTRACIÓN

I

ADMINISTRACIÓN CENTRAL

En la edad moderna, el gobierno del imperio español estaba en manos de los reyes, que ejercían el gobierno personal en todas las esferas. «Un rey que no gobierna, no es rey» era un principio generalmente reconocido. En el siglo XVI, ese gobierno personal fue intensamente vivido por los Reyes Católicos, Carlos I y Felipe II. En el siglo XVII, Felipe III, Felipe IV y Carlos II se apoyaron en sus privados o validos, alguno tan importante como el Conde-Duque de Olivares, aunque se siguió guardando todas las formalidades del gobierno personal de los monarcas.

Como es natural, los monarcas se apoyaban en personas y organismos. El más importante era el Consejo de Indias, nacido en 1524, cuando los asuntos de Indias alcanzaron un volumen e importancia que desbordaba al Consejo de Castilla, del que dependieron hasta entonces. Tuvo asimismo relieve la actuación de hombres de confianza de los monarcas, como el obispo Juan Rodríguez de Fonseca en tiempos de los Reyes Católicos, el secretario Francisco de los Cobos con el emperador y el presidente del Consejo de Indias, Juan de Ovando, con Felipe II. Tuvieron un papel significativo los teólogos convocados a juntas especiales como las que prepararon las Leyes de Burgos de 1512 y las Leyes Nuevas de 1542, sin olvidar a los confesores, cuya actuación no ha sido todavía bien estudiada. Hubo también juntas permanentes, como la de Guerra y la Hacienda. En el siglo XVIII, aparecerán los secretarios o ministros de Indias. En Sevilla, funcionó una Casa de la Contratación para la organización de las dos flotas anuales y para todas la cuestiones del tráfico atlántico, que estaba presidida por uno de los consejeros de Indias, al que ayudaban los jueces de la Casa y otros oficiales.

La organización y funcionamiento del Consejo de Indias bajo los Austrias ha sido estudiado concienzudamente por Ernest Schäfer. Ese consejo era el segundo en importancia de los numerosos consejos que asesoraban a los monarcas. El número de los que lo componían era muy reducido: un presidente, a veces eclesiástico, como Loaysa, Ovando y Moya de Contreras; un grupo de consejeros, con predominio de letrados, fiscal, relatores, contadores, secretarios y otros puestos menores. La actuación era colegiada. El fruto de las deliberaciones quedaba recogido en la consulta que, periódicamente, se elevaba al monarca, para que señalara la solución a adoptar y que, de nuevo, redactada en forma jurídica —Real Cédula, Real Provisión, Ordenanza, Instrucción, etc.— volvía a él para la rúbrica. Antes de tramitarlas a su destino se copiaban en los Libros-Registros del Consejo.

Las atribuciones del Consejo de Indias abarcaban todos los asuntos referentes a América y Filipinas, incluso los financieros, que solamente estuvieron centralizados en el Consejo de Hacienda al comienzo del reinado de Felipe II durante unos pocos años. Era un órgano tanto de gobierno como judicial, ya que resolvía en última instancia las causas importantes: residencias de virreyes, visitas a los tribunales, encomiendas, etc.

Durante el período de los Austrias fueron pocos los consejeros con experiencia directa de los territorios americanos. Para su actuación, contaban con una abundantísima información de todas sus autoridades indianas, civiles y eclesiásticas y también de particulares. Desgraciadamente, esa información era muchas veces apasionada —«como un libro de Caballería» dirá con donaire en 1558 Francisco Briceño— y de ahí la importancia de la correspondencia de los numerosos visitadores de confianza que el rey y su consejo enviaban a aquellos territorios, que podían informar con mayor objetividad que los gobernantes de Indias.

La aparición de los ministros de Indias en el siglo XVIII supuso un cambio notable en la administración central. Los asuntos de comercio y navegación, de hacienda y guerra pasaron a depender de ellos. También recibieron la facultad de proponer los candidatos a las plazas de virreyes, presidentes y gobernadores, así como a la de prelados. Destaca la figura de José de Gálvez, bajo Carlos III, promotor de importantes reformas. Se viene afirmando que el Consejo de Indias quedó limitado a su función judicial, pero convendrá revisar esta idea a la vista de los siguientes datos: en el último tercio de siglo XVIII, además de la Sala

de Justicia, funcionaban dos Salas de Gobierno; fue equiparado en rango al Consejo de Castilla; aumentó el número de consejeros y el número de éstos con actuación anterior en América se eleva a 32.

La actuación del Consejo de Indias ha sido juzgada favorablemente por Schäfer y Roberto Levillier. Sin duda, el rey y los hombres que le ayudaban, aunque con lentitud, pudieron impulsar el gobierno de las Indias con honradez y eficacia.

II

LA ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL

1. Desarrollo histórico

En cuanto a los territorios americanos y filipinos, se fue desarrollando paulatinamente una organización político-administrativa, que resultó ágil y adecuada.

Hubo, ante todo, que resolverse el problema de los privilegios colombinos. Ya en las Capitulaciones de Santa Fe de 1492, Colón se había asegurado, además del título de almirante, los de virrey y gobernador de la tierras que descubriera. La Corona, sin embargo, no estuvo dispuesta a mantener estos nombramientos a medida que se fue poniendo de relieve la magnitud del continente. El largo pleito que se entabló con este motivo terminó con una Concordia en 1536 por la cual se extinguió el virreinato colombino que había detentado Cristóbal Colón, y después, su hijo Diego, al que se concedió los títulos de Duque de Veragua y Marqués de Jamaica. Se acudió entonces a la iniciativa privada. Mediante un sistema de capitulaciones con aquellos que desearen ir a descubrir o poblar, se logró dar un extraordinario impulso a la conquista de América, sin gastos para la Corona, que recibía, además, un quinto de lo que obtuviera concediendo a la otra parte el nombramiento de gobernador, por una o dos vidas, ciertas ventajas materiales.

De otra parte, se exigía la consulta en las cuestiones importantes de los oficiales reales de la hacienda, de nombramiento real, y de los religiosos de la expedición. De esta manera, fueron apareciendo provincias o gobernaciones —cerca de 40— que constituyeron la organización básica territorial.

Las quejas de abusos por parte de los conquistadores, señaladas especialmente por los religiosos, llevó a conceder durante unos años el gobierno colegiado a las audiencias que se iban estableciendo. La experiencia no fue satisfactoria y, por ello, la facultad de gobierno les fue suprimida.

En cambio, pareció conveniente darla a los presidentes de algunas audiencias —Santo Domingo, Guatemala, Panamá, Santa Fe, Guadalajara, Chile, Buenos Aires, Manila para cuyo cargo, al terminar el siglo XVI y ante el grave problema de la defensa frente a piratas y corsarios, fueron designados caballeros en lugar de letrados.

En cambio en México y Lima fueron creados sendos virreyes que, además de presidentes de la audiencia respectiva y del título de capitanes generales, gobernaban en el distrito de la audiencia y mantenían un «gobierno superior», de contenido poco definido, sobre extensos territorios. El virrey de Nueva España, creado en 1535, con sede en México, abarcaba también el Caribe, Centroamérica, Venezuela y Filipinas, y el del Perú, creado en 1543, desde Panamá a Concepción y Buenos Aires. Quito y Charcas, a pesar de tener presidente y audiencia, siguieron dependiendo directamente del virrey del Perú. Nueva Granada —la actual Colombia— constituía un territorio bastante autónomo bajo el gobierno del presidente de la audiencia de Santa Fe.

En el siglo XVIII se constituirán dos nuevos virreinatos: el de Nueva Granada y el del Río de la Plata y aparecerá en el norte de México una Comandancia General de las Provincias Internas.

Hay que desechar la idea de un maquiavélico «sistema de contrapesos» que enfrentaría a las distintas autoridades indianas ya que, al contrario, la Corona procuró que se mantuviera la mayor concordia y armonía entre ellas.

Tampoco corresponde a la realidad la idea de un «sistema jerárquico» entre virreyes, presidentes y gobernadores, ya que lo que caracteriza el sistema de gobierno indiano es la relación directa del monarca con cada una de las autoridades territoriales, es decir, un particularismo, tanto jurídico como de gobierno.

Por último, hay que mencionar la existencia, muy excepcional en América, de algunos señoríos. El más famoso fue el del Marqués del Valle. Hubo también en México otro, el de Atlixco, y en el Perú el de los Marqueses de Santiago de Oropesa.

2. Los oficios en Indias

Cada vez se abre más la idea de que al estudiar el estado moderno hay que detenerse en el estudio de los funcionarios, ya que fueron éstos los que modelaron en la práctica sus características más notables.

En las Indias españolas, la selección para los altos oficios de justicia y de gobierno se realizaba entre letrados y militares, «los dos brazos que sostienen el peso de la monarquía», como se dice en una consulta del Consejo de Indias del año 1778.

El número de oficiales o funcionarios que actuaban en el gigantesco escenario que iba desde California al Río de la Plata era poco elevado. En 1631, León Pinelo preparó una lista de los designados por el monarca, todavía inédita, que contiene 4.619 plazas de oficios en Indias. Los puestos de mayor categoría eran los de virreyes, presidentes, gobernadores, ministros de las Audiencias y de los tribunales de Cuentas, oficiales reales de la hacienda, corregidores y alcaldes mayores. En la segunda mitad del siglo xviii, aparecerán los intendentes y los subdelegados, los secretarios de cámara y los jefes de diversos ramos de la hacienda y desaparecerán, en cambio, los corregidores y alcaldes mayores. La principal oficina de un extenso virreinato como era el del Río de la Plata, la secretaría de camara, por la que pasaban casi todos los negocios, comprendía apenas tres docenas de empleados. Sin embargo, esos hombres constituían un factor clave en la vida de aquellos territorios.

Los oficiales eran, en su mayoría, peninsulares, aunque desde 1687 a 1750 el número de criollos que ejercían oficios en Indias llegó a superar —por compra o beneficio de los oficios— al de los llegados a España, por ejemplo en la audiencia de Lima. Más tarde, por la política de los ministros de Carlos III, especialmente de Gálvez, se procurará invertir la proporción, como han señalado Lohmann, Burkholder y Chandler. Vascos y navarros quedaron equiparados ya en el siglo xvi a los naturales de Castilla y León. Los aragoneses consiguieron de Felipe IV que se les reservaran algunas plazas en las audiencias y en los gobiernos de Indias.

El rey era el único que podía crear oficios, fijar su competencia, designar los candidatos, concederles una remuneración, fijar su duración y exigirles responsabilidad en su ejercicio. Los virreyes podían cubrir hasta 1678 numerosas plazas de corregidores y alcaldes mayores y, desde 1790, aquellas plazas cuya dotación no llegara a 400 pesos anuales.

La duración en los oficios se estableció de por vida en el caso de los ministros de las audiencias, de los contadores de los Tribunales de Cuentas y de los oficiales reales de la hacienda. En cambio, los demás virreyes, gobernadores, corregidores, etc. eran de duración temporal.

El régimen normal de provisión de oficios en Indias sufrió una honda perturbación con la introducción de la venya y el beneficio de los oficios como medio de obtener recursos para la empobrecida Hacienda Real. El primer paso en las ventas se dio, tímidamente, en 1559 al autorizar la venta de escribanías y alferazgos. Se dio un nuevo impulso en 1581 al ampliar el número de oficios en venta y permitir que los compradores de escribanías pudieran renunciarlas. En 1606, como ha señalado Francisco Tomás y Valiente, se dio el paso definitivo al permitir la renuncia a perpetuidad quedando sujetos, en cada transmisión, a la confirmación real. Quedaban excluidos de la venta los oficios con jurisdicción de justicia y hacienda.

Pero al iniciarse el reinado de Felipe V se abre una brecha también en oficios de hacienda con jurisdicción, como los de contadores de los tres Tribunales de Cuentas de Lima, México y Santa Fe, creados en 1605, y en los de oficiales reales de las numerosas cajas. Aunque llevaban aparejada jurisdicción en materias del fisco, no suponían jurisdicción ordinaria entre indios, españoles y mineros, como ocurría en corregidores y alcaldes mayores. La corona recibía del designado una cantidad como graciosa donación, sin que esto supusiera, como en las ventas de oficios sin jurisdicción, la concesión del cargo en propiedad enajenable y transmitible.

La práctica del beneficio se fue extendiendo a los oficios de justicia y de gobierno, sobre todos a los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores, alcanzando también a los ministros de las audiencias e incluso a los virreyes. Se agravó con la tendencia de ampliar el número de oficios con la multiplicación de los oficiales al crearse los supernumerarios en los organismos colegiados y conceder futuras en los unipersonales.

A pesar de las repetidas quejas de los consejeros de Indias, el beneficios de cargos con jurisdicción se generalizó en las Indias desde 1687 a 1750, aunque hubo algunos tímidos intentos de reforma para evitar o reducir los males que ocasionaba tan pésimo sistema.

A cambio de su trabajo, el oficial gozaba de una serie de derechos, el principal de los cuales era la percepción de un salario. La

cuantía oscilaba mucho de unos a otros. Puede decirse que, en general, los salarios eran bajos e insuficientes, sobre todo por la fuerte inflación que se produjo en el valor de los géneros en América. Además, se inmovilizaba la cuantía de los salarios a lo largo de uno y a veces varios siglos, lo que ocasionaba continuas quejas. Mariluz Urquijo ha indicado que en 1809, los empleados de la secretaría de Buenos Aires alegaban: «Mientras que las retribuciones quedaron inmovilizadas en los montos fijados al crearse la oficina, la casa, comestibles, ropa, todo sale tres tantos más de lo que antes costaba». Los interinos percibían solamente la mitad del salario. Además, todos los salarios estaban sujetos desde 1631 al gravamen de la media anata y no fue infrecuente que todavía se solicitara de ministros y oficiales la concesión de donativos a la Corona o que ésta retuviera parte del salario para resolver apuros urgentes del erario.

Tanta importancia como al salario, se le daba entonces a derechos puramente honoríficos. Todos los oficiales se mostraban celosísimos de los honores concedidos en materia de precedencias, asiento, llevar las varas del palio, recibir palmas y velas, etc. En cambio, se establecían para todos los oficiales con jurisdicción una serie de prohibiciones o restricciones para asegurar la pureza de su gestión judicial o financiera: no hacer tratos comerciales, no tener minas, ingenios ni grangerías, no casarse en su distrito sin licencia real, no ausentarse, etc.

3. Los Virreyes

Los virreyes de las Indias españolas —dos, en los siglos XVI y XVII y cuatro, en el XVIII— eran los funcionarios de máximo rango (y sueldo). En teoría, podían hacer lo que el rey mismo hiciera, como el perdón de los delitos, pero de hecho se les restringía esa amplia facultad, que se les daba para su prestigio personal en el poder general, a casos concretos. Por elevada que fuera su posición, se les podía reprender y multar y, por supuesto, sufrir las consecuencias del juicio de residencia al término de su mandato. Con todo, tenían de su cargo un alto concepto que, en ocasiones, les llevaba a cierto despotismo, como el de Andrés Hurtado de Mendoza, Marqués de Cañete, que se consideraba «el rey vivo en carnes» y que disponía de la hacienda real a su antojo. Solórzano dice que «alegaban poderlo todo por la representación y ve-

ces que ejercen de la Real Persona». Los súbditos les tenían un respecto y temor grandes. El oidor de la Audiencia de Lima Ramírez de Cartagena escribía, en tiempos del virrey Toledo:

> Ven una deidad tan grande en su persona y en lo que manda y quiere, de cualquier calidad que sea, que nadie piensa que las audiencias sirven a Su Majestad sino el virrey, ni son de Su Majestad sino del virrey y ha venido esto a tanto que no obedecen los regidores lo que manda la audiencia sino lo que manda el virrey.

Y en México, a mediados del siglo XVII, el obispo visitador Juan de Palafox escribía que «anhelaban tener más contento al virrey que al original del traslado, el rey».

En la edad moderna, los virreyes ya no son miembros de la familia real, sino individuos de la nobleza. Rubio Mañé y B. Benedict han podido aclarar que algunos de los virreyes de la Nueva España eran hijos menores de casas nobles (Antonio de Mendoza y Enríquez) o hidalgos (los dos Velasco); el segundo de los Velasco, caso ejemplar de un virrey excelente en los dos virreinatos, con repetición en México y ascenso a la Presidencia del Consejo de Indias, fue premiado con el título de Marqués de Salinas. Predominan los procedentes de Castilla, a los que están equiparados para el disfrute de oficios y beneficios los navarros, de los cuales hay un virrey en el siglo XVI, otro, en el XVII, y varios en el XVIII. Hay alguno aragonés (el Duque de la Palata), y algún criollo (Lope Díez de Aux de Armendáriz).

Fueron, en general, de calidad, lo que indica una cuidadosa selección. Los hubo excelentes (Antonio de Mendoza, Toledo, Enríquez, los Velasco, Lemos, etc.) y, en general, honestos. Hubo excepciones como Villamanrrique y Baños, en Nueva España y el Conde de Nieva, en el Perú. No cabe compartir juicios como el del norteamericano Benedict:

> Si las primeras designaciones se debían al talento, muchas de las siguientes se debieron al favoritismo o la venalidad y los protegidos del rey manejaban los asuntos imperiales casi siempre en provecho propio.

Es cierto que, en el siglo XVII, la nobleza muestra más interés para obtenerlos, pero aun en el caso más clamoroso, el del nombramiento del sucesor del Conde de Santisteban en el Perú, en 1666, que recayó en el Conde de Lemos, resultó excelente el elegido.

El candidato recibía los títulos de virrey gobernador, presidente de la audiencia y capitán general. Se le daban unas minuciosas instrucciones, un poder general y abundantes reales cédulas, entre las que abundaban las de obediencia de los súbditos. Otra pieza importante, que le entregaba su antecesor, era la relación de gobierno, que contribuía a dar continuidad a la actuación virreinal.

En el período de interinidad, gobernaban los oidores de la audiencia colegialmente porque «teniendo al virrey mientras vive, por presidente, es justo que en todo le represente y herede sus veces cuando muere o se ausente». Pero es también bastante frecuente el encargar el gobierno interino del virreinato a un prelado, lo que tenía el inconveniente de tener que resolver las cuestiones del Real Patronato. El arzobispo de Santa Fe, Antonio Caballero y Góngora, llegó a ejercer el oficio de virrey en propiedad durante cinco años. Desde 1776, eran los nuevos regentes de las audiencias los que ejercían interinamente el puesto de virrey y, desde 1806, el oficial militar de mayor graduación.

Los virreyes viajaban desde España con una lucida comitiva de «criados» suyos —hasta un centenar— y, como decía el presidente del Consejo de Indias, Conde de Peñaranda, en la Instrucción secreta al virrey del Perú Conde de Lemos, «el mismo empeño que se hace en llevarlos, pone al virrey en una mano como necesidad forzosa de acomodarlos». Muchos recibían una plaza de alcalde mayor o corregidor, en lugar de darlas a los beneméritos, descendientes de los primeros conquistadores o pobladores.

Como virreyes gobernadores, tenían la dificultad de nombrar todos los cargos interinos importantes —gobernadores, oficiales reales de la hacienda, etc.— con la mitad del salario de los propietarios. También les correspondía la provisión de numerosos corregidores y alcaldes mayores, con algunas garantías: información ante el oidor más antiguo de la audiencia, con asistencia del fiscal, que debía aprobarse en Acuerdo. El alcalde del crimen de Lima, Juan de Padilla, decía en 1657 que «de ninguna suerte se observa nada de esto», sino que se daban a sus criados y allegados. La Corona tomó en 1678 una decisión tajante, a la que ya me referí anteriormente: en adelante, esos oficios serían de provisión real. Pero en 1680 hubo que dar marcha atrás, para no restar autoridad a los virreyes.

Las facultades legislativas de los virreyes eran muy amplias. Son numerosas, y a veces importantes, las ordenanzas dadas por algunos virreyes, destacando sobre todos Francisco de Toledo.

Otra facultad importante era la de conceder encomiendas de indios y ordenar nuevos descubrimientos.

Para asegurar el orden público «la seguridad, quietud y buen gobierno de las provincias de su cargo», escribe Solórzano— se les da facultad de castigar, y aun desterrar por causa grave. En cambio, como ya indiqué, la facultad de perdonar delitos quedó muy restringida. Podían dar licencias para ir a la Península.

El fomento de la riqueza —abastecimiento de los pueblos, tasas de los precios, construcción de caminos y puentes, extensión de los cultivos, fundación de nuevas ciudades— son expresamente mencionadas en las instrucciones que se les dan. Aunque no se da una política colonial del tipo que se advierte en los siglos XIX y XX en otros continentes, se advierten ya en el época de los Austrias algunas medidas restrictivas en favor de los castellanos, como la limitación en la plantación de viñas —ampliamente incumplida— o la actitud vacilante ante el beneficio de la incipiente industria sedera en Nueva España, sobre la que el virrey Martín Enríquez dice en 1571: «No lo favorezco ni lo desfavorezco, sino voilo dejando caminar, como Vuestra Majestad me lo ha mandado».

Importancia especialísima se da al tema de la protección de los indígenas. A los virreyes se les encarga fomentar su conversión y su reducción a pueblos, el buen tratamiento, el evitar los servicios personales, fijar la tasa de sus tributos, velar por la elección de sus alcaldes, vigilar la conducta de sus caciques, regular su trabajo y proteger sus sembrados de los ganados de los españoles.

En las cuestiones de hacienda, al virrey le correspondía la «administración por mayor» o «superintendencia», con amplias funciones legislativas, administrativas y fiscalizadoras. El rey se reserva el nombramiento de los oficiales reales propietarios, la creación de oficios nuevos, la implantaciónn de nuevos impuestos y, sobre todo, el poder diponer de los fondos.

Aunque se le prohibía expresamente intervenir en la administración de justicia de la Audiencia donde tenía la sede, aunque la presidiera, pues no era letrado, tenía cierta intervención judicial ayudado por su asesor en el «Juzgado de indios», que actuaba en el propio Palacio virreinal y despachaba breve y sumariamente, sin necesidad de papeleo. La Corona aprobó y reguló su actuación a fines del siglo XVI. Conocía en primera instancia en pleitos entre indios y entre españoles e indios cuando éstos eran reos, con apelación ante la Audiencia.

Era también muy importante en el llamado «gobierno espiritual» la actuación del virrey como vicepatrono en la provisión de los beneficios eclesiásticos.

Le ayudaban el secretario de cámara, muy importante sobre todo en el siglo XVIII, el letrado asesor general y el escribano de gobernación.

En las cuestiones importantes era obligatorio la consulta al Real Acuerdo, con asistencia de los oidores de la Audiencia, y a las Juntas de Hacienda. No faltaron juntas especiales y transitorias, a las que se convocaban religiosos, para resolver problemas delicados, como el de la mita, la prohibición de los servicios personales o la guerra del Arauco.

Aunque no suele mencionarse hasta ahora, parece interesante resaltar el influjo de los religiosos en el gobierno de los virreyes. Hay varias denuncias en este sentido de visitadores de Indias como Valderrama, Moya de Contreras y Juan de Palafox; este último señala que «se han gobernado absolutamente por religiosos» Villamanrrique, Gelbes, el Duque de Escalona y el Marqués de Villena y que el Conde de Salvatierra «hace mayores demostraciones que todos sus antecesores» y en carta inédita al presidente del Consejo de Indias le escribe que «al Conde de Salvatierra y a mi señora la Condesa, no les falta otra cosa para ser frailes que ponerse capillas».

4. Los presidentes-gobernadores

Ya indiqué que algunos presidentes de audiencias fueron investidos de facultades de gobierno a partir de la década de 1560: son los de Guatemala, Nuevo Reino de Granada, La Española, Chile, Nueva Galicia, Filipinas, Panamá, Quito y Charcas. Los siete primeros han sido estudiados por Fernando Muro Romero y los dos últimos por mí mismo.

El primero en obtener «cédula de gobierno» fue el vizcaíno Juan Martínez de Landecho, amigo de Las Casas, presidente de la Audiencia de Guatemala, a quien se le conceden, en 1560, las importantes facultades de hacer repartimientos y proveer oficios.

Los presidentes-gobernadores tenían mucho en común con los virreyes, a los que aspiraban a parecerse, pero existen claras diferencias: no son *alter ego* de los monarcas y, por tanto no reciben facultad de perdonar delitos; son, inicialmente, letrados y no nobles, aunque luego

serán también elegidos entre caballeros; no estaban obligados a dar «relación de gobierno» a su sucesor, y reciben un salario muy inferior (4.800 ducados frente a los 20.000 del virrey de Nueva España y los 30.000 del virrey del Perú). Durante los siglos XVI y XVII, los presidentes de Quito y Charcas estaban subordinados al virrey del Perú y tenían pocas facultades de gobierno. En 1776, el de Charcas recibe facultad de gobierno sobre todo el distrito. El de Tierra Firme o Panamá estaba sometido al virrey del Perú en gobierno, guerra y hacienda, aunque conserva la facultad de gobierno. Podían, como los virreyes, decidir si un asunto era de gobierno —y les correspondía resolverlo a ellos— o de justicia —y entonces le correspondía la Audiencia (la famosa Cédula «de las discordias»).

Sus facultades más importantes de gobierno eran la provisión de oficios de provisión real (gobernadores, oficiales reales, etc.) con carácter interino y los demás (corregidores, alcaldes mayores, etc.) en propiedad.

Se planteaba el problema de delimitación de funciones con los gobernadores del distrito de la Audiencia. Los presidentes-gobernadores tendían a aumentar su poder a costa de las atribuciones de aquéllos. A veces, se llaman a sí mismo «gobernadores generales» y aun alguno, como el de Guatemala, Antonio González, llega a proponer al rey en 1571, el sustituir a los gobernadores por alcaldes mayores:

> Con esto, cesarían muchas diferencias que tienen los dichos gobernadores, pretendiendo que el gobernador general de esta Audiencia no se puede entrometer en la gobernación de las dichas provincias, siendo claramente contra la comisión que Vuestra Majestad le tiene dada... Los gobernadores proveídos por Vuestra Majestad no se acaban de persuadir que están obligados a lo que la Audiencia ordenare y mandare, lo cual todo redundaría en gran desautoridad de esta Audiencia y del que gobernare.

La Corona no aclaró en qué consistía su «gobierno general», no hizo caso a la propuesta de sustituir los gobernadores por alcaldes mayores y siguió nombrándolos ella y manteniendo relación directa con ellos al margen del presidente-gobernador, quien, de hecho, sólo gobernaba en la provincia sede de la Audiencia. No podían nombrar los tenientes de gobernadores ni enviar jueces de residencia contra éstos.

Los presidentes-gobernadores no podían sentenciar en primera instancia como los gobernadores de provincia.

Recibían también el título de capitanes generales, como los virreyes y los simples gobernadores. Esta función se refuerza con la designación de nobles en lugar de letrados en el último tercio del siglo XVI: 1587, Santo Domingo; 1597, Panamá; 1604, Nueva Granada; 1606, Chile; 1609, Guatemala. También ocurrió lo mismo con el de Filipinas.

5. Los gobernadores de provincia

En las provincias sin sede de Audiencia, que eran muchas, el gobernador era la autoridad suprema. Inicialmente, eran gobernadores por capitulación. Eran poderosos y se movían con mayor libertad. Este cargo era, en general, vitalicio, aunque hubo alguno sucesorio. No contaba con organismos permanentes de consejo y únicamente se reunía con los oficiales reales para asuntos de la hacienda o con religiosos. Góngora afirma que había «débiles garantías institucionales frente al poder de los gobernadores. La moderación proviene más que de las leyes, del sentido personal que éstos tienen de la justicia y de la conveniencia de la tierra». Sus ingresos principales procedían de las empresas de conquista.

Este tipo de gobernador fue sustituido por gobernadores de nombramiento real, funcionarios con sueldo fijo, cargo temporal y poderes limitados. El nombramiento lo hacía el rey sobre las propuestas del Consejo o de la Cámara de Indias. En algunos casos de mayor interés militar, como el de Puerto Rico, la terna era elevada por el Consejo de Indias y la Junta de Guerra de Indias, conjuntamente primero y luego por separado, dando preferencia, según Enriqueta Vila, a los informes de la Junta de Guerra. Para esa isla, inicialmente se elegían letrados, pero después se prefirieron hombres con experiencia militar: capitanes, maestres de campo y, a ser posible, con experiencia en las cosas de la mar. La elección, en el caso de Puerto Rico, en el siglo XVII, fue muy cuidadosa, a pesar de ser plaza de entrada: «Todos los que ostentaron el cargo en la primera mitad del siglo, fueron personas distinguidas, con una magnífica hoja de servicio». Segundones de familias hidalgas castellanas, algunos de familias linajudas, como Enrique Enríquez, descendiente de Fernando III el Santo; Íñigo de la Mota Sarmiento, de la familia del Conde de Salvatierra, Marqués de Sabroso, Grande de Es-

paña; Felipe de Beaumont, de la casa navarra de los Condes de Lerín; Juan de Vargas, hijo del comendador mayor de Castilla; Sancho Ochoa, que lo era del tesorero real de Castilla; y Silva Figueroa, pariente del Duque de Feria. Zorraquín señala que los gobernadores del Río de la Plata desde 1617 a 1778

> en su inmensa mayoría fueron militares o funcionarios con experiencia administrativa, que ya habían servido a la Corona en otros destinos. Ninguno tuvo título nobiliario (salvo el Marqués de Haro), ni estudios universitarios.

Con el título de gobernador, que le facultaba también para ejercer funciones judiciales, se le entregaba el de capitán general, que tenía en algunas provincias más relevancia que las propias del oficio de gobernador.

La duración era variable: a veces, se nombraban con la fórmula «por el tiempo que nuestra voluntad fuere». En Venezuela, en el siglo XVII, lo normal era el de cinco años desde la toma de posesión. A principios de ese siglo, se estableció un criterio general: cinco años si iban de Castilla, y si ya estuviera en las Indias tres. En el Río de la Plata falta la regularidad que se advierte en otras provincias.

Hasta 1530, se hacía en sus instrucciones una remisión a los capítulos dados en Sevilla en 1500, pero en aquel año se promulgaron unas Ordenanzas para las justicias de las Indias, que pasó a ser el texto capital que regulaba, entre otras, las tareas de los gobernadores, aunque seguían recibiendo instrucciones particulares. No tenían, en cambio, como los virreyes, la ayuda de la relación de gobierno de su antecesor, aunque muchas veces debió haber una transmisión oral de experiencias.

El oficio de gobernador llevaba implícita la función judicial, aunque los gobernadores carecieran por lo general de preparación jurídica, que suplían con la ayuda de un asesor letrado. Probablemente, en la práctica, su dedicación principal en muchas provincias, como la de Puerto Rico, no fue la gubernativa ni la judicial, sino la militar de capitán general. Como jueces, recibían las apelaciones de los alcaldes ordinarios.

Entre sus facultades de gobierno, Zorraquín Becú distingue las funciones ejecutivas de carácter general y las particulares. Incluye entre aquéllas

> la fundación y traslación de ciudades, la organización del sistema administrativo, la construcción de obras públicas, el ordenamiento del comercio interior, el abasto de las poblaciones, la organización de reducciones indígenas y, en general, todo lo referente al buen tratamiento de los aborígenes.

Entre las particulares, los nombramientos de funcionarios, las mercedes de tierras, las encomiendas de indios y la intervención que los gobernantes tenían en la venta de oficios. Entre los nombramientos de oficios están los de tenientes de gobernador, que tenían jurisdicción ordinaria, no delegada. Como capitanes a guerra, gozaban de facultades militares que les otorgaba el gobernador, generalmente amplias.

Era importante la obligación de los gobernadores de visitar su provincia o distrito.

Podían repartir tierras pero, en cambio, en 1542 se les retiró la facultad de entender en nuevos descubrimientos y dar encomiendas con carácter general. Hubo alguna excepción: Sarmiento de Gamboa fue nombrado en 1581 gobernador del Estrecho con encargo de poblar las regiones magallánicas. En Venezuela, en 1651 se concedió una capitulación para la pacificación de los indios guanaguare.

También era importante su cometido en el mantenimiento del orden público. Podían castigar con el destierro en casos muy graves.

Gozaban, lo mismo que virreyes, presidentes y audiencias, de facultades ordenancistas, que ejercían abundantemente, bajo su propio nombre, sin el sello real. Según León Pinelo, las ordenanzas de los gobernadores no regían hasta su confirmación por el rey pero, sin embargo, como señala Mario Góngora, la documentación prueba lo contrario. Era una política que ese autor califica de «saludable negligencia». Aunque la Recopilación de Indias de 1680 (2, 1, 2) disponía que en la sanción de nuevas leyes, deberían los gobernantes limitarse a informar al Consejo de Indias para que éste tomara la resolución que más conviniera, ya señalé que en el siglo XVIII continuaron dando nuevas disposiciones.

En materia de hacienda, aunque la administración ordinaria estaba a cargo de los oficiales reales, a los gobernadores de las provincias que no eran sede de virreyes y audiencias les correspondían funciones importantes: la fiscalización de los oficiales reales a partir de las ordenanzas de 1554 (toma anual de cuentas y cobro de los alcances), constante

participación en las Juntas de Hacienda, nombramiento de oficiales reales interinos, juez de apelación de los Tribunales de Hacienda, envío de los metales preciosos, etc. Allí donde el ingreso principal era el «situado» remitido por el virrey, intervenía en su distribución.

En algunas provincias, como en el Río de la Plata, era también importante su actuación en la represión del contrabando.

Como todas las demás autoridades indianas, tenía el deber de informar a la Corona sobre su gobierno y, en general, sobre todas las cosas de la provincia. En el uso del patronato regio, eran también vicepatronos y tenían la misma jurisdicción y facultades que los virreyes, con independencia absoluta.

En conjunto, gozaban dentro de su provincia de amplísimas facultades, que de hecho ejercían intensamente. En 1734, el intendente Bartolomé Tienda de Cuervo señalaba que los seis gobernadores-capitanes de Nueva Granada, que tenían por sí, sin dependencia de otro, lo militar, económico y contencioso, eran, en su distrito, absolutos.

En todas partes fueron celosos de su autonomía frente a virreyes, presidentes y audiencias. Las visitas a la tierra por un oidor ordenadas por estas últimas eran causa de fricciones con algunos gobernadores, que las consideraban innecesarias. Las audiencias veían en grado de apelación las causas sentenciadas por los gobernadores y si algún particular se querellaba judicialmente contra un gobernador, siendo el asunto de calidad y si la audiencia juzgaba conveniente hacerlo, podía enviar una persona a abrir información contra el gobernador. Las ordenanzas de las audiencias prohibían a éstas que enviaran jueces de residencia o pesquisidores contra los gobernadores «si no fuere sobre el alboroto y ayuntamiento de gente o en otro caso tan grave que la dilación de consultármelo trujese notable inconveniente». Sin embargo, el abuso de enviarlos fue práctica que costó desarraigar. Todos los gobernadores procuraban obtener una real cédula para que la audiencia respectiva no les pudiera enviar jueces de comisión ni jueces visitadores durante el tiempo de su gobierno.

El rey apoyaba esa autonomía con los gobernadores que, como señala Molina Argüello pensando en el caso de Nicaragua frente a las pretensiones de los presidentes de Guatemala, «era necesaria, conveniente y nada incompatible».

No es posible formular un juicio genérico sobre todos los gobernadores pues, como es natural, los hubo de todo. En el Río de la Plata

y Tucumán indica Zorraquín Becú que «hubo mandatarios activos, emprendedores, enérgicos, justos y respetuosos de los derechos ajenos, al par que otros fueron ociosos, arbitrarios o abusivos en el desempeño de sus actividades». Con todo, por mantener la paz y el orden, promover con cierta eficacia, dentro de sus posibilidades, el adelanto espiritual y material de la población, defender con ahínco el territorio y mostrarse tolerantes y benignos, su juicio es, en conjunto, favorable para ellos. También en Puerto Rico, Enriqueta Vila, después de examinar los juicios de residencia de los gobernadores de la primera mitad del siglo XVII, emite un juicio favorable salvo en el caso de Juan de Haro, que cometió irregularidades económicas. Este tipo de abuso, el de procurarse ingresos económicos al margen del salario (mejorado un tercio en concepto de emolumentos por el conocimiento de los pleitos) se explica en parte por baja cuantía del que disfrutaban, a todas luces insuficiente y que, además, no experimentaba aumento con el paso de los años. El contrabando fue, en el caso de Puerto Rico, la solución.

Un tema común a virreyes, presidentes y gobernadores (en estos últimos, hubo excepciones) era la acumulación que ya desde el siglo XVI tenían del oficio de capitán general. Inicialmente,

> pacificado el país, y no existiendo en él tropas regulares o permanentes —señala García-Gallo—, la Capitanía General aparece en Indias en el siglo XVI y hasta avanzado el XVII, como un oficio secundario, que con frecuencia ni siquiera se menciona al relacionar las autoridades de la provincia.

En 1608, se les concede jurisdicción en las causas militares.

En el siglo XVIII pasa a primer plano la preocupación militar, lo que revaloriza el oficio de capitán general. En España,

> sin perder el oficio su contenido tradicional —el mando y organización del ejército y la jurisdicción sobre los que forman parte de él—, escribe García-Gallo, recibe un carácter esencialmente político que le sitúa por encima de los otros oficios de estricta administración de justicia, de gobierno o de hacienda.

Teniendo en cuenta esta evolución en la Península, dicho autor piensa que la creación el 8 de septiembre de 1777 de ese cargo en Ve-

nezuela tiene un contenido no sólo militar, sino político: no solamente está por encima de los restantes gobernadores en lo militar, sino que posee la «superior jurisdicción gubernativa» sobre las restantes provincias (Cumaná, Guayana, Maracaibo, Trinidad y Margarita). Otros autores, como Guillermo Morón, Mario Briceño y Antonio Muro Orejón, piensan que esa Real Cédula de 1777 supuso la sumisión de las distintas provincias al capitan general únicamente en lo militar. García-Gallo piensa que

> el rigor metodológico con que se procede induce a error, porque se parte de lo que la Capitanía General ha sido en los siglos XVI y XVII, pero no en el XVIII, que es cuando la de Venezuela, y las de otras regiones, se remodela.

6. Los intendentes

En la segunda mitad del siglo XVIII se introdujo una importante reforma en la administración territorial de las Indias con la creación en parte de ellas de los intendentes.

Hubo dos clases de intendencias: las del ejército y hacienda, que restringían las facultades de los gobernadores, sin eliminarlas, y las del ejército y provincia, que daban paso a un nuevo gobierno territorial. En 1764 se creó la Intendencia de Cuba y en 1776, la de Caracas. En 1782 se estableció una Superintendencia general en Buenos Aires y siete intendencias del ejército y provincia en el virreinato que reemplazaron a los antiguos gobernadores y corregidores. En el Perú se establecieron otras siete intendencias. En Chile, dos. Cuatro, en Guatemala y en México, en 1786, una intendencia general y once de provincia. En el virreinato de Nueva Granada no llegó a implantarse la reforma, salvo la de Cuenca. Subsistió también la Comandancia General de las Provincias Internas del Norte de México.

Los cuatro virreyes acumularon la Superintendencia General (la perdieron durante breve tiempo) y lo mismo los presidentes y algunos gobernadores independientes que lograron subsistir. Le asesoraba una junta superior contenciosa y otra de gobierno. Al intendente provincial le ayudaba la junta provincial, de la que formaban parte el teniente asesor, los oficiales reales y el promotor fiscal. Cada intendencia de

provincia se subdividía en distritos, con subdelegados en lugar de los antiguos corregidores y alcaldes mayores.

La nueva institución tenía fundamentalmente como misión el desarrollo económico y el crecimiento de la hacienda. Los intendentes tenían la dirección por mayor de las rentas reales. Tenían también funciones de policía, justicia y guerra.

Los intendentes eran nombrados por el rey, sin limitación de plazo, y se escogían preferentemente entre peninsulares. Gozaban de facultad legislativa; debían visitar cada año el distrito; eran también vicepatronos eclesiásticos, aunque no todos, y como tales hacían la presentación de candidatos a los curatos y beneficios y —como resume Rees Jones—,

> exhortar y oficiar en nombre del rey a los prelados y cabildos eclesiásticos, en lo concerniente a las elecciones de jueces hacederos de diezmos; supervisar el manejo de las rentas vacantes de arzobispados, obispados y demás vacantes mayores y menores del ramo eclesiástico; hacer cumplir las dotaciones debidas a los curatos en materia de diezmos, y la correcta cobertura de los espolios de los prelados de la Iglesia.

Para la causa de justicia, tenían como asesores a tenientes letrados, nombrados por el rey, que actuaban como jueces ordinarios. Presidían el cabildo. Tenían el mismo tratamiento que los oidores. Gozaban de un salario de 5.000 a 7.000 pesos anuales. Todo aparecía regulado minuciosamente en las tres ordenanzas que se dieron sobre los intendentes.

Los subdelegados solían ser criollos y eran nombrados por los intendentes. Hasta 1803, no gozaron de salario, pero retenían el 3 por ciento o el 5 por ciento, según los sitios, del importe del tributo. Según el virrey de México, Revillagigedo, «ni aun se les ha dejado lo más preciso para su subsistencia», lo que, según él, retraía a los candidatos de valía. La Ordenanza General de 1805 mejoró su situación. El rey se reservó su nombramiento y les señaló un salario de acuerdo con las tres clases que se establecían. Pero, según Rees Jones, nunca resultó fácil conseguir subdelegados idóneos.

III

LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Algunos autores, como Pierre Chaunu, han destacado la importanica de los cabildos o ayuntamientos americanos, órganos de gobierno local que constituían como «pequeñas repúblicas». «El papel de los cabildos —escribe— fue allí más considerable que en todas partes en los grandes estados modernos».

El cabildo indiano tiene su modelo en el de Castilla de la baja edad media y, muy especialmente, en el de Sevilla. No se dio una legislación general para regular su régimen jurídico, pero más o menos fue el mismo en toda América. El cabildo se componía de dos alcaldes ordinarios, elegidos anualmente; de varios regidores (algunos, perpetuos), alférez, alguacil mayor, depositario, fiel ejecutor, mayordomo, contador, juez de aguas, procurador, alcalde provincial de la Santa Hermandad y otros puestos menores. En el siglo XVI (hasta 1621) también eran nombrados regidores los oficiales reales de la hacienda. En el siglo XVIII se advierte la presencia en algunos cabildos de comerciantes y mineros.

La evolución más señalada en la historia del cabildo indiano fue que las plazas de regidores, inicialmente cubiertas anualmente por designación de los alcaldes y regidores anteriores, pasaron a ser vitalicias y aun hereditarias cuando en el siglo XVII se generalizó el sistema de la venta de oficios. En Lima no podían beneficiarse las plazas de alcaldes, mayordomo de propios, juez de aguas y procurador. La venta de las regidurías ofreció la oportunidad de que los criollos ocuparan esas plazas, aunque también fue la causa de que, por falta de compradores, quedaran muchas veces vacantes, reduciéndose entonces el número de regidores o acudiéndose a la designación directa. Los intendentes de

finales del siglo XVIII consiguieron frenar la decadencia de los cabildos pero, en cambio, acentuaron la nota castellana, con quejas de los criollos. Zorraquín Becú ha destacado que, al final del período hispánico, el cabildo de Buenos Aires era un organismo de gran importancia en la vida política y militar del Río de la Plata.

La modalidad del cabildo abierto, de composición mucho más amplia, tuvo el papel importante en los días de la Independencia.

Las atribuciones cabildo, justicia y regimiento indiano fueron amplias, especialmente en lo legislativo (cada ciudad poseía sus ordenanzas, en muchos casos redactadas por el propio cabildo), en lo gubernativo (tanto de la ciudad como del distrito), económicas, judiciales (los alcaldes ordinarios eran los jueces de primera instancia), financieras y aun militares. El alcalde de primer voto sustituía al gobernador. En el siglo XVIII se restringió el derecho de petición y para la mayor parte de las funciones se exigió la consulta a las autoridades políticas.

El régimen era colegiado, bajo la presidencia del gobernador o su teniente, el corregidor, el intendente o el alcalde de primer voto. No entraban en la reunión el procurador general, los mayordomos, los alcaldes de barrio y los alcaldes de aguas. Se levantaba siempre acta.

El cabildo indiano no era democrático sino oligárquico, ya que los regidores representaban al patriciado de la ciudad. Al estudiar Lohmann los regidores de Lima en su primer siglo de actuación, escribe que el cabildo era

> una institución en la que de resultas de la inercia en la renovación de su personal, por razones de comunidad de intereses de grupo, a causa de las altas cotas de selección económica y el juego de otros patrones de discriminación, cualquier eventual sombra de representación popular prácticamente se había desvanecido.

Era el de Lima un grupo cerrado sobre sí mismo, donde la hidalguía era requisito exigido con particular celo y donde era preferida la gente de categoría inferior. Sin embargo, se advierte que los encomenderos son sustituidos por agricultores e industriales y después por mercaderes y hombres de negocios. Los de Lima tenían como prerrogativa la preferencia en la compra de alimentos, cierta inmunidad y la posibilidad de forzar la venta de un producto para romper los abusos de un monopolio.

En Lima, durante el siglo XVII, la riqueza de su comercio era grande. Cuando en el siglo XVIII, con la creación del virreinato del Río de la Plata, las posibilidades de enriquecerse disminuyeron, hubo mayor desinterés por las plazas de regidores. Como recuerda Pérez Cantó, el Conde de Superunda dio facilidades después del terremoto de 1746 para la compra de esas plazas y después de treinta pregones nadie acudió al remate. La situación tendió a empeorar, dando paso a que incluso los virreyes, como el de Lima, tuviera que preocuparse del orden público, limpieza, reparación de monumentos, etc. de la ciudad. Los intendentes procuraron introducir mejoras, como la división de las grandes ciudades en cuarteles y barrios, con alcaldes popios, que respondían ante el intendente.

Los miembros del cabildo estuvieron sujetos al juicio de residencia hasta 1790, en que se les eximió. Las audiencias intervenían, confirmando las elecciones de los alcaldes y velando por que no pudieran votar los que fueren deudores a la hacienda o estuvieren comprendidos en alguna prohibición. Era necesaria la aprobación por la audiencia el hacer gastos extraordinarios por más de 3.000 maravedises y para ordenar derramas o contribuciones entre los vecinos.

Hasta aquí he venido tratando del cabildo de municipios españoles, pero es interesante consignar que los municipios indios fueron organizándose también sobre el mismo modelo castellano.

François Chevalier ha estudiado los de Nueva España hasta 1620. Ya en 1530 se dio facultad a la audiencia de México para que nombrara regidores y alguaciles «para que los indios se entiendan más con los españoles y se aficionen a la manera de su gobierno». Tres años más tarde, se indicaba lo mismo para Guatemala. Había ciudades importantes de indios en México como Tlaxcala, Cholula y Tzintzuntzan, con cabildo a la manera de los municipios de españoles. En 1618 se establece que en los municipios de más de 80 fuegos haya dos alcaldes y cuatro regidores y uno o dos fiscales para el catecismo. En las «Relaciones Geográficas» de 1580 y 1609 se comprueba su establecimiento en todas partes. Hay, ante todo, un gobernador, que solía, al menos al principio, ser un cacique; dos alcaldes ordinarios, que administraban justicia; cuatro regidores; un número variable de alguaciles, un escribano tambien indio, escogido entre los que sabían leer y escribir (en un pueblo de 800 tributarios, leen y escriben en mexicano y zapoteca, 24); golaves y tequitatos, para cada barrio o parcialidad, para cobrarles el tributo, llevar-

les a misa y repartir los servicios personales; y en muchos sitios, mayordomos, para llevar la caja de comunidad o, donde no la hubiere, distribuir el dinero para cera del culto divino, fiestas, etc.

En el Perú, según Espinoza Soriano, la primera república de indios la organizó a mediados del siglo XVI el virrey Andrés Hurtado de Mendoza: Santa María Magdalena de Chacalea. El mismo virrey dio ordenanzas a cuatro pueblos junto al Cuzco. Lima, a partir de 1565, llegó a tener tres cabildos de indios. Lope García de Castro y el oidor Gregorio González de Cuenca organizaron y reglamentaron los municipios de indios en el Perú. Las Ordenanzas de Cuenca «sirvieron de modelo para las que dieron los visitadores que comisionó Toledo en 1572 a todas las provincias del virreinato».

Alcaldes y regidores, según una disposición de 1618, «se han de elegir por año nuevo otros, como se practica en pueblos españoles e indios, en presencia de los curas». Estos oficios no se vendían en los municipios de indios. En cambio, se dio la intromisión de los religiosos en los nombramientos, como denunciaron en 1563 los regidores de Guatemala: «procuran con ellos que se hagan alcaldes y regidores y otros oficiales de república a los que ellos quieren, y otras veces los nombran ellos».

Las atribuciones judiciales de los alcaldes de estos municipios eran menores que las de los que había en los municipios españoles.

> Tendrán jurisdicción los alcaldes —se dispone en 1618— solamente para inquirir, prender y traer a los delincuentes a la cárcel del pueblo de españoles de aquel distrito; pero podrán castigar con un día de prisión, seis u ocho azotes al indio que faltare a la misa el día de fiesta, o se embriagare o hiciere otra falta semejante, y si fuere embriaguez de muchos, se ha de castigar con más rigor.

Velaban por el cumplimiento de la legislación referente a los indígenas. El virrey Toledo amplió sus atribuciones: podrían juzgar causas civiles entre indios hasta 30 presos y pleitos criminales, no en los que las penas fueran de muerte, mutilación o derramamiento de sangre. El padre Bayle menciona dos casos curiosos: un alcalde indio ordenó que ahorcaran al asesino de un corregidor y otra persona y la Corona, en vez de reprenderle, lo premió con nobleza, la exención de tributos, mitas y servicios personales y la prórroga en su cargo por cua-

tro años. A otro, que había ordenado dar garrote a tres miembros del bando vizcaíno de Potosí, se le dio inhibitoria contra el corregidor que podía actuar en contra suya.

Sobre la actuación de los indios que formaban parte de estos cabildos hay algunos juicios positivos. Bernal Díaz del Castillo, refiriéndose a los de Tlaxcala, escribe que «hacen justicia con tanto primor y autoridad como entre nosotros y se precian y desean saber mucho de las leyes del Reino, por donde sentencian». Y el fiscal de la audiencia de México, Cristóbal de Benavente, escribe en 1544:

> Lo temporal entre estos naturales está tan puesto en orden y policía, con la orden que se les ha dado de vivir a nuestro modo, que tienen sus alcaldes y ministros de justicia, y entiéndelo tan bien que poca ventaja les hacemos.

Chevalier indica que aprendían castellano y procuraban vestir a la española. «Sin exagerar la importancia real de estos municipios de indios, se puede decir que su papel no ha sido desdeñable y que contribuyeron a hispanizar el país». El valor psicológico de esta concesión era grande, al verles portadores exactamente de los mismos títulos que los españoles en sus ciudades.

Hubo organizaciones especiales, como las de las misiones, que tuvieron una organización peculiar, sobre todo las de los jesuítas del Paraguay o los hospitales fundados por Vasco de Quiroga en Michoacán.

Hubo también en Indias reuniones de cabildos para tratar temas comunes. Tuvieron escasa importancia y, desde luego, no tienen nada que ver con las Cortes del tipo de las de Castilla, que no existieron en América, como ha demostrado cumplidamente Lohmann Villena.

Como impresión general referida únicamente a los cabildos indianos de españoles del Río de la Plata, advierte Zorraquín Becú «una falta de independencia que los convirtió en simples organismos burocráticos». En algunos casos excepcionales dieron muestra de

> una gran autonomía frente a las imposiciones de las autoridades superiores y ejercieron también con eficacia los recursos acordados por las leyes para mantener incólume la vigencia de orden jurídico.

Hay que destacar su importancia en la vida económica del Río de la Plata. «Fueron —dice Zorraquín— la representación genuina de una

sociedad ruralizada y mercantil». En este territorio, sus realizaciones fueron, quizás, mezquinas, y se advierte en muchos de sus componentes falta de iniciativa, ausencia de espíritu cívico y escaso espíritu democrático.

A principios del siglo XIX, escribe Pérez Cantó,

> pese a su languidecimiento, fue el único organismo que, como representante teórico del pueblo y con una autoridad conferida por el rey, pudo en el momento de la Independencia encarnar la legalidad y ejecutar el relevo. No contaba con demasiada madurez, pero era la única institución en la que predominaban los criollos.

IV

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La buena administración de justicia fue uno de los principales fines de la monarquía española, especialmente en la época de los Austrias. La preocupación por asegurarla dio lugar a una abundante legislación para las Indias, a la creación de un buen número de audiencias, al envío de numerosos visitadores generales, etc.

1. Las Audiencias

La Audiencia fue una institución fundamental de América y Filipinas en el período español. Ya en el siglo XVI fueron creadas la mayor parte de ellas: Santo Domingo, México, Lima, Guatemala, Panamá, Santa Fe, Guadalajara, Charcas, Quito, Chile y Manila. En el siglo XVII, funcionó durante unos años la de Buenos Aires. En la segunda mitad del siglo XVIII se restableció esta última y se crearon las del Cuzco y Caracas; la de Santo Domingo fue trasladada a Puerto Príncipe, en Cuna,y se suprimió la de Panamá.

Suele afirmarse que, como ocurre con casi todas las instituciones indianas, su modelo es castellano —las chancillerías de Valladolid y Granada, que son mencionadas en los textos legislativos—, pero en su funcionamiento se parecen más a las Audiencias no castellanas, ya que sus oidores actúan también como asesores de los virreyes en materia de gobierno, en el Real Acuerdo. También, de ordinario, actuaban colegialmente como virreyes interinos (hasta 1806, en que se pasó al mando unipersonal, de preferencia militar) y, durante cierto número de años, a mediados del siglo XVI, tuvieron facultades de gobierno.

Cuando se las retiraron, pasaron en algunos territorios a desempeñarlas los presidentes de las Audiencias, primero togados y, después, caballeros. Si se examinan sus ordenanzas, evidentemente éstas se refieren a un órgano judicial, como insiste García-Gallo, pero no se puede desconocer el importante papel político que los magistrados desempeñaron de forma regular en las Indias. En este sentido, no puede olvidarse también el recurso que cabía presentar ante ellas por las actuaciones de los gobernantes superiores: virreyes, presidentes y gobernadores.

Las Audiencias estaban compuestas de un presidente, que en las sedes virreinales correspondía al virrey (quien, por falta de preparación jurídica, no intervenía en los procesos), cuatro, cinco y hasta ocho oidores, uno o dos fiscales, relatores y otros funcionarios menores. En Lima y México había también alcaldes del crimen. Oidores y fiscales eran cargos vitalicios. En el siglo XVIII se creó la figura del regente que tenía la dirección de la Audiencia en lo contencioso y económico con independencia de los virreyes y presidentes-gobernadores no hallándose éstos en sus salas. El presidente necesitaba del acuerdo y concurrencia del regente para imponer a los oidores alguna medida disciplinaria. Durante mucho tiempo, los miembros de las Audiencias procedían de Castilla, Vascongadas y Navarra (en el siglo XVII, hubo también unos pocos aragoneses) pero luego, a través del sistema de venta o beneficio de los oficios, se abrió la oportunidad de que los desempeñaran criollos. En el último tercio del siglo XVIII, por influencias del ministro Gálvez, se volvió a dar preferencia a los peninsulares.

No sabemos si en su designación predominaron, como en las chancillerías y en los consejos de Castilla, los procedentes de los Colegios Mayores sobre los manteístas, aunque cabe pensar que la proporción del número de aquéllos fue bastante menor que en Castilla porque el traslado a las Indias dificultaba el posterior ascenso a una plaza del consejo. Solamente en el reinado de Carlos IV el número de consejeros de Indias con experiencia americana aumentó notablemente.

La competencia de las Audiencias, como tribunales de alzada, abarcaba todas las causas civiles y criminales de los jueces inferiores, superiores a los 60.000 maravedises (salvo que hubiera habido tres sentencias conformes de los jueces locales, en cuyo caso no cabía ya recurso a la Audiencia), y las de los oficiales reales de Hacienda hasta la aparición, a finales del siglo XVIII, de las Juntas Superiores de Hacienda. Podían actuar también en primera instancia en las causas criminales

ocurridas dentro de cinco leguas y en los casos de corte, en los pleitos de encomiendas inferiores a 1.000 ducados y en los espolios de los obispos. Intervenían también, como ya señalé, en los recursos contra las decisiones gubernativas y en los recursos de fuerza frente a los tribunales eclesiásticos. El juicio podía volver a verse en la Audiencia como revista y entonces bastaba para resolverlo los votos conformes de dos oidores. En casos excepcionales, podía darse la segunda suplicación ante el Consejo de Indias.

Individualmente, un oidor era designado juez de los bienes de difuntos; otro intervenía en los tribunales de tierras o como juez de alzadas del Tribunal del Consulado o en la Junta Superior de Real Hacienda. El oidor más antiguo y el fiscal formaban parte de las Juntas de Hacienda. También actuaban los oidores como jueces de residencia o de comisión.

2. Gobernadores, corregidores y alcaldes mayores

Los gobernadores de provincia tenían también facultades judiciales en las llamadas causas de gobierno y, en los puertos, la de juez de arribadas y en los asientos de negros. En las causas civiles y criminales actuaban como jueces de apelación de las sentencias de los alcaldes ordinarios de los Cabildos y también en primera instancia «a prevención», es decir, si no actuaba antes otro juez real, fuera alcalde mayor o alcalde ordinario. Las Ordenanzas de Intendentes crearon en la capital de la provincia un teniente asesor letrado, que sustituía en esa ciudad al gobernador en sus funciones judiciales.

Los alcaldes mayores y los corregidores eran también jueces reales designados por los monarcas o por los propios virreyes por un plazo corto (cinco años los residentes en España nombrados por el rey, y uno renovable por otro, los que designaba el virrey). Se dice que los alcaldes mayores predominaban en el virreinato de Nueva España y los corregidores, en el del Perú, aunque François Chevalier escribe que, contrariamente a la opinión general, que tiene su origen en Solórzano, ha encontrado que, a finales del siglo XVI, es más frecuente en México el corregidor que el alcalde mayor, sin que se muestre diferencia en sus funciones. En efecto, según un documento de la Contaduría del Consejo de Indias de 1533 que cita Molina Argüello, en ese año se pro-

veían en Nueva España 45 alcaldías mayores y 199 corregimientos. Josefina Saravia Viejo, en su excelente monografía sobre el virrey Luis de Velasco, da para el período 1553-1569 la cifra de 50 alcaldías mayores y 266 corregimientos, que enumera. En cambio, en 1786, las cosas han cambiado: había sólo 14 corregimientos y 116 alcaldías mayores en Nueva España.

En México, prácticamente todas las alcaldías mayores y corregimientos se obtenían en subasta pública, aunque en el siglo XVIII muchos eran de nombramiento real. En la segunda mitad de ese siglo, hasta 1786, prácticamente todas las alcaldías mayores y corregimientos de la Nueva España se beneficiaban con provecho directo para la Corona, puntualiza M.ª del Refugio González.

Recibían las apelaciones de las sentencias de los alcaldes ordinarios. No tenían la autonomía de los gobernadores ya que dependían plenamente de virreyes y presidentes. No podían tener encomiendas. Había corregidores en los pueblos de indios y de españoles. Los de indios del Perú han sido estudiados magistralmente por Lohmann Villena. Fueron creados en 1565 por García de Castro. En el siglo XVI había allí 52 corregidores de naturaleza y 85 incluyendo los de españoles. En México, había corregidores de indios desde 1530. Según Román, únicamente en Santo Domingo y Chile no hubo corregidores de indios. En cuanto a los municipios de españoles, ni Lima ni México tenían corregidor.

M.ª del Refugio González ha señalado que, en México, los alcaldes mayores y los corregidores

> se ocupaban de asuntos no litigiosos y litigiosos. Entre los primeros estaban los que en las ciudades eran realizados por los escribanos: elaboración de testamentos, constitución de dote, levantamiento de inventarios, remate de bienes, realización de escrituras de compraventa y arrendamiento de tierras públicas. Los asuntos litigiosos de su competencia tenían que ver, sobre todo, con el incumplimiento de contratos, y la falta de pago por deudas.

Tenían también a su cargo el cobro de tributos, la renta de naipes y la del tabaco y tenían que velar por la evangelización de los naturales.

Fue proverbial el abuso de alcaldes mayores y corregidores respecto a los indios, especialmente en los repartos forzosos de mercancías. En el Perú, según Moreno Cebrián, atendiendo a la utilidad que se

obtenía del corregimiento, éstos se clasificaban como de primera, segunda y tercera clase o como muy buenos, buenos y razonables y servía para ponerles precio cuando se disponía de la plaza en España. En México había hasta cinco niveles. Si se ausentaba y dejaba, por nueva venta, un teniente, éste explotaba a su vez al indio. Los corregimientos se revendían y algunos se acumulaban para sacarles rendimiento. El virrey Amat informaba en 1762 que «los que se lograban en la Corte en tiempo de beneficio, lo compraban o sacaban los oidores en testaferros y los beneficiaban acá por cuatro o cinco tantos». En Nueva España, en el siglo XVII, el visitador Palafox informaba, en carta inédita al rey,

> que los Alcaldes Mayores excedan en cuatro pero no en cuatrocientos y que de un oficio saquen 4.000 pesos que pueden sacar con un moderado padecer de los súbditos y no 40.000, que no pueden sacar sin desollarlos, deshacerlos y acabarlos del todo.

La visita que hizo en el siglo XVII el oidor Montemayor al distrito de Oaxaca mostró que la rebelión de los indígenas estaba relacionada con la explotación a que estaban sometidos por alguno de sus alcaldes mayores. Quejas semajantes se tienen de Guatemala en 1660. Parece que los máximos abusos se dieron en México en tiempos del Conde de Baños (1660-1664) y en el Perú, en el del Conde de Castellar (1674-1678). Los abusos llevaron a la Corona en 1678 a reservarse su nombramiento, y aunque cuatro años más tarde se devolvió a los virreyes la facultad de hacer los nombramientos, fue una concesión puramente nominal, ya que todos los corregidores de indios del virreinato peruano fueron desde esa fecha designados por el monarca.

En el siglo XVIII, el comercio de repartimientos de los alcaldes mayores y corregidores de la región Puebla-Tlaxcala, a través de comisionados, era, como ha estudiado Pietschmann, fundamentalmente de cabezas de ganado (13.000, por un valor de 250.000 pesos) y la adquisición de productos indígenas ascendía de 65.000 a 75.000 pesos anuales, con una ganancia del 25 por ciento. La ganancia total, entre ventas y compras, ascendía a 80.000 pesos anuales. Pero los indígenas aceptaban ya este comercio libremente. El monopolio llevaba a que los indígenas pagaran a costo máximo y vendieran a precios mínimos. En 1751 se reglamentaron estos repartimientos al convencerse que si no se obligaba a los indios a tomar el ganado y los aperos de la labor se

quedarían los campos sin cultivar y las minas sin trabajar, así como quedarían desnudos si no se les precisase a tomar las ropas necesarias, por la desidia, flojedad y pereza de los naturales. En la instrucción para hacer las residencias, se preguntaba si el oficial había introducido más géneros o los había vendido a mayor precio del fijado en el arancel. Pero la reglamentación no siempre surtió efecto. En Buenos Aires, el intendente señalaba en 1779, según Mariluz Urquijo, que «todos los corregidores no sólo se exceden en el repartimiento de lo que las Audiencias les tienen permitido, sino que en los cinco años se aprovechan y van a España con otra tanta cantidad como la que han repartido». En 1780, el virrey del Perú, Jáuregui, abolió los repartimientos, lo que fue confirmado por el monarca. Con las intendencias, se suprimieron los corregidores y los alcaldes mayores.

3. Los alcaldes ordinarios

Los dos alcaldes de los cabildos eran los jueces ordinarios en primera instancia en todas las causas civiles y criminales locales, siempre que iniciaran antes que otros jueces el proceso o si se presentaba ante él la demanda. Cuando el pleito civil era inferior a 60.000 maravedises, la apelación la resolvían dos regidores designados por el cabildo; en los demás casos, iba a los alcaldes mayores, los corregidores o los gobernadores. Al suprimirse en las Ordenanzas de Intendentes los tenientes de gobernador y los alcaldes mayores y corregidores, los alcaldes ordinarios del cabildo tuvieron la totalidad de la jurisdicción ordinaria en las ciudades que no fueran capital de la provincia.

Había también alcaldes de la Santa Hermandad, designados también anualmente por el cabildo, para los delitos cometidos en yermos y despoblados; alcaldes de aguas, que dirimían los litigios entre regantes; y fieles ejecutores, encargados del control de pesos y medidas y de poner precio a las mercaderías, con facultad de imponer multas.

4. El alcalde mayor indígena

Waldemar Espinoza Soriano ha estudiado la figura del alcalde mayor indígena, que abundó en el virreinato del Perú.

> Donde lo hubo —describe—, presidió el municipio, con jurisdicción civil y criminal y era la autoridad inmediatamente superior a los alcaldes ordinarios y, al mismo tiempo, inmediatamente inferior al corregidor español.
>
> ...El alcalde mayor indígena que se implanta en el Perú en 1560 no es el alcalde mayor de Castilla (...) ni es el alcalde mayor español en Indias... Es un cargo para administrar justicia en nombre del rey sumariamente y con jurisdicción limitada; no podían conocer pleitos de cacicazgos, ni juicios de bienes de comunidades de un pueblo con otro; estaban imposibilitados para aplicar la pena de muerte y la de mutilación.

En 1600 y más concretamente aún, en 1632, queda completamente configurada la institución.

En 1587 se creó la alcaldía mayor indígena en Potosí, con jurisdicción sobre toda la provincia de los Charcas

> para que ante él pasen todos sus negocios y los juzgue como tal su alcalde mayor y para ello traiga una vara alta de la Real Justicia, con autoridad sobre todos los alcaldes ordinarios de los indios, capitanes de mita y caciques principales;

presidía el cabildo y podía imponer 1.000 pesos de oro al curaca o alcalde ordinario que se resistiera. Residía en La Plata y podía conocer «de las causas leves criminales y de las civiles de poca importancia entre indios». Si se ausentaban, siempre con permiso de la Audiencia, podían nombrar un teniente. Recibían la vara del corregidor, ante el que prestaban antes juramento. El nombramiento era vitalicio. El virrey Marqués de Cañete creó en 1593 una segunda alcaldía mayor indígena en Potosí, durante tres años y con juicio de residencia ante el corregidor.

Así se fueron estableciendo en La Plata, Quito, Huarochiri y en todas las provincias por donde transcurría el camino real de Lima a Potosí. Lo había también en Chachapoyas y Chucuito y «al fenecer la primera década del siglo XVII, se hallaban instaladas alcaldías mayores en casi todas las provincias del virreinato». En Quito, a propuesta del presidente de la audiencia, fueron suprimidos en 1680, pero en los distritos de las audiencias de Lima y Charcas sólo se extinguirían con la rebeldía de Túpac Amaru. El visitador José Antonio de Areche «extinguió los cacicazgos y títulos de nobleza de los Incas y con ello arruinó

la alcaldía mayor». En 1790 se restituyeron los privilegios a los caciques que no actuaron en la insurreccion y se volvió a nombrar en muy contados lugares a alcaldes mayores.

5. Otras jurisdicciones

En Indias, existieron, además, muchas otras jurisdicciones: la de hacienda fue concedida a medidados del siglo XVI a los oficiales reales, con apelación a las Audiencias. Con la creación de los intendentes, acumularon toda la jurisdicción de hacienda de los gobernadores y oficiales reales; la apelación iba a la Junta Superior de Real Hacienda. En 1788, los virreyes, como superintendentes generales de Hacienda, tenían también jurisdicción.

La jurisdicción militar fue concedida en 1608 a los capitanes generales y, análogamente, se concedió a los marinos en 1748.

Los virreyes entendían de modo sumario en los pleitos entre indios o contra ellos en el llamado «Juzgado General de Naturales», que ha estudiado Borah.

Había también una importante jurisdicción eclesiástica sobre todos los bautizados, especialmente sobre los miembros de las órdenes religiosas y en lo referente a los bienes de la Iglesia. El obispo tenía competencia para resolver todos los pleitos, civiles o criminales, en que fuera parte un sacerdote secular o regular. Gregorio XIII concedió en 1573 que las apelaciones evitaran que el pleito fuera a Roma. Carlos III recortó la jurisdicción eclesiástica en diversas materias (testamentos, consecuencias civiles de la separación en el matrimonio, etc.) y Carlos IV la inmunidad del clero.

Los Tribunales de la Inquisición —existían en Lima, México y Cartagena— actuaban con plena independencia. No tenían jurisdicción sobre los indios.

Los Tribunales de los Consulados —llegó a haber hasta diez al acabar el siglo XVIII— ejercían la jurisdicción mercantil. Se componían, como el de Sevilla, de un prior y dos cónsules nombrados anualmente.

Existía también un fuero universitario. Los rectores tenían jurisdicción en materia criminal, en tanto no supusiera penas como mutilación, efusión de sangre u otra corporal.

El protomedicato tenía jurisdicción en las causas que se promovían en el ejercicio de las profesiones de médicos, cirujanos y boticarios.

En la segunda mitad del siglo XVIII se creó el fuero de Correos, con competencia de virreyes, presidentes y gobernadores y apelación a la Real Junta de Correos y Postas de España e Indias.

Para materia criminal, en México funcionó en el siglo XVIII el Tribunal de la Acordada.

Por último, al Consejo de Indias, como Tribunal de Justicia, le correspondía, como señala José Luis Soberanes,

> conocer de los recursos de fuerza, visitas, residencias de los virreyes, presidentes, oidores y oficiales de las reales audiencias, contadores y oficiales de los tribunales de cuentas y demás oficiales de la Real Hacienda, gobernadores nombrados por el rey, del recurso de segunda suplicación, litigios sobre repartimiento de indios, de los recursos sobre la Casa de Contratación de más de 600.000 maravedises, las causas de los altos oficiales de la flota de Indias y, en general, aquellas causas que el Consejo, con autorización real, se avocaba para su conocimiento.

Como es natural, dada la abundancia de fueros, eran numerosas las cuestiones de competencia entre los diversos tribunales y jueces.

Como ha señalado Zorraquín Becú,

> la administración de justicia no fue por lo tanto un cuerpo homogéneo y jerárquico organizado, sino un conjunto de magistraturas dispersas y separadas, cada una de las cuales tenía su propia competencia, a veces un derecho especial que aplicaba, y siempre una inclinación constante a defender sus atribuciones.

En la segunda mitad del siglo XVIII —señala el mismo autor— «se afianzó la distinción —que en parte venía de los siglos anteriores— entre la justicia administrativa y la judicial u ordinaria».

V

LA REAL HACIENDA

La política internacional de España durante los siglos XVI y XVII estuvo orientada a la defensa de la fe católicaa en Europa frente a los protestantes y los turcos y al mantenimiento de la primacía de la Casa de Austria, aspectos ambos que se entrelazaban. Esto dio origen a una constante sucesión de guerras, que exigieron un esfuerzo colosal del fisco.

En ese contexto, la obtención de metales preciosos, especialmente la plata, de los territorios americanos pasó a ser uno de los fines primordiales de la política indiana de los reyes. Hoy sabemos, gracias a los estudios de Eufemio Lorenzo Sanz, que lo obtenido por la Hacienda Real en América suponía un 25 por ciento de los ingresos totales de la Corona en tiempos de Felipe II. Para ello, hubo que crear una vasta organización administrativa en el Nuevo Mundo y un sistema fiscal cada vez más amplio.

1. La organización administrativa

Cabe distinguir tres etapas: 1.ª Hasta la creación de los Tribunales de Cuentas en 1605. 2.ª Hasta la creación de las intendencias en el último tercio del siglo XVIII. 3.ª Desde la creación de las intendencias hasta la emancipación de América.

Durante la primera, ocupan el primer plano los llamados oficiales reales —contador, tesorero, factor y veedor— que, en muchos sitios, quedan reducidos a los dos primeros. Oficiales de carácter vitalicio, de nombramiento real, y que por lo tanto gozaban de la confianza de los

monarcas, desempeñaron en el siglo XVI un importante papel político, primero frente a los conquistadores y, más tarde, frente a virreyes, presidentes y gobernadores, que gozaban de facultades limitadas en materia de hacienda (no nombrar funcionarios propietarios, no crear impuestos, no disponer libremente de los ingresos, etc.). Distribuidos por todo el territorio americano (y filipino), al frente de las Cajas que se fueron creando en las ciudades importantes, en los puertos, asientos de minas, etc., con jurisdicción en materia de hacienda, con intervención como regidores en la vida de los cabildos (hasta principios del siglo XVII), con una actuación siempre colegiada, con responsabilidad solidaria, pudieron desempeñar sus tareas con eficacia, adaptándose perfectamente a la expansión territorial. Sin duda, fue un acierto grande esta administración directa por funcionarios que, en Castilla, tardaría más de dos siglos en consolidarse.

Durante ese primer período —anterior a 1605— estuvieron sujetos a la autoridad de los gobernantes indianos, que controlaban sus cuentas y su actuación y también a las visitas de los visitadores generales o de los contadores mayores de cuentas enviados desde España. El deficiente sistema de la toma de cuentas llevó a la creación en el año citado de Tribunales de Cuentas en México, Lima y Santa Fe (y, en el siglo XVIII, en otros territorios como el Río de la Plata y Chile). La relación directa de los oficiales reales con el rey y su Consejo de Indias se realiza ahora en parte a través del Tribunal de Cuentas respectivo, que es un órgano superior. La reforma fue útil, pero insuficiente. Durante los siglos XVII y XVIII continuarán las quejas del retraso en la toma de cuentas.

Con la creación de las intendencias, aunque subsistieron los oficiales reales y los contadores de cuentas, hubo cambios notables en la organización administrativa de la Real Hacienda. Los intendentes pasaron a ser los jueces de primera instancia en las causas de hacienda en lugar de los oficiales reales, con apelación a la nueva Junta Superior de Hacienda; reglamentaban la actuación de los funcionarios; escogían a los oficiales reales y controlaban todos los ramos de la Real Hacienda. El virrey actuaba —salvo algunos años— como superintendente general. Sobre la eficacia de la reforma hay dudas: si los intendentes contribuyeron al incremento de las rentas y a impedir fraudes y gastos superfluos, también supusieron una burocratización excesiva y un incremento de los gastos.

En todo tiempo, funcionaron Juntas de Hacienda, ordinarias y extraordinarias, y, a finales del siglo XVIII, la Junta Superior de Real Hacienda.

El monarca se reservó siempre el nombramiento de los oficiales reales propietarios, la creación de nuevos oficios, la facultad de crear nuevos impuestos y la disponibilidad de los fondos. El Consejo de Indias, que mantuvo —a diferencia de los demás consejos territoriales, incluso el de Castilla— sus facultades financieras, ayudaba al monarca en la política fiscal. En el siglo XVIII, la hacienda pasó a depender del secretario o ministro de indias.

2. Los ingresos

La lista de ingresos de la hacienda indiana era muy amplia y fue aumentando con los años. Al empezar el reinado Felipe II, el ingreso principal era el quinto y diezmo de la plata (41,9 por ciento), seguido del tributo del indio (34,2 por ciento) y del almojarifazgo del comercio (12 por ciento). Otros ingresos en 1557 eran los quintos y diezmos del oro (3,3 por ciento); derechos del fundidor (3,3 por ciento); comisos (3,2 por ciento), penas de Cámara (1,2 por ciento), extraordinarios (0,4 por ciento) y diezmos (0,09 por ciento).

Posteriormente, fue establecida la alcabala sobre los artículos vendidos o intercambiados, inicialmente con un 2 por ciento, elevado pronto al 4 por ciento. La Bula de Cruzada constituía una renta muy saneada. La venta y beneficio de cargos públicos constituyó otra fuente importante de ingresos en el siglo XVII y primera mitad del XVIII. La media anata —mitad de la renta del primer año de los oficios, mercedes y cargos civiles— fue establecida en 1632. El uso del papel sellado se inició en 1640. El azogue, explotado como monopolio, produjo cuantiosos beneficios. El estanco de los naipes y, sobre todo, el del tabaco cobró gran importancia en el siglo XVIII. Se acudió a la concesión de servicios —donaciones voluntarias— y empréstitos, más o menos voluntarios. Otros ingresos se obtenían por la composición y venta de tierras, sedes vacantes, ingresos eclesiásticos, como la mesada y los donativos forzosos, etc.

3. Los gastos

Faltan todavía estudios sobre los gastos de la hacienda indiana, salvo en algún aspecto concreto, como los militares. Pero cabe afirmar que las inversiones de la Real Hacienda en América y Filipinas aumentaron de tal manera que la mayor parte de los ingresos servían para pagar los salarios de los funcionarios, levantar costosas fortificaciones, construir edificios civiles y religiosos, etc. Por ejemplo, la Caja de Lima obtuvo, según Encarnación Rodríguez Vicente, desde 1651 a 1739, 178,9 millones de pesos, de los cuales sólo pudieron remitirse a España 36,9, es decir, el 20,6 por ciento.

VI

EJÉRCITO Y ARMADA

En el Derecho Indiano, la Guerra se concibe como una de las cuatro materias administrativas (junto con el Gobierno, Justicia y Hacienda). Para su estudio, conviene distinguir cuatro instituciones que aparecieron sucesivamente: la hueste, la encomienda, las milicias y el ejército permanente.

1. La hueste

Como es sabido, la conquista de América se hizo por el sistema jurídico de capitulaciones con particulares. Se discute su naturaleza jurídica —si son o no verdaderos contratos que obligan igual a ambas partes o una concesión administrativa— pero el hecho es que abren camino a la formación de la hueste, cuya actuación fue decisiva en la etapa incial de la conquista.

Demetrio Ramos ha apuntado la posibilidad de que la hueste indiana constituyera una proyección de usos marineros medievales, el «fecho de la mar». El hecho es que en las capitulaciones se establece que la organización y financiación de la empresa queda a cargo del capitulante, sin que la Corona desembolsase nada. El capitán de la expedición ha de reclutar la gente y gobernarla, ayudado por las demás jerarquías (maestre de campo, sargento mayor, alféreces, cabos, etc.). Los que se alistan lo hacen voluntariamente y en forma contractual. El caudillo les ofrece una parte del oro, plata y joyas que se consiga, oficios, tierras y repartimientos de indios después de pacificada la tierra. El soldado se compromete con su vida y su servicio militar al triunfo

de la empresa; si ésta fracasa, no tiene derecho alguno. Por lo general, ellos se costean sus armas y manutención.

2. El servicio militar de los encomenderos

Hernán Cortés dio en 1524 unas Ordenanzas donde se establece la obligación de los encomenderos a prestar cierto servicio militar: ha de poseer una o más armas y, en su caso, caballo o yegua, y ha de presentarse a los alardes. Ya existía cierta obligación militar de los encomenderos en Castilla, como vemos por la Real Cédula de 1501 en la que a Nicolás de Ovando, gobernador de La Española, comendador de Lares, se le da «por relevado para que durante el dicho tiempo seais obligado de nos servir con las lanzas en que por razón de la dicha vuestra encomienda sois obligado a nos servir como administradores perpetuos de la dicha Orden». García-Gallo, que recuerda esa disposición, piensa que Cortés hizo una amalgama de la encomienda antillana, de la que toma el servicio del indio, ahora convertido en tributo, y la obligación del encomendero de adoctrinarlo y de la monástico-militar de Castilla, de la que toma el servicio militar el encomendero al estado. Supone que los encomenderos sólo estaban obligados al servicio militar para defenderse de ataques exteriores o levantamiento de indios.

En el Perú se dispuso en 1536 que los encomenderos tuviesen «caballo, lanza y espada y las otras armas defensivas» y en 1541 se confirma la obligación militar de los encomenderos, pero se deja a discreción del gobernante el señalar «las armas que os pareciere ser necesarias, según la calidad de los repartimientos que cada uno tuviese».

Esta obligación militar de los encomenderos fue extendiéndose a los demás territorios indianos. En la segunda mitad del siglo xvii se fueron incorporando encomiendas a la Corona para las necesidades militares. Finalmente, en 1718, se suprimen las encomiendas y con ello, cesa esta forma de prestación militar.

3. Las milicias

Todo vecino —los que tienen casa poblada en una ciudad— tenía en las Indias la obligación de tener armas y acudir a los alardes, según

se dispone con carácter general en la Recopilación de 1680. Tiene la obligación de empuñar las armas cuando haya una situación de peligro para la ciudad. Pero no existen milicias concejiles, ya que, dice Santiago Gerardo Suárez,

> la temporalidad y la provisionalidad de las previsiones de los Cabildos; la interinidad y eventualidad de las tareas cumplidas por los vecinos; y, en general, la inorganicidad e informalidad de los grupos actuantes, abstracción hecha de la carencia de normas que les den adecuado alojamiento institucional, descartan la posibilidad en cuestión.

En el siglo XVII se constituyen numerosas compañías de milicias en todos los territorios. El goce del fuero militar atrae a numerosos vecinos.

> Aparte de participar en actividades ceremoniales y desfiles cívicos y religiosos —escribe Gerardo Suárez— desempeñan algunos cometidos secundarios de orden castrense, tales como escoltar a puerto a los criminales condenados a galeras, aprehender desertores, conducir pliegos militares, hacer rondas nocturnas, transportar prisioneros y ejercer deberes de guardia y policía.

Los milicianos carecían, por lo regular, de armas y uniformes.

A partir de 1763, y partiendo de Cuba, donde se da un reglamento en 1764 que tendría vigencia general en América, se organizan las milicias siguiendo el modelo castellano de 1734. Ahora, tiene carácter obligatorio, con exenciones. Del total de vecinos aptos para las armas, se toma el número necesario por sorteo o elección directa. Se prevé un entrenamiento, una remuneración, armamento y uniforme El hombre clave es el mariscal de campo Alejandro O'Reilly, quien en 1770 será nombrado Inspector General del Ejército de América. Se constituyen regimientos y batallones, escuadras y compañías de Infantería, Caballería y Dragones. Se alista a blancos, pardos y negros o morenos en unidades separadas, aunque se llevan a formar algunas con gente de todas las etnias. El cuadramiento se hizo en algún momento por gremios.

Para asegurar el control de esas milicias, los sargentos y ayudantes veteranos son, de hecho, los que tiene el mando de los cuerpos. Para atraer a los miembros de las mejores famillias, se crea en Lima el Regimiento de la Nobilidad, cuya primera compañía está compuesta de

títulos de Castilla y, en Caracas, la Compañía de Nobles Aventureros. A través de la compraventa de los cargos de tenientes, subtenientes y capitanes se crean los oficiales de beneficio que, por lo general, respondieron bien.

Los milicianos de Indias disfrutaban de menos privilegios que los de España. García-Gallo resume los del Reglamento de Cuba:

> Exención de hospedaje; alojamiento de tropas o bagaje, salvo caso de absoluta necesidad; de todo oficio que les sirviese de carga, como la tutela; de pagar carcelaje cuando estuvieren arrestados, del pago de los arbitrios establecidos por los gobernadores y justicias, pero no por real cédula para propios de ciudades. Cuando los milicianos son movilizados y prestan servicio cobran igual sueldo que los veteranos y tienen derecho a que sus familias sean atendidas en los hospitales militares. Aquellos que cobran sueldo constante disfrutan de este privilegio en todo tiempo. Los oficiales gozan de los mismos derechos que los del ejército regular.

Una Orden de 1774 indica que, aunque el Reglamento de Cuba no lo indique, el que haya servido 20 años en las milicias y se retirara con causa legítima, seguiría gozando del fuero militar. Todo miliciano gozaba de ese fuero.

Sólo se movilizaba a los milicianos en caso necesario, por ejemplo ante un ataque enemigo, para ayudar a los veteranos, pero se mantenía con carácter permanente los cuadros de mando y organización. Los tenientes, sargentos mayores y ayudantes se dedicaban por entero al servicio. En el siglo XVIII era habitual que los milicianos hicieran guardias.

4. El ejército permanente

A principios del siglo XVII aparece ya en Chile un ejército permanente para la guerra con los araucanos: 15 compañías de Infantería, con 100 hombres; 7 de Caballería, con 70 y una de Guión, con 40. A partir de 1710, existen ya batallones y regimientos en muchas partes. En 1760 se crea la Inspección General de los Reales Ejércitos y, en 1769, se mandan aplicar en América las famosas Ordenanzas Militares de Carlos III promulgadas para España el año anterior.

La provisión de empleos en los cuerpos y tropas que se envían a América depende del Ministerio de Guerra. En 1786, el secretario de Indias, Gálvez, informa que los cuerpos veteranos fijos de América y Filipinas gozarán las mismas exenciones, prerrogativas y fueros que los del ejército de España. Se reservan a los españoles las plazas de los cuerpos veteranos y para ello se establecen banderas de recluta en la península. Sin embargo, en el siglo XVIII la presencia de criollos en los cuerpos veteranos aumenta considerablemente.

Según el Conde de Clonard, al empezar el siglo XIX había en América 29 regimientos fijos con 46 batallones y 28.969 hombres y 108 compañías veteranas sueltas, con 9.931 hombres. Había también diversas unidades de artillería, agrupadas en 12 departamentos.

En la instrucción reservada para el Consejo de Estado de 1787, Floridablanca indica

> que jamás se deje de tener tropa veterana, española, en los puertos principales y que sean de más cuidado en Indias, con el fin de que contenga y apoye los cuerpos fijos y milicias en los casos ocurrentes.

El número de hombres enviados desde la Península a las Indias fue de 114.968.

5. Las Armadas

El tráfico marítimo con América fue organizado, como es sabido, por el sistema de dos flotas anuales que en las Antillas se dividían en flota de Nueva España y flota de los Galeones de Tierra Firme, además de la del mar del Sur, desde Panamá al Callao. Para seguridad de esta flota, además de las armas y municiones de los galeones, se crearon armadas que las protegían, una, hasta o desde Canarias; otra, la llamada de Barlovento, creada en 1640, en las Antillas, que terminó en fracaso; y la del mar del Sur.

A alguna de las compañías de comercio creadas en el siglo XVIII, como la Guipuzcoana de Caracas, se le autorizó a ir armadas y a armar embarcaciones menores. En 1764, contaba con diez navíos de 86 cañones, 92 pedreros y 518 marineros. Tuvo también importancia desde la segunda mitad del siglo XVII el corso.

En 1774, había destinados en América 48 navíos de guerra.

VII

EL CONTROL DE LOS FUNCIONARIOS

La Corona española necesitaba asegurar la pureza de la actuación de los funcionarios y para ello puso en marcha en América y Filipinas los dos medios que utilizaba ordinariamente en la península (además de la pesquisa): el juicio de residencia, para los oficios temporales, y el de visita, para los vitalicios, propios de los oficiales de los órganos colegiados, como los tribunales: Audiencias, tribunales de Cuentas y oficiales reales de la Hacienda (que también constituían un tribunal específico). La visita se aplicaba también a las autoridades universitarias. El Tribunal de la Inquisición, el de Cruzada y los caballeros de las órdenes eran visitados por personas enviadas no por el Consejo de Indias sino por sus consejos respectivos.

Todavía hoy es difícil señalar nítidamente las diferencias de los dos tipos de control y el criterio que se seguía para utilizar uno u otro. Ambos —la residencia y la visita— servían no sólo para castigar las transgresiones legales, sino también para ocupar nuevas plazas. En 1559, Felipe II indicaba de su puño y letra al Consejo de Cámara de Castilla:

> Y hase de tener mucha consideración siempre en las que se me propusieron para las plazas de asiento a lo que hubiere resultado de las visitas y en los oficios temporales de todas las residencias.

Existían rigurosas disposiciones que prohibían ocupar un cargo sin haber dado residencia anterior.

Había, por supuesto, diferencias claras entre residencias y visitas. Las más llamativas eran, sin duda, el que en estas últimas, la sentencia la daba no el visitador sino el Consejo de Indias y que el juicio era

secreto, sin dar al visitado el nombre ni el testimonio de los testigos —como también ocurría en el Santo Oficio—, para evitar la posible venganza de los que continuaban desempeñando su cargo. En las visitas no se admitía en ningún caso suplicación, mientras que en las residencias únicamente cabía en el caso de privación perpetua del oficio o pena corporal.

Mariluz Urquijo mantiene, con razón, que la diferencia entre visita y residencia era una cuestión de procedimiento y que la Corona podía utilizarlas indistintamente según fueran las circunstancias del caso, apreciadas de una manera subjetiva. Los mismos funcionarios y en las mismas condiciones podían ser sometidos a una u otra forma. Lo normal era que a virreyes y gobernadores, que tenían nombramiento temporal, se les aplicara el juicio de residencia, pero sabemos que en el siglo XVI hubo virreyes visitados y no residenciados, como ocurrió en el Perú con Andrés Hurtado de Mendoza, el Conde de Nieva y el Conde de Villar. Lo mismo ocurrió con el gobernador de Cuba, Pedro Menéndez de Avilés. En 1624 se aclaró que virreyes y presidentes serían visitados sólo en cuanto presidentes de la Audiencia, pero para los demás cargos (de virrey, de capitán general) y para sus criados y allegados, se les aplicaría la residencia. Éste fue, al parecer, el criterio que prevaleció en adelante.

En cambio, para los ministros de las Audiencias se siguió el camino contrario: durante el siglo XVI fue bastante corriente someterlos a residencia, con suspensión del oficio mientras se tramitaba aquélla —esta suspensión es nota fundamental en el juicio de residencia— y, sin embargo, se impuso el criterio de someterlos a la visita, con suspensión únicamente en el caso de que a alguno se le hallara notablemente culpado.

1. El juicio de residencia

El juicio de residencia constaba de dos partes. En la primera, se investigaba de oficio la conducta del oficial y en la segunda, se presentaban las demandas de los particulares. Para la prueba, se acudía especialmente a la testimonial. Para los oficios provistos por consulta del Consejo de Indias, los jueces de residencia eran designados por el presidente del Consejo y los provistos por virreyes, presidentes y gober-

nadores, por jueces comisionados por quien los proveyó. Los corregidores solían ser residenciados por sus sucesores en el cargo.

El juicio de residencia tenía que realizarse en un corto plazo: 90 ó 120 días. Las penas acostumbradas eran multas, inhabilitación temporal o perpetua, destierro y traslado (aunque esta última apenas se usaba). La más corriente era la multa. La pena de inhabilitación perpetua no era aplicada rigurosamente.

Las residencias de oficios de provisión real se veían en segunda instancia en el Consejo de Indias y las provistas por autoridades indianas, en las Audiencias de allí. De hecho también muchas residencias de corregidores y alcaldes mayores de provisión real fueron revisadas en las Audiencias, práctica que quedó legalizada en 1769. El Consejo de Indias consultaba al monarca los casos de condenación de pena corporal y los de suspensión o privación de oficio.

Los virreyes ofrecían cierta residencia.

> La mayor penalidad que se padece en las residencias de los virreyes —escribía en 1642 el Obispo de Puebla, Palafox— es que habiendo dispensado ellos tanto en las leyes al obrar, quieren que no se ajuste el juez con ellas al averiguar, y de los excesos llevarse ellos el provecho y el juez el escrúpulo.

En el caso de la residencia de virreyes, no se fijaba, como en las demás, un término limitado.

El punto más débil fue el de las residencias a los alcaldes mayores y a los corregidores. Según Yali Román, se vendían las comisiones para tomar la residencia por unos 500 pesos. Por una sentencia obsolutoria se pagaban unos 1.000 pesos,

> y cuando por acaso resultaba condenado algún alcalde mayor o corregidor en su residencia, corría normalmente a cargo del virrey o presidente, como parte interesada, el cuidado de que la segunda instancia no prosperara.

2. Las visitas generales

En cuanto a las visitas, dentro de cierta imprecisión en el uso del término, solía emplearse el de visita general para referirse a la visita

ordenada por los monarcas o uno o varios tribunales y también a la Universidad y a la Casa de la Moneda.

La tarea del visitador era tan amplia y fatigosa, sobre todo si abarcaba la exigencia de la toma de cuentas de la Hacienda Real, que era difícil prever su duración. La realidad era que se alargaban año tras año, exigiendo continuas prórrogas.

El número de visitas generales ordenadas por los Austrias fue, al menos, de 43. La máxima concentración tuvo lugar en los reinados de Felipe II y Felipe IV. Bajo los Borbones fueron menos numerosas, pero las de Carlos III tuvieron especial relieve por su carácter reformista.

La elección de la persona del visitador era una cuestión delicada que se rodeaba de las necesarias garantías de éxito. Exigía en el candidato una sólida preparación jurídica. Era importante también que estuviera dotado de energía y carácter para enfrentarse, lejos de la Corte, a autoridades que gozaban de gran poder y que eran muy celosos de sus prerrogativas, que iban a recibirle con más o menos declarada hostilidad. El oficio no siempre era apetecible, sin duda porque era el origen de graves disgustos y enemistades para los visitadores. Entre éstos destaca un grupo de consejeros de gran celo e independencia y que actúan casi siempre con gran rigor.

Es interesante señalar que se les concedían facultades legislativas. Algunos, como Tello de Sandoval y Palafox redactaron ordenanzas importantes.

Como ocurría con tantos otros funcionarios, la pobreza de los visitadores eran muchas veces manifiesta.

Solían formular numerosos cargos a los visitados, que nos permiten conocer los tipos de abusos más característicos. En cuanto a la actuación judicial de las Audiencias, los más significativos eran los de dilación de las causas y parcialidad de los jueces. Fuera de la Audiencia, abusos de orden económico y de exceso de poder. A pesar de la prohibición de intervenir en actividades comerciales, la insuficiencia de su salario y la fuerte inflación les llevaba a claras infracciones. El prestigio del organismo a que pertenecían les llevaba a atropellos con los indios y también con los colonos. Al estudiar los numerosos cargos dados en las cinco visitas a la Audiencia de Santa Fe en los siglos XVI y XVII, Fernando Mayorga opina que «de su elevado número no puede colegirse necesariamente que pueda hablarse de una mala administración de justicia».

Llama la atención que las sentencias dadas por el Consejo de Indias en las visitas generales eran, en general, benévolas. Solían imponerse multas y, con frecuencia, la suspensión temporal del cargo, con pérdida del sueldo. Consta que en los siglos XVI y XVII hubo 35 suspensiones de oidores y fiscales, 8 privaciones de oficio y 2 traslados. En las visitas a la Audiencia de Santa Fe, las penas más severas fueron las de ocho años de suspensión a dos presidentes de la Audiencia. Quizás la mayor severidad se dio al juzgar cargos referentes a materia fiscal. Fue también frecuente la remisión de parte de la pena, acortando el tiempo de suspensión. En un caso concreto, Felipe II se molestó de tanta benevolencia:

> Habiendo sido privado en la visita y vista su pretensión en el consejo y negándole, no sé yo cómo el consejo ha mudado de parecer para volverle el ministerio de justicia.

Ronald Escobedo ha señalado que en las visitas generales de Gálvez y Areche ordenadas por Carlos III hay algunos matices diferenciales: supusieron medidas reformistas, los visitadores contaron con mayor autonomía, sobre todo en el caso peruano, al ser nombrado Areche superintendente de la Real Hacienda en lugar del virrey, y las materias de Hacienda fue parte sustancial de su misión y la administración de justicia, al menos en Gálvez, accidental.

3. Eficacia de las residencias y visitas

Una cuestión que cabe plantearse es el de la eficacia de las residencias y visitas como medios de control de la conducta de los funcionarios de la administración española.

Si se observa, por ejemplo, el abultado número de cargos que se hacen a algunos gobernantes (108 son los que presentó el visitador Bonilla al virrey del Perú Conde del Villar), la impresión puede ser pesimista y, sin embargo, el propio visitador, con fama de minucioso y severo, opinará que el virrey es «caballero, buen cristiano, limpio y de buena intención y verdadero trato». Lo mismo ocurre con las residencias de otros virreyes peruanos que ha revisado Vargas Ugarte. Destaca la condena del Marqués de Villamanrrique, virrey de Nueva España en

tiempos de Felipe II, condenado a privación perpetua de oficios y destierro de la Corte, pero al que, por influencia de su amigo Lerma, fue perdonado por Felipe III. También fue dura la sentencia contra el virrey de México Conde de Baños, condenado en más de cuatro millones. En el siglo XVIII se dio un caso curioso, el del Duque de Alburquerque, que ha estudiado Luis Navarro. Por temor al castigo real por sus negocios ilegales, ofreció a Felipe V 700.000 pesos en composición y el dinero le fue aceptado.

De que las residencias a los virreyes se hacían con la misma seriedad y afán de justicia que a los demás funcionarios, podrían aportarse numerosas pruebas pero, como muestra, bastará con una: entre las sentencias del licenciado Fernando de Aguilar en la residencia del Conde de Baños, hay una debida a la demanda de un negro libre. El guardarropa del conde le había quitado por orden de éste una esclava negra y, por resistir aquél, le habían puesto de cabeza en el cepo del cuerpo de guardia; después, le soltaron, dándole 80 pesos. El juez de residencia condenó al virrey a que, dentro del tercer día de la notificación de la sentencia, pagara al negro 70 pesos de oro común que, con los otros 80, hacían lo que le costó la negra a su dueño y absolvió al conde por los jornales que perdió.

En cuanto a presidentes y gobernadores, la tónica de las sentencias es la misma: multas y suspensión temporal de su oficio. Al presidente Landecho, de Guatemala, multa de 131.000 maravedises y seis años de suspensión (que le fueron luego perdonados por el consejo, que le nombró alcalde del Crimen de Lima); a su sucesor, Briceño, juez de residencia del anterior, 4.000 pesos (más de diez veces que a Landecho) y cuatro años de suspensión, que cumplió, pasando después como presidente a Santa Fe.

Llavador ha estudiado la residencia del gobernador de Venezuela, el almirante Félix García González de León, condenado en 1674 a diez años de presidio, por atropello a los indios, ocho años de suspensión y 6.000 pesos de multa. El juicio que hace Enriqueta Vila sobre los gobernadores de Puerto Rico de la primera mitad del siglo XVII, a la vista de sus juicios de residencia, les es favorable. De once, tres fueron promovidos a presidentes de Panamá y uno, a general de la flota. Un caso grave fue el de Juan de Haro, que por haber manejado dinero del situado de México, haber sacado pólvora del Morro para venderla en Santo Domingo y otras faltas, fue condenado a ir preso al Consejo de

Indias para que le impusiera la pena definitiva, a pagar 2.000 ducados y al embargo de bienes.

El sistema de control de los funcionarios de Indias, los juicios de residencia y las visitas, mostró mayor eficacia de lo que se piensa. Además de que la continua presencia de ese tipo de jueces en las Indias producía un saludable temor, la eficacia de la residencia, como ha señalado Mariluz Urquijo,

> se hace ostensible por otros muchos detalles. Son reveladoras las frecuentes quejas por la excesiva severidad de los jueces que partían de los residenciados. Los mismos enconos y rencillas que tanto critican los autores de la época como fruto de las residencias nos indican que tales juicios distaban mucho de ser una simple comedia para aquietar la real conciencia. Son también sintomáticos los pedidos populares a favor de la institución en cuanto se advertía cualquier desfallecimiento en su observancia.

Eran, además, válvulas de escape que se abrían a la libertad de expresión. Por lo demás, la Corona hizo un esfuerzo incesante para perfeccionarlas.

También las visitas a los tribunales y a las cajas reales mostraron su eficacia. Los abusos de los funcionarios, de cualquier rango, fueron castigados y sirvieron para numerosas disposiciones correctoras. Además, fruto de las visitas, era una valiosa información al rey y al consejo, más independiente de los intereses materiales de los gobernantes indianos.

Como ya señalé en otra ocasión,

> sin pensar en la existencia de un maquiavélico sistema de contrapesos, las residencias y visitas y la abundante información que llegaba de todas partes al rey y a su Consejo de Indias (correspondencia de oficiales reales, prelados, religiosos y aun particulares) constituía un freno poderoso para evitar que los abusos de gobernantes y jueces crecieran y degeneraran en términos no aceptables.

VIII

JUICIO CRÍTICO SOBRE LA ADMINSTRACIÓN ESPAÑOLA EN AMÉRICA

Juzgar el sistema de gobierno implantado por España es prematuro y requeriría más estudios concretos. Para el argentino Zorraquín Becú, «no se llegó a un absolutismo total», pues contaron mucho «la religión, el derecho natural y la prudencia política». Opina que el gobierno presentó una «gran ductilidad, una enorme aptitud inicial para crear instituciones... sobre una base empírica» y que «había una efectiva y real descentralización, tanto territorial como de funciones», libertad e independencia.

Hay que rechazar, con García-Gallo, el tópico de un «gobierno de contrapeso» en el que se buscaría, maquiavélicamente, enfrentar a las distintas autoridades, cuando en realidad se buscaba con empeño su actuación concorde. También parece inexacta la pretendida inaplicación del Derecho Indiano, por no entender el sentido de la práctica de la obediencia sin cumplimiento inmediato. Me gustaría que se pudiese revisar el juicio del norteamericano Clarence H. Haring cuando afirma que «por la necesidad de referirse constantemente al gobierno central, las demoras, los entorpecimientos y la rutina fueron la regla» en el gobierno de las Indias; aunque es justo decir que añade: «...pero tal vez las ventajas del sistema fueran mayores que los inconvenientes que provocaba». Me parece precipitada, y tal vez injusta, su afirmación de que «los gobernantes dinámicos, eficientes y honestos fueron una minoría, mientras abundan los ejemplos de mandatarios rutinarios o inescrupulosos». Otro norteamericano, Phelan, estudiando el reino de Quito, en el siglo XVII, hace también juicios del sistema español discutibles, aunque estoy de acuerdo con él en ver el fallo más llamativo del sistema de gobierno en la escasa retribución de los funcionarios. Zorra-

quín teme también que «la profusa y minuciosa legislación enviada a los gobernantes indianos, limitaba su iniciativa y responsabilidad».

Los elogios también abundan. He aquí dos ejemplos. El mexicano Silvio Zavala, escribe:

> A la grandeza territorial del imperio, corresponde una inmensa organización política, administrativa, jurídica y hacendaria. Vista en su conjunto, en unión con las imponentes obras materiales, ha merecido en las páginas de varios historiadores la comparación con el imperio de Roma.

Y el propio Haring afirma:

> Se ha señalado que los españoles del siglo XVI mostraron las características de los antiguos romanos más que ningún otro pueblo del mundo moderno. Revelaron en la conquista y colonización de América el mismo valor y espíritu emprendedor, las mismas cualidades militares, la misma paciencia para con las dificultades, que distinguieron a los soldados y colonizadores romanos en los tiempos de Escipión el Africano y Julio César. Y, como los romanos, fueron principalmente creadores de leyes y forjadores de instituciones. De todos los pueblos colonizadores de los tiempos modernos, los españoles fueron los poseedores de la mentalidad más jurídica. Desenvolvieron rápidamente en el Nuevo Imperio un sistema administrativo cuidadosamente organizado, como pocas veces se viera hasta entonces.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre la administración central, sigue siendo fundamentalmente la obra de E. Schafer, *El Real y Supremo Consejo de las Indias: su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, Sevilla, 1935 y 1947. Para el siglo XVIII, G. Bernard, *Le Sécrétariat d'Etat et le Conseil Espagnol des Indes (1700-1808)*, París, 1972. Vid. también Universidad de Valladolid, *El Consejo de Indias en el siglo XVI*, Valladolid, 1970 y A. García-Gallo, «El Consejo y los Secretarios en el gobierno de las Indias en los siglos XVI y XVII», en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, 1987.

Sobre los oficios y la burocracia indiana, I. Sánchez Bella, «Los Agentes de la Administración Pública en Indias», en G. Morón, *Historia General de América*, 13, Caracas, 1988; B. Bravo Lira, «Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Derecho Indiano», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 8, Santiago, 1981; J. M. Mariluz Urquijo, *Orígenes de la burocracia rioplatense*, Buenos Aires, 1974; «El sistema burocrático en el siglo XVIII», en *Historia General de España y América*, XI-2, Madrid, 1989. Sobre la venta de oficios, F. Tomas y Valiente, *La venta de oficios en Indias (1493-1606)*, Madrid, 1972; F. Muro Romero, «El beneficio de oficios públicos con jurisdicción en Indias. Notas sobre sus orígenes», en *Anuario de Estudios Americanos*, 35, Sevilla, 1978; M. Bertrand, *L'État espagnol et ses officiers aux Indes: Le reclutement de la Cour des Comptes de México (1680-1770)*, Madrid, 1989.

Sobre la organización territorial en general, A. García-Gallo, «Los orígenes de la administración territorial de las Indias: El gobierno de Colón», en *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972; «La evolución de la organización territorial de las Indias de 1492 a 1824», en *Los orígenes* citado; I. Sánchez Bella, «La organización política de la América española» en, *Cicle entorn al V^e^ Centenari del Descobrimend d'América*, Barcelona, 1988.

Sobre los virreyes americanos, J. Lalinde Abadía, «El régimen virreino-senatorial en Indias», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 37, Madrid, 1967

y los viejos trabajos de D. E. Smith, *The Viceroy of New Spain*, Berkeley, 1913 y L. E. Fisher, *Viceregal administration in the Spanish American colonies*, Berkeley, 1926. Vid. también J. I. Rubio Mañe, *Introducción al estudio de los Virreyes de Nueva España (1535-1746)*, México, 1955-1961.

Sobre los presidentes-gobernadores, F. Muro Romero, *Las Presidencias-Gobernaciones en Indias (Siglo XVI)*, Sevilla, 1975. I. Sánchez Bella, «Quito, Audiencia subordinada», en *Derecho Indiano: Estudios, 2*, Pamplona, 1991. J. Reig Satorres, «Precisiones sobre la Audiencia y la Presidencia de Quito», en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 11, Santiago, 1985.

Sobre los gobernadores, R. Zorraquín Becú, «El oficio de gobernador en el Derecho Indiano», en *Estudios de Historia del Derecho*, 1, Buenos Aires, 1988.

Sobre las capitanías generales, A. García-Gallo, «La Capitanía general como institución del gobierno político en España e Indias en el siglo XVIII», en *Los orígenes*.

Sobre las intendencias, G. Morazzani de Pérez Enciso, *La intendencia en España y América*, Caracas, 1966. L. Navarro García, *Intendencias en Indias*, Sevilla, 1959. R. Rees Jones, *El Despotismo Ilustrado y los intendentes de la Nueva España*, México, 1979. J. R. Fisher, *Gobierno y sociedad en el Perú Colonial. El Régimen de las Intendencias: 1784-1814*, Lima, 1981. H. Samayoa Guevara, *Implantación del régimen de intendencias en el reino de Guatemala*, Guatemala, 1960. L. Díaz-Rechuelo, «La Intendencia en Filipinas», en *Historia Mexicana*, 16, México, 1966-67.

Sobre los cabildos de españoles, C. Bayle, *Los Cabildos seculares en la América Española*, Madrid, 1952. G. Lohmann Villena, *Los regidores perpetuos del Cabildo de Lima (1535-1821)*, Sevilla, 1983; «Los regidores del Cabildo de Lima desde 1535 hasta 1635 (Estudio de un grupo de dominio)», en *Revista de Indias*, 127-130, Madrid, 1972. G. Porras Muñoz, *El gobierno de la ciudad de México en el siglo XVI*, México, 1982. J. P. Moore, *The Cabildo in Perú under the Hapsburg. A study of the origins and powers of the Town Cuncil in the Viceroyalty of Perú, 1530-1700*, Durham, 1954; *The Cabildo in Peru under the Bourbons. A Study in the decline and resurgence of local government in the Audiencia of Lima, 1700-1824*, Durham, 1966. R. Zorraquín Becú, *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1959; reed. 1962. F. Domínguez Compañy, *Estudios sobre las instituciones locales hispanoamericanas*, Caracas, 1981.

Sobre el cabildo de municipios de indios, F. Chevalier, «Les municipalités indiennes en Nouvelle Espagne», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 15, Madrid, 1944. C. Bayle, «Cabildos de indios en la América española», en *Missionalia Hispánica*, 8, Madrid, 1951.

Sobre la administración de justicia en general, vid. R. Zorraquín Becú, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952; reed. 1981. Sobre las audiencias, existe una abundante bibliografía, que puede verse

en S. Gerardo Suárez, *Las Reales Audiencias Indianas. Fuentes y bibliografía*, Caracas, 1989. Vid. especialmente A. García-Gallo, «Las Audiencias de Indias. Su origen y caracteres», en *Los orígenes*. M. A. Burkholder y D. S. Chandler, *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias de América, 1687-1808*, México, 1984. I. Sánchez Bella, «Las Audiencias y la función de gobierno en Indias», en *Derecho Indiano: Estudios 2*. G. Lohmann Villena, *Los Ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821)*, Sevilla, 1974. P. Arregui Zamorano, *La Audiencia de México según sus visitadores, siglos XVI y XVII*, México, 1981 F. Arvizu y Galarraga, «El fiscal de la Audiencia en Indias y su paralelo castellano, siglos XVI y XVII», en *Poder y presión fiscal en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII*, Valladolid, 1986. J. Salcedo y Izu, en *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, 1976. J. L. Soberanes Fernández, «El Estatuto del Regente de la Audiencia de México», en *Anuario de Estudios Americanos*, 32, Sevilla, 1975. E. Martiré, *Los regentes de Buenos Aires. La reforma judicial indiana de 1776*, Buenos Aires, 1981. A. Bermúdez Aznar, «Las funciones del Presidente de la Audiencia en Indias», en *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, 1976.

Sobre corregidores y alcaldes mayores, no existe todavía una monografía definitiva. Puede verse A. García-Gallo, «Alcaldes mayores y corregidores en Indias», en *Estudios*. G. Lohmann Villena, *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, 1957. A. Yali Román, «Sobre alcaldías mayores y corregidores en Indias. Un ensayo de interpretación», en *Jahrbuch...* 9, Colonia, 1977. C. Molina Argüello, «Gobernaciones, alcaldías mayores y corregimientos en el reino de Guatemala», en *Anuario de Estudios Americanos*, 17, Sevilla, 1958. M.ª del Refugio González, *La Administración de justicia en el Gobierno Provincial en la Nueva España, 1570-1787*, en W. Borah (coord.), *El gobierno provincial en la Nueva España, 1570-1787*, México, 1985. M.ª Justina Saravia Viejo ha examinado el tema de los corregidores y alcaldes mayores en el gobierno del virrey Luis de Velasco «el Viejo» en su excelente estudio *Don Luis de Velasco, virrey de Nueva España, 1550-1564*, Sevilla, 1978. Sobre el alcalde mayor indígena, W. Espinoza Soriano, «El alcalde mayor indígena en el virreinato del Perú», en *Anuario de Estudios Americanos*, 17, Sevilla, 1960.

Sobre jurisdicciones especiales, vid. J. L. Soberanes Fernández (coord.), *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, 1980. Sobre la Inquisición en América hay una abundante bibliografía; puede consultarse la obra general de J. Pérez Villanueva y B. Escandell Bonet (edits.), *Historia de la Inquisición en España y América*, Madrid, 1984. Sobre el Tribunal del Consulado, M. E. Rodríguez Vicente, *El Tribunal del Consulado de Lima en la primera mitad del siglo XVII*, Madrid, 1960. A. M.ª Barrero, «La legislación consular en la Recopilación de Indias», en *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-*

jurídicos, México, 1987. W. Borah, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España,* México, 1985. M.ª C. Purroy Turrillas, «Jurisdicción en Indias de los Capitanes Generales en causas militares (siglo XVII)», en *Poder y presión fiscal en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII,* Valladolid, 1986.

Sobre la Real Hacienda, además de las excelentes exposiciones de conjunto de Lasaosa y de Salinas en las historias generales de América de Ediciones Rialp y de Guillermo Morón, ya mencionadas, y la de F. Silva, en *Revista Chilena de Historia del Derecho,* 4, Santiago, 1965, abundan las monografías, tanto sobre la organización administrativa como sobre los diversos ingresos. Faltan trabajos sobre algunos de estos últimos —almojarifazgo, quinto de los metales preciosos— y, sobre todo, sobre los gastos.

Sobre la administración de la Hacienda, mencionaré I. Sánchez Bella, *La organización financiera de las Indias (siglo XVI),* Sevilla, 1968; reed. México, 1990; «El Tribunal de Cuentas de México (siglo XVII)», en *Memoria del Cuarto Congreso Venezolano de Historia,* 3, Caracas, 1983. R. Escobedo, *Control fiscal en el Virreinato del Perú. El Tribunal de Cuentas de Lima,* Madrid, 1986.

Sobre los ingresos, los trabajos sobre el tributo de J. Miranda, México, 1952; R. Escobedo, Pamplona, 1979 y C. J. Díaz Rementería, Madrid, 1977 y México, 1979 y M. A. González de San Segundo, Palma, 1983 y Madrid, 1984. Sobre la alcabala, los de Escobedo, Sevilla, 1976; Morazzani, Valladolid, 1986; Bisio de Orlando, Buenos Aires, 1984; Eugenio Martínez, Roma-Génova, 1972; Fernández Martínez, Cuenca, Ecuador, 1984; Díaz Rementería, Sevilla, 1985 y Silva, Santiago de Chile, 1972. Sobre la legislación sobre diezmos, Dubroski, Pamplona, 1988; y Purrpy, Pamplona, 1991 y sobre los ingresos del diezmo, Castañeda, Valladolid, 1984 y Rodero, Salamanca, 1946.

Sobre los monopolios, abundan también los trabajos. En el estudio del tabaco, destacan Arias Divito, Buenos Aires, 1978 y 1984; Céspedes, Lima, 1954 y M. González, Bogotá, 1984. Sobre la renta de los naipes, Cuello, Sevilla, 1965; el azogue, Heredia, Sevilla, 1978; la sal, Saravia Viejo, Sevilla, 1978; el pulque, Hernández Palomo, Sevilla, 1979.

Sobre los gastos militares, Marchena, Sevilla, 1979 y Torres Sánchez, Caracas, 1979.

El estudio del Ejército ha recibido un fuerte impulso últimamente. Punto de partida, puede ser A. García-Gallo, «El servicio militar en Indias», en *Estudios.* Santiago Gerardo Suárez, *El ordenamiento militar de Indias,* Caracas, 1971. *Las milicias. Instituciones militares hispanoamericanas,* Caracas, 1984. L. N. McAlister, *El fuero militar en Nueva España,* México, 1982. M. C. Velázquez, *El estado de guerra en Nueva España, 1760-1808,* México, 1950. F. de Borja Medina, *La reforma del ejército en Nueva España, 1785,* Sevilla, 1984. A. J. Kuethe, *Reforma militar y control político en la Nueva Granada,* Caracas, 1979. J. Marchena Fernández, *La institución militar en Cartagena de Indias en el siglo XVIII,* Sevi-

lla, 1982. Estado Mayor General del Ejército, *Historia del Ejército de Chile. I. El Ejército del reyno de Chile, 1603-1810*, Santiago, 1980. Sobre las instituciones jurídicas de la conquista de América sigue siendo fundamental la segunda edición, muy ampliada, del libro de S. Zavala, *Instituciones jurídicas de la conquista de América*, México, 1971.

Sobre las residencias, sigue siendo fundamental el libro de J. M.ª Mariluz Urquijo, *Ensayos sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla, 1952. Sobre las visitas generales, el de I. Sánchez Bella, *Derecho Indiano: Estudios. I. Las Visitas Generales a Indias*, Pamplona, 1991. Vid. también, P. Arregui Zamorano, *La Audiencia de México según sus visitadores, siglos XVI-XVII*, México, 1981. J. H. Phelan, *The Kingdom of Quito in the Seventeenth Century. Bureaucratic Politics in the Spanish Empire*, Madison, 1967.

ALBERTO DE LA HERA

EL GOBIERNO DE LA IGLESIA INDIANA

I

EL DERECHO ESTATAL SOBRE MATERIAS ECLESIÁSTICAS

La moderna Ciencia del Derecho, en relación con la regulación jurídica de los fenómenos religiosos, distingue entre el Derecho Eclesiástico de los estados y los derechos confesionales. Son estos últimos los ordenamientos que para sí mismas establecen las diferentes confesiones religiosas, las cuales, en cuanto que son realidades sociales, precisado de un Derecho propio, de acuerdo con el viejo aforismo *ubi societas ibi ius*. Entre tales ordenamientos confesionales, recibe el nombre de Derecho Canónico –de la palabra griega *canon*–, que se traduce como regla o medida el ordenamiento jurídico que la Iglesia católica se ha dado a sí misma. Se trata de un Derecho plurisecular –nace con la Iglesia y con ella va adquiriendo su plenitud histórica– que hoy, a los veinte siglos de existencia del cristianismo, se nos parece como uno de los grandes monumentos jurídicos levantados por la humanidad: junto con el Derecho Romano, el Derecho Canónico constituye la gran fuente histórica del Derecho occidental.

Denominamos, por otra parte, Derecho Eclesiástico del Estado al que los Estados dictan –en el marco de su propio ordenamiento jurídico– para regular a su vez la dimensión social de los fenómenos religiosos. Las normas estatales de este tipo se integran, según la naturaleza, entre las normas administrativas, penales, civiles, laborales, etc., de cada ordenamiento estatal, ya que en todos esos ámbitos pueden dictarse disposiciones legales que afecten a los fenómenos religiosos. Pero, a efectos didácticos y científicos, se agrupan todas esas normas en la ciencia del Derecho Eclesiástico estatal, agrupándose en éste las normas jurídicas emanadas por el Estado para regular personas, instituciones relaciones y actividades que se dirigen a la actuación de finalidades

sociales religiosas (Lariccia), es decir, de finalidades sociales cuyo origen sea la adscripción de los individuos a una religión.

Este concepto del Derecho Eclesiástico, común hoy en la doctrina —por encima de que resulta una denominación impropia y típicamente convencional—, se apoya en el hecho del valor supremo de la libertad religiosa como derecho fundamental de la persona humana. Frente al hecho de tal libertad, el Estado se ve obligado a adoptar una actitud que ha de poseer consecuencias jurídicas: desde la asunción de esa libertad como un valor propio del ordenamiento jurídico estatal hasta su desconocimiento o su persecución, el Estado podrá orientar su labor normativa en el sentido que sea; pero todas las normas que para tutelar o para perseguir —por situarnos en los dos posibles extremos— a la libertad religiosa de sus ciudadanos dicte, serán Derecho Eclesiástico del Estado y habrán de ser objeto de la atención de la ciencia del Derecho Eclesiástico del Estado.

El Estado puede llegar a dictar las normas que integran su Derecho Eclesiástico por una doble vía: la del acuerdo con las diferentes confesiones religiosas, o unilateralmente. Si nos referimos a las normas pactadas mediante acuerdos, para que éstos tengan naturaleza de tales se requiere que la confesión religiosa que actúa como parte, junto con el Estado, en el establecimiento del acuerdo, posea algún tipo de personalidad jurídica que le permita tratar con aquél en un plano de una cierta igualdad. Tradicionalmente, los acuerdos, que recibieron el nombre histórico de concordatos, se establecieron entre los Estados y la Iglesia católica, única cuyo carácter de sociedad internacional mereció de modo general el reconocimiento de la doctrina. Posteriormente, y ya en tiempos recientes, a través de variadas fórmulas, se está llegando a la estipulación de acuerdos entre los Estados y otras diversas confesiones religiosas, cristianas y también no cristianas (israelitas y musulmanas en particular). Cuando las normas por las que el Estado regula los fenómenos religiosos se determinan mediante tales acuerdos o pactos, naturalmente serán normas que se referirán a sólo la confesión firmante; tendrán el doble carácter de normas a un tiempo confesionales —dictadas para sí misma por una Confesión— y eclesiásticas —dictadas por el Estado para regular la actividad jurídica de tal confesión en el ámbito estatal—, y regularán por lo común las relaciones entre los órganos de poder de la Confesión y el Estado que pactan el acuerdo, y la conducta social de los ciudadanos que pertenezcan a la confesión de que se trate.

Unilateralmente, los Estados dictan normas jurídicas de tipos muy distintos que afectan a las actividades sociales de origen religioso de sus súbditos. Algunas de tales normas tocan a lo religioso de forma indiscutible: por ejemplo, las que por parte del Estado establezcan el *status* jurídico de los ministros del culto, o las exenciones fiscales que se reconozcan a las actividades de finalidad religiosa. Otras de tales normas constituyen Derecho Eclesiástico porque las confesiones entienden que la actividad regulada posee una dimensión religiosa, aunque el Estado puede no entenderlo así: un ejemplo claro es el que las normas confesionales que se refieren a aquél, en el ámbito de la celebración, los requisitos de validez, el reconocimiento de sentencias de tribunales y organismos propios de las confesiones, etc.

II

EL DERECHO ECLESIÁSTICO INDIANO

Ello basta para descubrirnos el amplio y complejo campo del Derecho Eclesiástico estatal, de imprecisos perfiles, pero en todo caso constituido por la normativa de origen estatal que en alguna manera toque a materias que posean un interés religioso o una dimensión confesional.

Trasladadas estas nociones al caso indiano, en América existió —a lo largo de todo el tiempo de la dominación española— un Derecho Eclesiástico que la Corona dictó y por el que se reguló señaladamente la proyección social de lo religioso. Cierto que se trata de siglos en que el Derecho Canónico —y solamente éste, pues ningún otro Derecho confesional tuvo ni pudo tener presencia alguna en las Indias— alcanza plena validez en dos esferas: la vida interna de la Iglesia y espiritual de los fieles, y la regulación jurídica del matrimonio. En ambos campos, el Estado católico y misionero —confesionalmente católico, y empeñado en la labor de cristianización del Nuevo Mundo— recibe las leyes de la Iglesia y les reconoce plena validez civil. No hay, en efecto, otra autoridad sobre el matrimonio que la canónica, desde su origen a su extinción; y las atenciones espirituales a los fieles —administración de sacramentos, enseñanza de la fe, fijación del contenido de ésta, dirección espiritual, organización interna de la vida religiosa de las órdenes y el clero...— dependen de la Iglesia que las regula mediante su propia normativa. Pero junto a ésta, dicta la Corona para las Indias una riquísima serie de normas que abarcan los campos más variados de la actividad eclesial y religiosa, fundamentalmente en todo lo que concierne al funcionamiento administrativo y económico de la Iglesia. Fundación y límites de las diócesis; creación de iglesias y monasterios; casas religiosas de todo tipo, desde cultual o cultural a asistencial; autoridades eclesiás-

ticas, desde la selección de las mismas hasta el ejercicio de sus cargos y el cese en los mismos; celebración de concilios; ejercicio de los poderes judiciales propios de los tribunales de la Iglesia; percepción y empleo de las rentas eclesiásticas, en particular de los diezmos; vigilancia del contenido y difusión de la doctrina; aplicación por la autoridad eclesiástica de medidas coactivas y penales; alto control en general de la vida religiosa, y en particular de las relaciones entre la Iglesia y los eclesiásticos de las Indias y la Santa Sede. He aquí una enumeración bastante completa de los terrenos en los que la Corona buscó y logró el poder y la capacidad de legislar, aplicar las normas y juzgar de su aplicación, a través de la autoatribución de unos derechos de gobierno eclesiástico que el papado hubo de tolerar o permitir con mayor o menor grado de conformidad según los diferentes momentos históricos.

Se creó así un importantísimo Derecho Eclesiástico estatal para las Indias, elaborado y dictado por la Corona a lo largo de siglos, y contenido en una serie innumerable de cédulas y disposiciones regias que se conservan fundamentalmente en la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias.

Fue habitual —prácticamente no hay excepciones— en todos los Cedularios y Recopilaciones indianas, desde los primeros que se elaboraron hasta el Proyecto de Nuevo Código de Carlos III, que fue el último, destinar siempre a materias eclesiásticas un libro primero, que recogía la larga serie de disposiciones mediante las que los monarcas intervenían en el gobierno eclesiástico de sus posesiones ultramarinas.

III

LA ACTITUD DE LA SANTA SEDE ANTE LA INTERVENCIÓN DE LA CORONA EN EL GOBIERNO DE LA IGLESIA INDIANA

Tales disposiciones las dicta la Corona de forma unilateral y las impone a la Iglesia y a sus miembros, tanto clérigos como religiosos y seglares o laicos. No se trata de normas concordadas. No se firmó entre la Santa Sede y los reyes de España acuerdo o pacto alguno al respecto. Aunque en otros países existen acuerdos y concordatos desde la Edad Media, como es el caso del Imperio y de Francia, el primer concordato de la historia de España se refiere a los reinos peninsulares de la metrópoli y no a las Indias, y data además de 1753. Las normas de Derecho Eclesiástico estatal indiano no tienen otra fuente que la autoridad de la Corona. Sin embargo, la doctrina se ha preguntado con insistencia por la posible aquiescencia de la Santa Sede a tal legislación estatal que claramente invadía el terreno de lo religioso, ya que —nótese bien— no se trataba, como puede ocurrir hoy en día, de no considerar sacro sino civil el matrimonio o de legislar por ejemplo sobre el servicio civil de los clérigos, o el servicio militar de los seminaristas, o la exención fiscal de las propiedades de la Iglesia o la enseñanza de la religión en la escuela pública, temas todos en los que hay que reconocer la competencia del Estado. Se trataba de legislar sobre la selección de los candidatos al episcopado, sobre la celebración y eficacia de los Concilios provinciales o diocesanos, o sobre la aplicabilidad en Indias de las bulas o restante documentación normativa emanada por la Santa Sede, temas en los que de por sí el Estado —si no media un acuerdo con el papa— carece de toda competencia. Y fue éste el tipo de normas que la Corona dictaba y que la Iglesia observaba en América con toda fidelidad a comenzar por la propia jerarquía. ¿Pudo aplicarse tal normativa, y pudieron reconocerla y observarla los eclesiásti-

cos en Indias, contra la voluntad o sin el reconocimiento de la misma por parte de Roma?

Es ésta la pregunta que la doctrina se hace, y dejando de lado los variados criterios de análisis del problema, que conducen como es lógico a respuestas diferentes entre sí, puede concluirse que la opinión mayoritaria y mejor fundada es la de que el silencio de la Santa Sede —que toleró sin protesta la existencia de tal legislación y del control de la Iglesia por parte del Estado que la misma suponía— hay que interpretarlo como una tolerancia que generó la efectiva legitimidad del Derecho Eclesiástico estatal indiano.

Este parecer debe fundamentarse, y a ello procedemos. El Estado asumió el deber de cristianizar las Indias, en contrapartida de la concesión de soberanía que en su favor realizó la Santa Sede. Para cumplir ese compromiso, la Corona buscó en Roma nuevas concesiones que le facilitaran su tarea: a la cabeza de éstas figuró el Derecho de Patronato. Este Derecho fue entendido por la Corona amplificándolo y extendiéndolo a competencias progresivamente mayores, a lo largo de un lento proceso de siglos de duración, si bien en todo lo fundamental estaba tal proceso ya cumplido al concluir el reinado de Felipe II. El resultado fue que efectivamente las Indias fueron cristianizadas, y que tal labor fue llevada a cabo por un ejército de clérigos y religiosos dirigidos por el poder político, dándose lugar a una brillante Iglesia en Indias religiosamente pujante y administrativamente controlada por la Corona y sus representantes. La Santa Sede, sin la cooperación del Estado, no hubiese pudido obtener el éxito. Carecía no de misioneros pero sí de medios para enviarlos a las Indias y para mantenerlos allí, al par que para dotarlos de los instrumentos precisos para su tarea, desde catedrales a parroquias, desde hospitales a escuelas, desde doctrinas a monasterios. Todo esto lo puso el Estado. Hubiese podido ponerlo a disposición de la Iglesia sin pedir nada a cambio; no lo hizo. Lo puso, generosamente, a disposición de la Iglesia, pero exigió controlarla y dirigirla. Y la controló y la dirigió eficazmente y para lograr —como efectivamete se logró— el fin de la cristianización del nuevo continente. Hechos todos que la Santa Sede conoció y ante los que reaccionó dejando hacer al Estado; oponerse hubiese supuesto —quizás no con seguridad pero sí con un importante índice de riesgo— que las Indias no se cristianizasen y que en Europa la monarquía española, principal sostén del papado en las grandes contiendas religiosas de la edad moder-

na, hubiese negado a Roma tal ayuda y colaboración en un terreno tan próximo y tan inmediato, mientras eran tan lejanas las Indias. Que éstas se cristianizaban era una certidumbre. ¿Por qué empeorar las relaciones con la poderosa Corona española y tal vez además dar lugar a una más difícil, costosa y problemática cristianización?

Todo ello sin ceder en los principios. Cuando los juristas cortesanos de la Monarquía hispana defendieron en el terreno de la especulación doctrinal que las actuaciones de la Corona les eran atribuibles en derecho de forma indiscutible, y privaron doctrinalmente a la Santa Sede de sus competencias para intentar demostrar que éstas tocaban por derecho propio al Estado, Roma reaccionó; podía permitir y tolerar una *praxis*, pero no dejar correr como cierta una doctrina errónea. Y las obras de los grandes juristas españoles defensores de tal tesis fueron a parar al Índice de Libros Prohibidos. La tolerancia goza de una amplia tradición en el Derecho de la Iglesia, y supone la autorización de un determinado comportamiento al mismo tiempo que implica una tacha de menor perfección para la conducta tolerada. También goza de antigua tradición canónica la disimulación, la cual es un acto esencialmente negativo, una actitud de la autoriadad eclesiástica que finge ignorar un comportamiento irregular para no actuar el aparato represivo en orden a corregir tal conducta, y ello para evitar males peores. Tolerancia y disimulación fueron dos instrumentos canónicos que la Santa Sede utilizó con amplitud en América, frente a la intromisión del Estado español en la dirección de la Iglesia indiana: claridad en la doctrina, flexibilidad en la práctica.

Con ello se llegó a un grado de absoluto convencimiento, aún entre los obispos de Indias, sobre la legitimidad de la acción de los reyes, ante la pasividad de Roma que no corregía lo que, de ser abusos —así lo entendían tales obispos y con ellos su clero, las órdenes y los fieles— debió corregirse y evitarse, y condenarse e impedirse por Roma. La vida de la Iglesia indiana estuvo en manos del Estado con plena complacencia de esa misma Iglesia y con una Santa Sede que calló, disimuló y toleró. Los resultados fueron evidentes y proclaman el acierto del sistema, por encima de sus serios defectos en el campo de la doctrina.

Sabido ya que la Santa Sede, con su silencio, hizo posible y hasta legitimó el ejercicio de poderes por parte de la Corona en el campo de lo eclesiástico, se hace preciso pasar al conocimiento de este Derecho Eclesiástico estatal que constituyó el principal conjunto normativo que reguló la vida de la Iglesia indiana.

IV

EL ESTADO MISIONERO

Los fundamentos de ese derecho radican en las primeras bulas papales dictadas para la América recién descubierta. Siguiendo una tradición con hondas raíces medievales, los monarcas descubridores solicitaron de la Santa Sede la concesión de la soberanía sobre las tierras halladas y por hallar en el Océano, como consecuencia del primer viaje colombino y de los subsiguientes. La Santa Sede otorgó la petición con la condición de que los monarcas procurasen la evangelización; no podía el papa obrar de otro modo, pues no se justificaría su concesión de soberanía sin el correspondiente encargo cristianizador.

La Corona tomó como deber propio el mandato evangelizador. Comenzó por cumplirlo al pie de la letra; el papa les había indicado a los reyes que deberían destinar misioneros a las Indias para que éstos procurasen la conversión de los naturales, y los monarcas así lo hicieron: en el segundo viaje de Colón embarcó fray Bernardo Boyl, elegido por la Corona como responsable de la evangelización.

Dado que Alejandro VI solamente encargó a los Reyes de Castilla que enviaran misioneros, el envío de Boyl es la respuesta literal al encargo: los reyes envían un fraile elegido por ellos. Pero ahí se detiene la intervención real. Una bula pontificia, la *Piis fidelium*, dirigida en junio de 1493 por el papa al misionero así elegido, investía a éste —por obra directa del papa— de los poderes precisos para llevar a cabo su labor. El hecho mismo de que la bula *Piis* vaya dirigida a Boyl y no a los reyes prueba que es un documento canónico que mantiene las potestades sobre la Iglesia indiana estrictamente en el ámbito de lo canónico.

La convicción en que parece que estaba Colón de que a él le correspondía la dirección suprema de la empresa indiana, también en lo

religioso, y que por tanto Boyl debía proceder bajo su autoridad, enfrentó al primer descubridor con el primer misionero y arruinó la labor que Boyl hubiese podido realizar en Indias, obligándole a regresar pronto a España. Pero ese momento es ya sumamente interesante: Colón estima que a él, como representante de la Corona, toca la dirección de la obra evangelizadora; es decir, entiende que los reyes son los supremos responsables de la labor eclesial en Indias, debiendo actuar bajo su control los encargados de la labor misionera.

¿Pensaban lo mismo los reyes? Los hechos prueban que no creían poseer tal poder, pero que lo deseaban, y así se dirigieron a la Santa Sede no para pedir una nueva bula *Piis* para un nuevo Boyl, sino para pedir el Derecho de Patronato, los diezmos, y el derecho de fijar los límites de las diócesis. Es decir, para adquirir –por delegación o concesión papal– el derecho de intervenir en tres capítulos decisivos de la administración de la Iglesia en Indias: la designación de los obispos y demás autoriades eclesiásticas, la fijación territorial del ámbito de sus competencias, y la disposición sobre los medios económicos de que podría disponer la jerarquía. Los reyes no actúan como si ese derecho, o derechos, les correspondiesen directamente; reconocen la titularidad del papa sobre los mismos, y piden que sean confiados a la Corona. Hasta que la concesión no se efectúa, los reyes castellanos no ejercen las facultades correspondientes.

V

LOS DIEZMOS

La primera concesión pontificia, en respuesta a la primera solicitud regia, fue la de los diezmos. El pago por los fieles a la Iglesia de una parte de sus rentas anuales constituía una antiquísima tradición canónica, recibida de la ley judía. Los diezmos o rentas decimales —décima parte de las rentas anuales— habrían de pagarse igualmente en Indias, y los Reyes Católicos pidieron muy pronto a Alejandro VI que su cobranza y propiedad pasase a la Corona, para compensarla de los muchos gastos que la implantación de la Iglesia había de suponer. La respuesta papal fue la Bula *Eximiae devotionis* del 16 de noviembre de 1501, mediante la cual decía el papa a los monarcas:

> os concedemos a Vosotros y a vuestros sucesores, que en las dichas islas y provincias podais percibir y llevar lícita y libremente los diezmos todos de sus vecinos, moradores y habitadores que en ella están o por tiempo estuvieren, después que, como dicho es, las hayais adquirido.

Como contrapartida, el pontifice impone a los reyes algunos deberes:

> primero realmente y con efecto por vosotros, y por vuestros sucesores de vuestros bienes, y los suyos, se haya de dar y asignar dote suficiente a las Iglesias, que en las dichas Indias se hubieren de erigir, con la cual sus Prelados y Rectores se puedan sustentar congruamente, y llevar las cargas que por tiempo incumbieren a las dichas Iglesias, y ejercitar cómodamente el Culto divino a honra y gloria de Dios Omni-

> potente, y pagar los derechos episcopales conforme a la orden que en esto dieren los Diocesanos que entonces fueren en los dichos lugares.

En consecuencia –y como escribe García Añoveros– los diezmos «se conceden pero con la obligación de que los Reyes cumplieran con un conjunto de deberes muy gravosos: sustento de los ministros sagrados que estuvieran al frente de las iglesias, ayuda conveniente para el digno sostenimiento del culto divino, pago de los derechos episcopales». De hecho, lo que se opera mediante la concesión de diezmos es una especie de convenio entre la Corona y la Santa Sede: debiendo aquélla implantar la Iglesia en Indias, lo que supone fortísimas inversiones en traslado de personal, edificación de iglesias, monasterios, etc., dotación de los cargos eclesiásticos para su mantenimiento, conservación de los edificios y demás instrumentos al servicio de la evangelización y del funcionamiento de la cristiandad establecida en aquellas tierras, la Corona había de realizar importantes inversiones que, por otra parte, la Santa Sede no habría podido afrontar.

En consecuencia, la Corona cobrará los diezmos, y con esas rentas costeará a la propia Iglesia, supliendo la Monarquía lo que faltare para asegurar la adecuada sustentación de toda la obra cristianizadora. Y aun cuando carezcamos de estudios suficientes para efectuar una valoración del montante de las rentas decimales en cada tiempo y lugar, la lógica nos obliga a suponer que las mismas fuesen mínimas inicialmente, y que fueron multiplicándose a medida que los diversos territorios se iban convirtiendo en zonas prósperas y dotadas de centros habitados por españoles y criollos de cada vez mayor importancia. Es de suponer, pues, que inicialmente los diezmos no llegasen ni con mucho a compensar a la Corona de los gastos que el establecimiento de la Iglesia llevaba consigo, hasta llegar un tiempo en que se invierten las tornas y la Corona obtiene beneficios económicos de mayor o menor cuantía al menos en los grandes centros de población y regiones mejor dotadas de América.

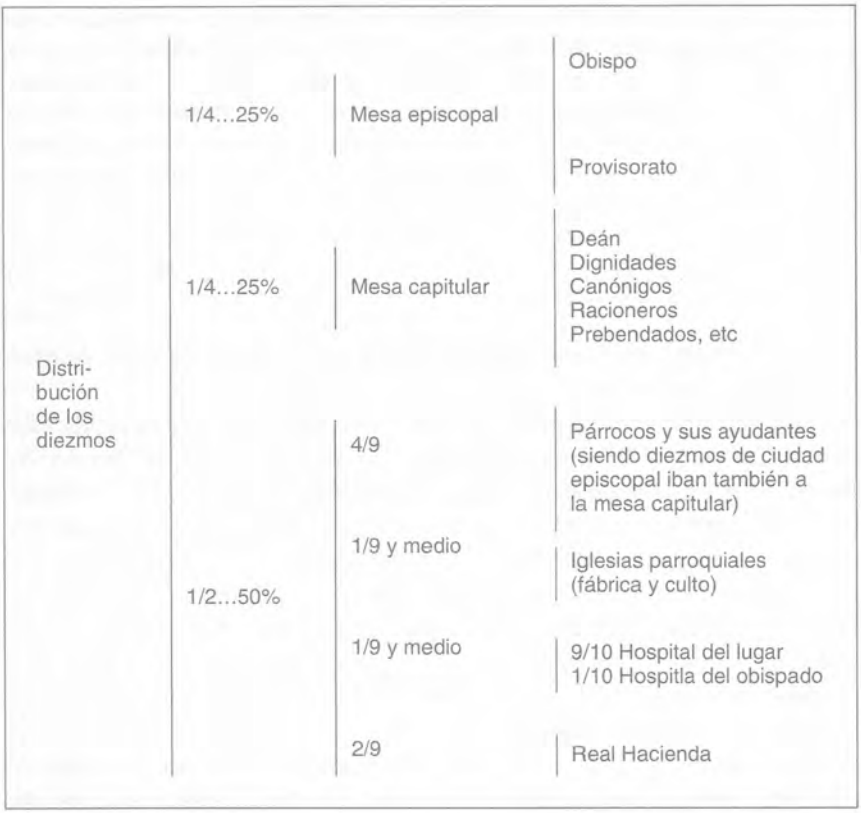
La concesión decimal fue reiterada por Julio II en una nueva Bula *Eximiae devotionis* del 8 de abril de 1510, en cuanto que declara exentos del pago de diezmos al oro, plata y metales, conforme la costumbre que se seguía al respecto en Castilla, «pero insistiendo en las obligaciones de la Corona de construir y dotar iglesias en las Indias». Y, como escribe García Añoveros:

> Algunos autores, no sin fundamento, luego de una lectura atenta de las bulas, han deducido que los diezmos se concedieron a la Corona como una especie de compensación posterior por los muchos gastos que la Iglesia y la evangelización le ocasionaban, pero que ello no equivalía a una cesión en propiedad de los diezmos. Sea lo que fuere, de hecho, la Corona consideró los diezmos como materia que le pertenecía en exclusiva, y la Santa Sede nunca se opuso a la interpretación que los reyes dieron a la donación papal de los diezmos ni al uso que hicieron de los mismos. Hay que hacer constar que la Corona siempre dedicó el producto de los diezmos a fines espirituales.

Dos, pues, cuestiones deben dilucidarse: la de la efectiva propiedad de los mismos, y la del destino de los mismos.

En relación con la primera, don Fernando, una vez fallecida Isabel la Católica, y después de la Bula *Eximiae* de 1510, se reunió en Burgos con los tres primeros obispos destinados a las Indias y mediante la Concordia que lleva el nombre de aquella ciudad parece que les redonó los diezmos que el papa le había donado a él, su esposa y los sucesores de ambos. El alcance de tal hecho ha sido muy discutido por la doctrina. Hay quien considera apócrifa la Concordia; un importante sector doctrinal la entiende como una donación limitada a esos tres obispos en concreto, sin efectos para el futuro. Y, en todo caso, resta el hecho de que la Corona se consideró siempre titular de la propiedad de los diezmos, y creyó que podía destinarlos libremente a cualquier finalidad, siempre por supuesto que atendiese debidamente al deber de sustentar a la Igleisa indiana. Por un principio no expreso pero evidente de economía administrativa, los diezmos fueron destinados a la Iglesia por unos reyes que se consideraban sus propietarios, y que suplían su importe cuando no llegaban a cubrir los gastos eclesiásticos, y cuando, en cambio, sobraban empleaban el exceso por lo común en obras piadosas.

Esta última observación se relaciona con el destino de los diezmos. La abundante legislación regia sobre su cobranza y empleo prueba que la Corona actuó de manera constante, y de forma estable, como propietaria y administradora de estas rentas. Y si no siempre se actuó del mismo modo en orden a la distribución y empleo de los deizmos; varias Reales Cédulas (de 3 de octubre de 1539, de 6 de julio de 1540 y de 13 de febrero de 1541) fijaron un cuadro de distribuciones que se puede presentar así:



García Añoveros explica por su parte el contenido de este mismo cuadro:

> Negocio importante era la forma en que se distribuían los diezmos. Se dividían en cuatro partes: un 25 por ciento era para el obispo; otro 25 por ciento para el Cabildo catedralicio; el 50 por ciento restante se dividía en nueve partes o novenas: dos novenas para el rey, cuatro novenas para el salario de los curas y doctrineros, una novena y media para la fábrica y el culto de las iglesias parroquiales, una novena y media para hospiles. La Real Hacienda ingresaba también un diezmo de cada parroquia, que se denominaba «excusado» y para la fábrica y culto de las catedrales se aplicaban los diezmos de feligrés de cada parroquia que siguiera en riqueza al más acaudalado. Los

diezmos, en las diócesis donde eran suficientes para el pago del obispo y cabildo, se administraba por éstos; en caso contrario, la administración corría a cargo de los oficiales reales, los cuales siempre administraban los novenos reales. El destino de los diezmos era al pago de los beneficios eclesiásticos, dotación y construcción de las iglesias y lugares sagrados. Los obispos y miembros del Cabildo eran los más beneficiados; a los párrocos les llegaban menguadas rentas. Como los obispos y párrocos de indios tenían derecho a un salario, que venía determinado por las leyes, cuando no podía cubrirse por los diezmos, caso que siempre ocurría con los párrocos y doctrineros, la Hacienda Real suplía el resto. El rey destinaba sus dos novenas partes a obras pías o ayudas a iglesias a su arbitrio y, en ocasiones, las destinaba a la construcción de catedrales.

Las treinta y una leyes pertenecientes al título XVI libro I de la Recopilación regulaban todo cuanto se refería a los agentes de recaudación, cobranza de los diezmos, cuantía y cualidad de los frutos que diezmaban, personas afectadas por el pago y el reparto de los diezmos. Solamente una cuestión importante, en este campo de la administración económica, apareció con posterioridad a la definitiva regulación de los diezmos en las leyes recopiladas: el tema del destino de las rentas de los beneficios vacantes. El lento y complicado sistema de selección y nombramiento de los cargos eclesiásticos indianos —al que nos referiremos al tratar del Patronato— provocó siempre largas vacantes, lo que generaba a su vez numerosas rentas destinadas a remunerar a las personas titulares de tales cargos y que quedaban sin destinatario inmediato; por causa de la excesiva duración de tales vacantes, las rentas que se acumulaban alcanzaban muchas veces muy grandes sumas. La práctica de reservarlas al futuro titular del cargo convertía a éste en beneficiario de unas sumas, devengadas mientras él aún no había sido designado y no había tomado posesión, precisamente tanto mayores mientras más dilatado fuese el período de la vacancia. Conscientes de esta anomalía, los reyes optaron por destinar tales rentas vacantes a obras piadosas.

Durante el reinado de Felipe V, el jurista, experto en temas indianos, don Antonio Álvarez de Abreu, propuso que la Corona dispusiese de tales rentas de vacantes con toda libertad, sin sujeción alguna a cualquier tipo de obligación de destino pío. Se basaba precisamente en el criterio de la absoluta propiedad de los reyes sobre los diezmos, en-

tendiendo que si los monarcas atendían debidametne a sus obligaciones de mantener a la Iglesia en Indias, tenían plena libertad para disponer como deseasen de la suma sobrante de los diezmos cuando la hubiera. Siendo éstos bienes del Estado y no de la Iglesia, es decir, bienes temporales, y no espirituales, no existía obligación de adscribirlos a fines espirituales, sino en la medida precisa para cumplir el deber regio de mantener a la Iglesia en Indias. La aceptación oficial de la tesis de Álvarez de Abreu supuso el ingreso en la Real Hacienda de unas sumas ingentes de libre disposición, tanto que se afirmó que Abreu había descubierto unas nuevas Indias para la Corona, y se le premió con el curioso título de Marqués de la Regalía, pues de ninguna otra regalía había obtenido la Corona tantos beneficios como de la propiedad libre de las rentas eclesiásticas provenientes de las vacantes de Indias.

VI

LA CREACIÓN DE DIÓCESIS Y LA FIJACIÓN DE SUS LÍMITES

Con vistas al establecimiento de la jerarquía eclesiástica en América, era preciso a partir de un cierto momento crear y establecer diócesis. La *praxis* canónica tradicional fue siempre la del envío de misioneros a las tierras de infieles, organizados inicialmente en torno al propio superior de su orden. Posteriormente, el territorio misionado, una vez que la penetración del cristianismo y establecimiento de la Iglesia lo aconsejan, se dota al territorio de una estructura cuasidiocesana, que concluye con la creación de una diócesis a cuyo frente figurará ya la jerarquía ordinaria. En el caso de las Indias, la organización eclesiástica se inició mediante un delegado papal —Boyl— bajo cuya dirección se encontrarían los primeros misioneros, fundamentalmente religiosos de varias órdenes.

Fracasado como sabemos este sistema, por años no se nombró un superior jerárquico del que dependiese la Iglesia en Indias; no lo hubo allá, ni lo hubo tampoco en la metrópoli. Las primeras órdenes misioneras fueron llegando con sus efectivos al territorio americano y sus propios superiores internos se convirtieron de hecho en superiores de misión y en superiores igualmente de la naciente Iglesia, cada uno en la zona que materialmente ocupaba. Ninguna otra organización administrativa pareció existir, siendo la descrita una mera situación de hecho, llamada a dejar paso a una estructura diocesana tan pronto como fuese siendo posible.

Naturalmente, las primeras diócesis nacieron en las Antillas, concretamente en Santo Domingo y Puerto Rico, en las dos islas colonizadas antes que el resto del nuevo continente. Y coexistirán durante siglos las diócesis, establecidas en las tierras ya cristianizadas, y las mi-

siones con superiores misioneros en los nuevos territorios en que vaya penetrando la labora misional.

De capital importancia era, en este esquema, la determinación del momento de la creación de cada diócesis y la fijación de sus límites o confines. El crear una diócesis suponía construir una catedral, nombrar un obispo, establecer un cabildo catedralicio, crear otras estructuras diocesanas complejas, regular la cobranza de los diezmos, introducir en la complicada administración indiana la figura del obispo como otra autoridad que añadir a las civiles, en un tiempo en que lo espiritual y lo temporal tenían mal marcadas sus fronteras, y mal delimitadas sus competencias los poderes estatales y eclesiales. Con lo que queremos decir que la Corona no le podía ser ni le fue nunca indiferente la decisión sobre las nuevas diócesis: cuándo y dónde se establecían y qué límites se les asignaban.

Los reyes, a comenzar por Fernando el Católico, intentaron que la Santa Sede confiase a la Corona la fijación de los límites de las diócesis que se fuesen creando, al par de la iniciativa de la creación de las mismas. De hechos, las tres primeras diócesis fueron creadas el 15 de noviembre de 1504 por Julio II mediante la Bula *Illius fulciti*; la iniciativa fue de los reyes y éstos propusieron y el pontífice aceptó el número de tres y la distribución entre ellas de la totalidad del territorio de la isla La Española, donde habían de radicar. Pero cuando, fallecida ya doña Isabel, vio don Fernando el texto de la Bula *Illius*, no le agradó, porque el papa se había limitado a acoger la petición regia, pero en la creación de las tres diócesis ningún derecho reconocía al monarca: ni el de patronato para poder presentar a las personas que habrían de ocupar las dignidades eclesiásticas de las nuevas diócesis, ni el poder de fijar los límites.

Rechazada la bula por don Fernando, se abren uno pocos años de negociaciones que condujeron finalmente a la concesión del Patronato en 1508 y a la confirmación de los diezmos en 1510, así como la sustitución de las tres primeras diócesis previstas para La Española —Yaguata, Magua y Baýnua, de ellas la primera metropolitana y las otras dos sufragáneas— por otras tres, sufragáneas todas de la metropolitana de Sevilla: dos en La Española, Santo Domingo y Concepción de la Vega, y una en Puerto Rico, San Juan.

En cambio, no logró la Corona, ni entonces ni nunca, una delegación general de la Santa Sede para fijar los límites de las diócesis,

pese a que don Fernando, en sus instrucciones de 1505 a su embajador en Roma, Fernando de Rojas, había expresamente escrito: «Es menester que Su Santidad mande que yo e la persona, o personas a quien yo lo cometiere, faga la dicha división e apartamiento, e el dicho arzobispado e cada uno de los dichos obispados hayan de gozar de ámbito e territorio que así les fuere señalado».

Al negarse Julio II a la anterior petición,

> se creaba —escribe García Añoveros— un conflicto de no fácil solución, pues si el rey, por el Real Patronato, tenía el derecho de fundación de Iglesias catedrales y de la presentación de la persona idónea para ocupar el obispado, no acababa de entenderse que no pudiera proponer los límites de los futuros obispados. El asunto adquiría una especial gravedad, ya que era imposible que la Santa Sede pudiera trazar límites en lugares tan desconocidos y de tan imprecisos términos geográficos como sucedía en los territorios de las Indias.

Para el caso de las tres primeras diócesis, la complicada gestación de las mismas y el total desconocimiento del terreno que tanto Roma como la Corona demostraron, conjuraron el problema que había surgido en torno a los límites, llegándose a un entendimiento entre todas las partes interesadas —los nuevos obispos designados por el pontífice y el rey— acuerdo que contemplaba varios otros aspectos de la puesta en marcha de la estructura diocesana en Indias. Pero a medida que se pasa de las tres primeras diócesis antillanas a la demarcación diocesana continental, pudo concederse por Roma, y nunca se concedió, una delegación o encargo a los reyes para delimitar los confines diocesanos. Lo que sí se otorgó, ya que Roma desconocía el territorio indiano, fue una delegación caso por caso, más o menos extensa, y comprendida en la bula de creación de cada una de las diócesis. Como dice Bruno, «la potestad de fijar los límites de las diócesis como atribución patronal vino después, por concesiones particulares».

> El camino elegido —añade García Añoveros— por la Santa Sede fue el de conceder a los reyes para cada caso, *ad casum*, la facultad de fijar los límites de cada diócesis que se erigía o de cambiarlos cuando el caso lo requería. El primer paso lo dio el Papa León X (1513-1521), al constituir la diócesis de Yucatán por la Bula *Sacro Aspotolarus* (24

> enero 1518) y conceder, al mismo tiempo, al recién coronado Rey de España Carlos I la facultad de limitarla «con los límites que el rey Carlos ordenara establecer». A partir de este momento, los papas utilizan parecidas fórmulas en las sucesivas erecciones de los obispados que se harán en Indias, así como en los casos especiales en que se trataba de cambiar los límites o desmembrar los de las diócesis existentes...
>
> No obstante —continúa el mismo autor—, la Corona, en más de un caso, actuó como si poseyera la facultad general de delimitar las diócesis. De hecho, Carlos I, por Real Cédula de 20 de febrero de 1534, encomienda a las autoridades reales puedan en determinadas condiciones, fijar los límites de las diócesis, práctica que se ejerció en Indias.

Se citaba un breve de Paulo III que en efecto habría concedido al fin la facultad general de los monarcas, y una concesión similar de Pío IV. Pero estos documentos solamente han llegado a nosotros a través de las referencias de otros textos de origen real, y no hay seguridad de que hayan existido verdaderamente. Si los monarcas pese a todo actuaron tantas veces como si poseyeran el poder que Roma en este punto no les había otorgado, estamos de nuevo ante una ampliación de sus propias facultades, tolerada por Roma de forma similiar a tantos otros supuestos semejantes de la historia eclesiástica indiana.

VII

EL DERECHO DE PATRONATO

Por lo que hace al Derecho de Patronato, no sabemos con exactitud en qué momento los reyes lo solicitaron efectivamente, y por vez primera. Como institución canónica venía de antiguo, y se había hecho largo uso de la misma en la Europa medieval, como medio de desarrollo de la Iglesia en la obra de cristianización de Europa. Los señores que incorporaban nuevas tierras a sus señoríos, bien repoblándolas, bien cristianizando a sus habitantes, y los que realizaban una obra de desarrollo y población de sus tierras, fundaban en ellas iglesias y las dotaban económicamente, recibiendo a cambio el derecho de proponer los nombres de las personas que habían de regir esas iglesias, para su nombramiento por la autoridad eclesiástica competente. Se llamó tal derecho Derecho de Patronato, y patrono el señor que lo poseía. En España, poco tiempo antes del descubrimiento de América había tenido lugar una importantísima concesión patronal: Inocencio VIII, mediante la Bula *Orthodoxae fidei*, de 13 de diciembre de 1486, había otorgado a los Reyes Católicos el patronato universal —sobre todas las iglesias— del reino de Granada, de las Islas Canarias y de la villa de Puerto Real.

No hay una concesión patronal en las Bulas Alejandrinas de 1493, ni siquiera en la *Piis*. Precisamente en ésta no podía haberla, pues como sabemos era un documento dirigido a fray Boyl para nombrarle vicario papal en Indias, y no a los reyes. Pero en el sistema de presentación por los monarcas del nombre de Boyl al papa hay algo de patronal, pues en efecto la Corona edifica y dota las iglesias y propone al papa a la persona que ha de regirlas. Tal vez por ello creyó de buena fe don Fernando que el Patronato era algo que le había sido concedido, al

cedido, al menos implícitamente, para las Indias. Y cuando en 1505 conoció el texto de la Bula *Illius*, de noviembre de 1504, que creaba las primeras diócesis, y en la cual el patronato se desconocía por completo, reaccionó rechazándola y deteniéndose la creación diocesana en las Antillas durante varios años. Años que el monarca no destina a ocuparse de esas diócesis sino precisamente, y ahora de forma explícita, a que se le conceda en América el derecho al patronato universal, a lo cual supeditará todo el resto de su política eclesiástica indiana.

El Patronato le fue concedido al rey Católico y a su hija doña Juana por el papa Julio II, el 28 de julio de 1508, mediante la Bula *Universalis Ecclesiae*, la principal –junto con la *Inter coetera* del 4 de mayo de 1493– de todas las bulas pontificias dictadas para las Indias. A tenor de la misma, al rey y a sus sucesores tocará la erección, fundación y dotación de las iglesias, monasterios y demás lugares de culto del nuevo mundo, lo cual no podía ser hecho por terceras personas sin consentimiento real; y adquieren los monarcas el derecho de presentación para proveer todos los cargos y beneficios eclesiásticos.

La Bula *Universalis*, pese a que su contenido es, como queda señalado, muy preciso y limitado, dio pie a un desarrollo amplísimo de facultades regias en relación con la Iglesia india. Los reyes fueron desenvolviendo el privilegio concreto que la bula contiene, mediante una interpretación cada vez más extensa, de modo que ya bajo Felipe II el Patronato era un derecho que había desbordado ampliamente sus límites originarios, y bajo el nombre de Real Patronazgo se ejercían funciones de gobierno y control que los monarcas consideraron suyas y que la Santa Sede toleró, en los términos que han quedado expuestos páginas atrás.

Una sistematización de tales funciones puede ser la siguiente:

1.° Facultades patronales efectivamente concedidas por los papas o derivadas del Patronato.

2.° Facultades que se denominan patronales pero que no lo son, sino que suponen una interpretación abusiva y extensiva del derecho patronal y lo desbordan.

3.° Facultades de control, para la defensa del ejercicio del Patronato regio en sus interpretaciones excesivas y abusivas.

1. Facultades patronales de los monarcas

Bajo el primer epígrafe, facultades regias patronales o al menos derivadas de otras bulas papales o de una interpretación no abusiva del patronato, hay que enumerar las facultades patronales de fundación y dotación de iglesias y de presentación de candidatos para los cargos eclesiásticos; los diezmos, de que ya hemos tratado; y la creación de diócesis y fijación de sus límites, de que también nos hemos ocupado. Asimismo, cabe integrar en este apartado el tema de las cédulas llamadas de ruego y encargo, para el gobierno de los obispados en sede vacante.

Tales cédulas deben su razón de ser a la excesiva duración de las vacantes de las sedes episcopales indianas. El procedimiento arbitrado para cubrirlas, mediante el legítimo ejercicio del derecho de presentación era muy lento, y se agravaba notablemente por las distancias y la enorme lentitud de las comunicaciones. Desde que un obispo moría hasta que la noticia de la muerte llegaba de su sede a la capital del virreinato, de allí a la metrópoli, y en ésta se ponía en marcha el mecanismo de la selección del candidato y su presentación al papa, nombramiento papel, expedición de la bula de nombramiento, traslado del nuevo prelado a su sede en Indias, consagración y toma de posesión, pasaban años. Durante tal tiempo, y según las normas del Derecho Canónico, correspodía el gobierno de la sede vacante al Cabildo catedralicio, que lo ejercía a través de un vicario capitular elegido por aquél. Los reyes, para acortar el período de la vacante, establecieron que, tan pronto como ellos elegían al nuevo obispo y mientras éste era presentado a Roma, etc., el interesado se trasladase a su futura sede y comenzase a gobernarla, investido a tal efecto de la condición de vicario capitular; para que el Cabildo efectivamente lo eligiese para tal cargo interino, los reyes proveían al candidato de una Cédula «de ruego y encargo», rogando y encargando al cabildo que la elección del vicario capitular recayese en esa persona. Naturalmente, los cabildos no podían negarse a una solicitud real que suponía elegir para el gobierno provisional de la diócesis a quien meses despúes sería nombrado obispo de la misma.

Igualmente, cabe integrar en este primer apartado de facultades regias realmente derivadas del derecho patronal, el derecho de los monarcas a intervenir en los nombramientos de superiores de las órdenes

religiosas. Tales cargos, internos de cada orden, no estaban sujetos al derecho de presentación, y por tanto los reyes nada podían hacer para determinar quiénes gobernarían tan importante parcela personal de la vida religiosa en Indias. La Corona gestó, para suplir esta falta, dos sistemas: uno, de control de la actuación de los superiores religiosos, a través de una serie de mecanismos de información constante a la autoridad civil de cuantos actos transcendentes de gobierno pudiesen adoptar los superiores en el seno de sus propias órdenes —lo que se reguló en la Real Cédula de 1 de junio de 1574 y con algunas mitigaciones pasó a la Recopilación—; y otro el intento de creación de los Comisarios de Indias, que se quería que fuesen unos delegados de los respectivos generales de cada orden, que residirían en Madrid y tendrían en sus manos —más fácilmente controlables por la Corona que no los generales residentes en Roma y por lo común no españoles— el gobierno de cada instituto en Indias. Sólo de los franciscanos obtuvo Felipe II, y no sin problemas, que nombrasen un Comisario de Indias.

En fin, cabe también considerar como ejercicio derivado del Patronato de una facultad relacionada con lo religioso la frecuente intervención de los reyes para componer los litigios entre religiosos y obispos, a raíz de la aplicación en Indias de la Bula *Omnímoda* de Adriano VI, de 9 de mayo de 1522. Esta bula fija las facultades regias en el envío de misioneros, y establece las funciones de gobierno que toca a éstos en aquellas regiones de América en las que aún no estuviese establecida la jerarquía diocesana. Cuando esta jerarquía fue poco a poco extendiéndose, los religiosos se resistieron a abandonar las funciones de dirección y gobierno que la Bula *Omnímoda* les había confiado. Y de ahí frecuentemente brotaron litigios incluso escandalosos, en cuya solución —tanto inmediata sobre el terreno, como mediata intercediendo ante los sucesivos papas para ir corrigiendo el derecho contestado— tuvieron importante parte los monarcas.

2. Facultades ejercicas por los reyes por interpretación extensiva del Patronato

Consideramos ahora las facultades llamadas patronales pero que no lo eran, sino que supusieron una concepción abusiva de su función elaborada por la Corona y sus juristas a lo largo del tiempo. En nin-

gún lugar están todas estas facultades sistematizadas y ordenadas, puesto que son el fruto de una larga evolución de la acción regia; momentos legislativos fundamentales para conocerlas son las *Ordenanzas del Real Patronato*, obra de Juan de Ovando, promulgadas por Felipe II en 1574; la Recopilación de 1680, en su correspondiente título del Regio Patronazgo; y el Proyecto del Nuevo Código de Indias de Carlos III, que se limitó al Libro I —precisamente el dedicado al gobierno espiritual— tal proyecto nunca llegó a entrar en vigor, pero nos muestra reunidas y ordenadas la totalidad de las disposiciones de alguna importancia dictadas a lo largo de tres siglos para regular el ejercicio de las facultades regias en materias consideradas patronales. En este apartado podemos clasificar las facultades ejercidas por los reyes en relación con la convocatoria y celebración de Concilios diocesanos y provinciales; las que tocan al fuero eclesiástico; el ejercicio de sus facultades por parte de los tribunales de la Iglesia; las vacantes y espolios; las predicaciones sagradas; el derecho de asilo; las visitas de los obispos a Roma y sus relaciones sobre el estado de sus diócesis; el extrañamiento de clérigos y prelados; el control de los viajes de clérigos y religiosos.

La disposición tridentina para que se celebrasen concilios provinciales en todas las archidiócesis cada tres años no fue observada nunca en Indias. La importancia de los concilios es grande, pues constituyen la principal fuente de derecho particular de la Iglesia; en las normas dictadas por los concilios indianos a lo largo de tres siglos podemos encontrar hoy el mejor reflejo de vitalidad de la Iglesia en América, y un auténtico tesoro de medidas en favor de los indios y de la evangelización. Apoyado razonablemente en las enormes distancias que en aquel continente separaban a unas diócesis de otras, Felipe II obtuvo de Pío V que los concilios se celebrasen allá cada cinco años; Gregorio XIII amplió el plazo a siete, y en 1610 lo amplió de nuevo Paulo V, a doce años. Pero nunca se cumplieron tales plazos. Valga recordar que en toda la historia de la archidiócesis de Lima bajo soberanía española tuvieron lugar seis concilios provinciales, con esta periodicidad: 1552, 1567, 1583, 1591, 1601, 1722. Y en México se celebraron cuatro en 1555, 1565, 1585 y 1771.

Felipe II ordenó —como recuerda García Añoveros— que antes de su convocatoria «sea primero dándonos cuenta, para que advirtamos lo que fuere conveniente y se celebren con la menos costa que se pueda»; que los virreyes, presidentes de audiencias y gobernadores, según en

qué ciudad se celebre el concilio, «asistan personalmente por Nos, y en nuestro nombre» para que «tengan mucho cuidado de procurar la paz y conformidad de los congregados, mirar por lo que toca a la conservación de nuestro Patronazgo» y «que nada se ejecute hasta que habiéndonos avisado y visto por Nos, demos orden para ello»; y que los concilios «antes que los publiquen, ni se impriman, los envíen ante Nos a nuestro Consejo de Indias, para que en él vistos se provea lo que convenga; y que se guarden en las provincias eclesiásticas de Perú y Nueva España los Concilios celebrados en la Ciudad de los Reyes (Lima) y México los años 1582-1583 y 1585 respectivamente». Los Concilios que no recibían la aprobación regia no entraban en vigor.

Deducimos de lo anterior el por qué el siglo XVII fue un siglo sin concilios en ambas archidiócesis indianas. Los Concilios terceros de Lima (1583) y México (1585) no solamente recibieron la aprobación real sino que su cumplimiento se impulsó desde la propia Corona, y realmente eran ambos tan ricos y acertados en las numerosas disposiciones tomadas para la buena administración de la Iglesia, avance de la evangelización y atención a los indios, que desempeñaron en América un papel similar al que desempeñó el Concilio de Trento en la Iglesia universal, cuya legislación bastó para cubrir las necesidades de la Iglesia durante tres siglos. Los Concilios III de Lima y México —aplicación por otra parte a las Indias del Tridentino— hicieron también por tres siglos innecesarios otros concilios provinciales, y los que se celebraron posteriormente, o fueron mera confirmación de aquéllos (así el IV y el V de Lima), o ya en el siglo XVIII obedecieron a una motivación del todo particular.

En efecto, el Concilio de Trento decimos que cubrió las necesidades de la Iglesia universal hasta que en el XIX se celebró el Vaticano I. En esa línea, hay que preguntarse no por qué no hubo concilios en América en el XVII, sino por qué los hubo en el XVIII, en particular el IV de México y el VI limense.

La explicación es clara. Hemos puesto a los concilios como un ejemplo, entre los varios que tendremos que citar, de interpretación abusiva del Patronato. Por lo dicho hasta el momento, más bien podrían figurar en nuestro tercer apartado, el de las acciones reales de control de la actuación de la Iglesia para evitar que sufriese menoscabo el Regio Patronato. Los concilios son en este sentido un caso mixto, pues por un lado el interés de los reyes en que las autoridades civiles

indianas asistan a los mismos se dirigía efectivamente a controlar la actividad conciliar, y a evitar que se adoptasen normas en contradicción con las facultades patronales según las entendía la Corona; otro tanto puede decirse del requisito de la aprobación regia para que las disposiciones conciliares entrasen en vigor, requisito que nunca se incumplió, que dejó sin vigencia a varios concilios, y que paralelamente estuvo en la base del enorme éxito de los Concilios III de Lima y México, apoyados de forma decidida por la autoridad real.

Pero con Carlos III aparece en este campo una importante novedad. Como es sabido, este monarca emprendió una profunda reforma de la administración indiana, que quiso que afectara también a la administración eclesiástica. A tales efectos, y con notable claridad de ideas, entendió que reformar la Iglesia indiana era algo que no se podría conseguir sin contar con la colaboración de la propia Iglesia. Y eligió para lograrla el camino más lógico, el de interesar a los prelados de las Indias en la obra reformadora, dándoles el papel de protagonistas e impulsores de la misma. El camino para lograrlo pasaba por la necesidad de contar con un episcopado totalmente convencido y dispuesto a asumir la obra de reforma; el rey pensó logarlo mediante la celebración de una serie de concilios provinciales en los que los correspondientes metropolitanos así como los virreyes y demás autoridades civiles lograsen convertir en normas conciliares los designios regios de reforma.

Para logarlo, la Corona recurrió a una institución que había demostrado su utilidad en tiempos demasiado remotos: el *Tomo Regio*, que los reyes visigodos dictaban antes de la celebración de los Concilios de Toledo, marcando a éstos el orden del día y la orientación de los temas que debían estudiarse y resolverse. Desde la extinción de la monarquía visigoda no se había vuelto a utilizar tal recurso; en 1769 Carlos III dictó un *Tomo Regio* que ordenaba la celebración de concilios provinciales en las Indias y marcaba el orden del día, agenda, fines, propósitos y orientacióan que los concilios habían de mantener y conseguir. De hecho, se celebraron varios concilios bajo el impulso de esta decisión del rey; sobresalen por su significación los de Lima y México, pero ninguno consiguió jamás llegar a tener vigencia, pues la Santa Sede no concedió nunca su aprobación a ninguno y la propia Corona no se sintió con fuerzas para lograrla; el único con el que se intentó, el IV mexicano, probablemente no llegó siquiera a ser cono-

cido por Roma, pues nuestro embajador allá no se atrevió a presentarlo dado el contenido tan regalista de sus normas; y la Corona ni calculó la posibilidad de una aprobación unilateral, tanto más cuanto que las circunstancias políticas tras la muerte de Carlos III cambiaron sustancialmente, y el propio metropolitano de México que había presidido e inspirado el concilio, Lorenzana, elevado a la sede de Toledo, no puso el menor interés en sacar adelante la cuestión.

Sin embargo, toda la actuación regia en este tema revela una voluntad de actuar dentro de los límites de la autoridad patronal, entendida como se la entendía en el siglo XVIII; el Derecho de Patronato se invoca una y otra vez como el fundamento de las actuaciones regias, pero indudablemente se trata de una interpretación exagerada y abusiva de una facultad que en modo alguno podía admitir tal amplificación de sus límites.

Otro tema en que se interpreta también extensivamente el Patronato es el del fuero eclesiástico. Es disciplina canónica constante, a lo largo de toda la historia de la Iglesia, que los clérigos no pueden ser juzgados en ninguna clase de delitos sino es por los tribunales eclesiásticos. La realidad ha traído a esta reserva de fuero no pocas modificaciones, nacidas de las exigencias de los Estados y las concesiones hechas por la Santa Sede; sobre todo en la época presente, el Derecho Concordatorio conoce el tema del fuero como uno de aquéllos en que la Iglesia ha cedido mayores competencias al poder político, no reservándose sino los delitos estrictamente canónicos de los clérigos. En Indias el privilegio del fuero poseía plena vigencia; solamente los tribunales de la Iglesia eran competentes para juzgar a clérigos y religiosos, tanto en delitos canónicos como civiles. La Corona respetó siempre ese privilegio, si bien amplió en este terreno el patronato por una doble vía. La primera, habitual, interviniendo en los casos en que los delitos cometidos por los clérigos eran escandalosos, en cuyo caso las autoridades civiles abrían una información que pudiese conducir a tomar medidas que reprimiesen la conducta escandalosa, y a mover a las autoridades eclesiásticas a pasar voluntariamente tales reos a la jurisdicción civil, ya que ésta era habitualmente más severa y la Corona entendía que los castigos y correcciones impuestos por la Iglesia no resultaban lo bastante eficaces en los casos más graves.

En 1565 ordenó Felipe II que las inquisiciones de la autoridad civil solamente se efectuasen «cuando el caso fuera público y escandalo-

so» , y que se hicieran en secreto. El resultado debía ser, de descubrirse causa para ello, advertir al obispo correspondiente para que castigase con la necesaria dureza al delincuente, y si no lo hacía, dar cuenta al Consejo de Indias. El sistema convirtió tales informaciones en instrucciones de sumarios contra clérigos, y la intervención del consejo en toma de decisiones por parte del poder civil en un campo en que el privilegio del fuero lo impedía. Bruno trae una larga serie de casos, relativos tanto a obispos como a clérigos, en que la autoridad civil intervino más allá de lo que el Patronato hubiese permitido; y García Añoveros escribe lo siguiente:

> Una Real Cédula de 17 de marzo de 1619 establecía cómo debía de procederse en el caso de eclesiásticos incorregibles. Se ordenaba que las audiencias despacharan «provisiones de ruego y encargo» a los prelados para que enviaran copias de las sentencias y catigos infligidos a los reos. Si la audiencia estimaba que el delito no había sido castigado suficientemente, entonces debía recurrir al arzobispo de la provincia eclesiástica para que lo remediara. Si por «esta vía no se pudiese castigar y remediar, y el clérigo fuese tan incorregible y escandaloso, que haya pasado al profundo de los males, adviertan a los jueces eclesiásticos que se fulmine proceso de incorregible, para remitirlo al brazo seglar». Es interesante notar que este proceder de las autoridades reales en el caso de clérigos incorregibles lo fundamenta el rey en el Patronazgo real «por la ofensa que se hace al Patrón y a la causa pública». No obstante, ni aún en este caso, intervenían judicialmente los jueces civiles.

Relacionada con el tema del fuero está la actuación en Indias de los tribunales eclesiásticos. La Iglesia tenía organizado su propio sistema judicial, cuya estructura básica quedaba constituida por los tribunales diocesanos de primera instancia, los metropolitanos de segunda instancia, y los tribunales de la propia Santa Sede como última instancia. En Indias, al constituirse la jerarquía, las primeras diócesis se configuraron como sufragáneas de la metropolitana de Sevilla; posteriormente se crean las tres primeras archidiócesis, Santo Domingo, Lima y México, y poco a poco se va desarrollando y multiplicando en nuevas provincias eclesiásticas esa inicial estructura. Ello supuso que la Iglesia poseía en Indias bastantes tribunales para cerrar definitivamente las causas mediante dos sentencias conformes, y que de derecho se hacía

obligado en los casos en que fuese precisa la tercera instancia, el recurso a la Santa Sede.

La legislación regia fue respetuosa en general con la independencia de la jurisdicción eclesiástica. Repetidas reales cédulas exhortan a los jueces civiles a respetar a los tribunales de la Iglesia:

> Los oidores y visitadores —estableció Felipe IV en norma que pasó a la Recopilación— suelen introducirse en materias que pertenecen a la jurisdicción eclesiástica: Ordenamos y mandamos que procedan en estos casos guardando la jurisdicción e inmunidad eclesiástica, conforme a derecho canónico, leyes y ordenanzas reales.

Y la Ley 11 del título X del libro I establece además que ese respeto no sea solamente pasivo, sino activo:

> Mandamos que a los obispos de las Indias y a sus ministros eclesiásticos se les dé por las Audiencias y Chancillerías Reales y otros cualesquier nuestros jueces y justicias de las ciudades y provincias, el auxilio real y favor que convenga, cuanto hubiere lugar de derecho, todas las veces que conviniere y de él tuvieren necesidad.

La doctrina no discutió la jurisdicción eclesiástica; Solórzano recomienda que sea respetada, y Villarroel aconseja a los prelados que colaboren con el poder civil en un terreno como el judicial en que el mutuo reconocimiento era garantía de la eficacia de ambos fueros.

Si se trataba de causas de los clérigos, en virtud del fuero privilegial, los tribunales eclesiásticos eran competentes sobre cualquier tipo de delitos, como anteriormente hemos visto; su competencia se extendía además, por motivo de la materia y no de las personas, sobre toda clase de delitos —fuese quien fuese su autor— que transgrediesen la legislación canónica. Y existía una frontera difícil de definir entre esta legislación y la civil, en la que podían plantearse conflictos entre ambas jurisdicciones.

> En la vida cotidiana —escribe García Añoveros— no eran infrecuentes los roces entre los jueces reales y eclesiásticos en materias cuyos límites jurisdiccionales no aparecían claros. Felipe II, por Real Cédula de 1580, reconoce que en las Indias había muchos pleitos y diferencias «sobre las jurisdicciones», de lo que resultaban graves inconve-

> nientes para el ejercicio de la justicia real y rogaba a los obispos «que den las órdenes necesarias a todos sus jueces para que excusen estos agravios y excesos en cuanto fuera posible» y procuren actuar de conformidad con los jueces seculares.

Punto litigioso necesariamente eran las causas de fuero mixto, aquellas en que ambas jurisdicciones se consideraban competentes. Tal como las llamadas «cosas mixtas» —materias a la vez civiles y eclesiásticas— han requerido habitualmente a lo largo del tiempo concordatos que pusiesen de acuerdo al poder canónico y al civil, hubiese sido oportuno también en este terreno una concordia entre la Santa Sede y la Corona. Ésta, sin embargo, nunca se dio, precisamente porque la Corona consideraba que por derecho de patronato le correspondía vigilar el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica, y dictó abundantes normas con el propósito de regular los conflictos jurisdiccionales y determinar cuándo debían actuar unos y cuándo otros tribunales. Según señala el autor citado,

> los juristas opinaban que, tratándose de causas de fuero mixto como eran los perjurios, usura, sacrilegios y blasfemias o heréticas, no se diera a los jueces eclesiásticos el auxilio real que impetraran sin que antes los jueces civiles hubieran examinado el proceso. En algunos casos, las leyes reales limitaban ciertas actuaciones de los jueces eclesiásticos: se les prohíbe imponer multas pecuniarias a los indios; se les ordena que «no prendan a ningún lego, ni hagan ejecución de él, ni de sus bienes por ninguna causa y si quisieren hacer prisioneros y ejecuciones, pidan el Real auxilio a nuestras justicias seglares, las cuales se lo impartan, conforme a derecho»; no traten los casos de perjurio que pudieran cometer los corregidores y alcaldes mayores al realizar tratos y granjerías que tenían prohibidos por la ley, sino que se «remedie con el recurso ordinario de recurrir a nuestras audiencias». Incluso las leyes tratan de regular las actuaciones de los jueces conservadores que elegían los superiores religiosos

Particular atención prestó también la Corona al tema de la pena de excomunión, tratando de moderar y limitar el frecuente uso que de la misma hacían las autoridades eclesiásticas, e igualmente sucedió con los entredichos y cesaciones *a divinis,* materias todas que la Corona trata de reducir a límites moderados frente a su abuso en manos de prelados excesivamente rígidos.

La Inquisición, que constituye un tipo particular de tribunal de la Iglesia destinado a la represión de los delitos contra la fe, también funcionó en las Indias. Inicialmente actuaron como inquisidores los obispos; en 1569 una Real Cédula de Felipe II establece el Tribunal de la Inquisición en el Nuevo Mundo. Tal cédula crea el tribunal en las dos capitales virreinales, y en 1610 se estableció también en Cartagena de Indias. Los prelados no vieron en principio con buenos ojos la creación en América de la Inquisición mediante una decisión real y no pontificia, pero la institución concluyó por echar allí raíces, y actuó hasta el final de la dominación española, castigando fundamentalmente a herejes pertinaces, y en particular a los que hacían proselitismo de su herejía, así como a clérigos solicitantes, blasfemos, hechiceros, bígamos, fornicarios, legos que se hacían pasar por sacerdotes, magos y brujas. En general, se trataba de proteger la fe y cuidar de que no se propalasen las costumbres contrarias a la misma.

Otro tema en que la Corona se atribuyó facultades en el terreno eclesiástico fue el de las vacantes y espolios. Ya páginas atrás hemos hablado de aquellas rentas; por lo que hace a los espolios, son los bienes que dejan los obispos difuntos y que han sido adquiridos con ocasión del servicio a la Iglesia, no así los provenientes de su personal patrimonio. Aunque la Santa Sede pretendía que unos y otros bienes fuesen a parar a la Cámara Apostólica, nunca la Corona lo permitió. En Indias esas masas de bienes se repartían entre el obispo sucesor y la Iglesia vacante; posteriormente se hizo una división tripartita, reservando una tercera parte para los pobres y obras de piedad. Ya conocemos el intento, bajo Felipe V, de traspasar las rentas vacantes a la Corona, y si bien ésta las consideró en adelante como suyas, siguió atendiendo a las mismas necesidades antedichas. Se dictaron igualmente disposiciones que trataban de impedir que los predicadores atacasen desde el púlpito a las autoridades civiles, encargando a los obispos los reyes que vigilasen este extremo, y que si una autoridad civil fuese digna de represión, se le hiciese ésta en privado sin dar lugar al escándalo que podía suscitarse en el pueblo cristiano. El propio Concilio III de México recomienda a los predicadores esta misma conducta.

El derecho de asilo era la inmunidad que gozaban las iglesias y lugares sagrados, donde, por no poder entrar la autoridad civil a ejercer sus facultades, encontraban refugio —se asilaban— los reos de múltiples delitos que no estaban reservados a la jurisdicción de los tribunales de

la Iglesia. El intento lógico por parte del poder civil de detener a los delincuentes comunes se enfrentaba con la inviolabilidad de los lugares sagrados, celosamente defendida por los obispos. Es lógico que este campo se prestase a frecuentes conflictos, y también en él la Corona limitó de diferentes modos el poder de la Iglesia. Siguiendo la práctica habitual, los reyes regularon el derecho de asilo, que era de por sí una institución canónica; a la Corona tocó respetarlo y limitarlo a los casos que se consideraban justos por el poder civil. La propia Santa Sede limitó el asilo estableciendo que no pudieran acogerse al mismo los criminales más peligrosos, los reos de los más grandes delitos ni los salteadores de caminos, homicidas que hubiesen cometido su crimen en iglesias y monasterios, asesinos, etc., pero Gregorio XIV, en 1591, al par que establecía lo anterior, remitía al obispo la decisión de entregar o no al reo a la autoridad civil una vez examinado el crimen de que resultara culpable. Limitación al poder real que la Corona no aceptó. Como forma de reducir los problemas derivados de la reluctancia de las autoridades civiles a respetar el asilo, Carlos III obtuvo en 1772 que la Santa Sede redujera el derecho a pocas iglesias no más de una o dos por ciudad, decisión pontificia que también fue objeto de mediatización por parte del rey, que decidió por su parte cuáles debían ser en concreto tales iglesias.

Ya nos hemos referido con anterioridad a la *praxis* de mantener aislados a los obispos impidiéndoles toda relación directa con Roma, de modo que ni podían hacer las visitas *ad limina* ni enviar al papa, sino al Consejo de Indias, las relaciones del Estado de su diócesis. He aquí otro campo de actuación real sobre la Iglesia indiana, verdaderamente capital éste, pues el medio normal que posee la Santa Sede para gobernar la Iglesia universal es el contacto con los obispos, tanto a través de sus periódicos informes y visitas, como mediante la habitual consulta de problemas y toma de decisiones. Al canalizar todo ello a través del Consejo de Indias, la Sede romana no sabía de las Indias sino lo que la Corona quería hacerle saber, salvo lo que pudiera llegarle directamente eludiendo el control real; y tampoco llegaban a Indias decisiones papales sino las que pasaban a través del tamiz del Consejo mediante la institución del Pase regio. De éste hablaremos más adelante. Por lo que hace a los informes y visitas, la Corona intentó que la Santa Sede exonerase a los obispos de hacerlas, dada la distancia, y solamente obtuvo primero un plazo más amplio para que los obispos

viajaran a Roma y luego —convencida la Santa Sede de que no se les permitiría ir— la autorización para hacer la visita mediante procuradores, los cuales presentarían al papa los informes episcopales. Entonces la Corona decidió que el Consejo de Indias tendría que aprobar tanto la designación de cada procurador como el informe que los obispos confiaran a éstos. Medida abusiva, claramente limitadora de la independencia de la Iglesia, y cuyo resultado fue que las visitas, incluso mediante procurador, escaseasen y que el Consejo de Indias canalizase de forma efectiva las relaciones entre la Iglesia indiana y el papado.

La disposición precedente cobraba además mayor fuerza al estar prohibido que nadie, y tampoco los clérigos ni los prelados, pudiese regresar de las Indias a España sin expresa autorización, que debía otorgar la autoridad real o sus representantes. La norma dictada por Felipe II en 1561, corroborando una anterior de Carlos I de 1538, establecía que

> los arzobispos y obispos de nuestras Indias están obligados a residir en sus prelacías, conforme a derecho y al Santo Concilio de Trento, y a Nos por nuestra regalía, y como Patrón universal de todas las Iglesias toca el cuidado de proveer que se guarde y ejecute. Y porque de venirse a estos reinos los arzobispos y obispos de nuestras Indias, dejando sus ovejas sin Pastor, y a los clérigos sin el gobierno espiritual que tanto importa, se siguen gravísimos daños e inconvenientes,

el rey ordena que no den las autoridades indianas permiso a estos prelados para regresar a España y a los jueces que les impidan el viaje si a pesar de todo quisieren hacerlo, salvo que expresamente el rey les hubiese dado el permiso para viajar.

Interesante medida, porque finalmente resulta que los obispos no podrán venir a España, y por ende tampoco a Roma, por prescripción del Derecho Canónico, del que el monarca se convierte en intérprete y ejecutor.

La cara opuesta de estas medidas estaba constituida por las que se dirigían a la expulsión de las Indias, o de algún territorio de las mismas, de prelados y clérigos considerados indeseables por la autoridad civil. Ciertamente sólo la Santa Sede poseía facultades para hacer a un obispo abandonar su diócesis; pero, aunque pocas veces, no faltaron casos en que los virreyes citaron ante sí a algunos obispos para que

rindiesen cuenta de sus actos, obligándoles a dejar sus sedes a tales efectos. Y mucho más frecuente fueron los extrañamientos de clérigos. Prohibidos éstos por el Derecho de la Iglesia y para no caer en las correspondientes censuras, Carlos I trató de que Roma le autorizase a devolver a España a los clérigos que llevasen una vida escandalosa, así como a los que hubiesen llegado a Indias sin la correspondiente licencia. Y aunque no obtuvo una respuesta favorable, el poder civil procedió a expulsar a unos y otros cada vez que lo creyó necesario. Para ello arbitró la fórmula de proponer a los obispos que fuesen ellos quienes a ruego de la Corona los echasen, ruego siempre atendido por lo común. La medida afectaba también a los religiosos que hubiesen abandonado sus hábitos. Y en no pocos casos obró la autoridad civil por sí misma, sin pedir la ayuda de los obispos. La medida constituía evidentemente un castigo; dado que el Derecho de la Iglesia prohíbe que la autoridad seglar castigue a los clérigos, como ya sabemos, argumentará Solórzano que «en estos casos más se procede por vía de gobierno que de jurisdicción contenciosa»; el rey ejecuta «esta expulsión no tanto con ánimo de castigarlos, como de mirar por la paz y tranquilidad de sus reinos y provincias».

3. Medidas de control y defensa del Patronato Regio

En fin, otras medidas e intervenciones reales en asuntos de la Iglesia se presentan directamente como cautelares para evitar que se viole el Patronato regio por parte de la Iglesia de sus prelados.

Directamente relacionado con la incomunicación entre las Indias, es decir, entre sus prelados y clérigos, y la Santa Sede, está el tema del Pase Regio. Ningún documento papal podía llegar a Indias, y menos ejecutarse allí, sin haber recibido previamente el pase del Consejo de Indias. Pocas facultades se atribuyeron los reyes con mayor empeño que ésta. Amparados en la necesidad de defender los derechos de la Corona para la salvaguarda de la paz de sus reinos, y ante la posibilidad de que las decisiones pontificias la alterasen al dictar medidas contrarias a las reales, sumiendo a los fieles en dudas de conciencia y dejando sin protección al Derecho Patronal, los monarcas impusieron un férreo control en este terreno. La totalidad de la documentación papal, dirigida a cualquier persona y versando sobre cualquier tema, tenía que

someterse al *regium exequatur,* el permiso regio para su ejecución. El consejo, según reiteradamente dispuso la Corona, debe hacer observar esos documentos papales si se comprueba que no causan perjuicio al patronato y demás derechos otorgados por Roma a los reyes; si pueden causar tal perjuicio, ha de impedirse su ejecución y entonces el rey advertido por el consejo, suplicará al papa la derogación. Estamos ante un remedio clásico al que recurrieron siempre quienes no querían someterse a una decisión papal: apelar del papa mal informado al papa bien informado. Se supone que la decisión pontificia, contraria a los intereses de la Corona, sólo puede provenir de una falta de información de la Santa Sede, pues no es creíble que el papa desee lesionar en nada a los reyes de un país tan católico. Mejor informado el papa, sin duda derogará su determinación anterior y, si no lo hace, es que aún continúa mal informado. Sistema que evidencia su vicio de fondo, pues tiende a la no ejecución de ninguna norma papal que desagrade a la Corona; también Lutero apelaba del papa mal informado, al papa bien informado para justificar su rebeldía, aunque no parece que Felipe II reparara en este paralelismo. Que tal paralelismo existía no lo decimos hoy; algún obispo indiano denunció en 1591 —el obispo del Cuzco fray Gregorio de Montalvo— «que es luteranismo lo que hace el Consejo de Indias de tomar los breves que vienen de Roma y el detenerlos».

Sin embargo, la política de la Corona nunca vaciló en este tema. Una vez más se hacía preciso eludir las graves censuras que el Derecho de la Iglesia establecía para los que obrasen como obraban los reyes y el consejo; se argumentó que el motivo de la retención no era atentar contra la Santa Sede y sus derechos, sino suplicarle al papa que estudiase mejor la cuestión. Solamente que, cuando en algunos casos —que se dieron— llegaron a Indias documentos papales o a Roma documentos provenientes de las Indias, sin el control real, se tomaron todas las medidas precisas para recogerlos, impedir su divulgación y ejecución, y castigar a los culpables. Así se explica, por ejemplo, que un obispo, tan buen conocedor del Derecho como fray Gaspar de Villarroel, tuviese por la obra de Solórzano un respeto absoluto, y la invocase como la última palabra para resolver conflictos jurisdiccionales entre las autoridades eclesiásticas y las civiles, sin saber que la Santa Sede había condenado a Solórzano incluyéndole en el Índice de Libros Prohibidos, decisión que naturalmente retuvo el Consejo impidiendo que llegase a ser conocida en América.

Reiteradas veces hemos aludido a las censuras y penas establecidas por el Derecho de la Iglesia para quienes violasen las leyes canónicas. La relación de los delitos más graves que contra la Iglesia podían cometerse, y de las penas en que incurrirían los culpables, figuraba desde la edad media en una famosa bula, la Bula *In Coena Domini,* que debía leerse varias veces cada año en todas las iglesias, en fiestas en que fuese muy grande la afluencia de fieles. Entre tales delitos figuraban precisamente los de impedir la libre comunicación con la Santa Sede y otros varios de los aquí enumerados. Y la Corona no deseaba desde luego que el pueblo supiese que tales actos, impuestos por las leyes civiles y habituales en Indias, suponían una grave violación de la disciplina de la Iglesia y las penas más graves para los infractores, es decir, el rey, el consejo y los virreyes y demás gobernantes indianos. El único medio de impedir ese conocimiento era prohibir la difusión de la bula, que en efecto siempre estuvo prohibida en las Indias, donde los obispos no se atrevieron nunca a difundirla. No deja de ser singular el hecho que comentamos: la primera bula que retiene el consejo es la que prohíbe que se retengan bulas.

En el terreno judicial, todo el aparato de ejercicio correlativo de las dos jurisdicciones, la civil y la eclesiástica, por los correspondientes tribunales, constituyó, como sabemos ya, uno de los campos en que la Corona más respetuosa se mostró con la autoridad de la Iglesia. Sin embargo, cuidó de coronar el edificio de la administración de justicia con la institución de los recursos de fuerza, expresamente prohibidos también por la Bula *In Coena Domini,* pero vigentes en las Indias durante toda la dominación española, como última medida de control estatal sobre el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica.

Define Bruno los recursos de fuerza como aquellos que se interponen contra la sentencia de un juez eclesiástico ante el tribunal civil, por tratarse de una «sentencia de juez incompetente, o que no ha observado las solemnidades del derecho, o no ha permitido la apelación al superior». G. Añoveros a su vez dice que

> los recursos de fuerza, o el alzar, levantar o quitar las fuerzas eran apelaciones de súplica que se hacían a la autoridad real, para implorar protección, auxilio y defensa contra las sentencias dictadas por jueces eclesiásticos que se estimaban ilegales por tres motivos: por incompetencia del juez eclesiástico al invadir una jurisdicción que no le co-

> rrespondía, porque no se habían guardado las formalidades exigidas por el derecho, y porque el juez eclesiástico no había permitido la apelación legal al juez superior.

En definitiva, la persona que no está conforme con una sentencia del juez eclesiástico no tiene más que alegar uno de esos tres motivos para llevar su causa al juez civil, y éste es quien decidirá si el recurso estuvo bien interpuesto, es decir, si el juez eclesiástico obró o no con justicia. Obsérvese que no se trata de apelar de una decisión de un juez ante otro juez, para que la reforme entrando en el fondo; lo que se le dice al juez civil es que el juez eclesiástico ha hecho fuerza, ha forzado la situación juzgando un caso que no le correspondía, o violando las normas procesales, o impidiendo que su sentencia pueda ser revisada por un juez superior. Entonces el juez civil comprueba —y es él quien decide, sin que le quepa al juez eclesiástico evitarlo— si los defectos que se alegan existen, si el juez eclesiástico ha hecho fuerza, y le priva de la jurisdicción. Bien entendido que este proceder no debe entenderse en el sentido de entrar en el fondo, juzgar y dictar una nueva sentencia. Lo que hacían es tomar la decisión de estimar si hubo o no fuerza, si hubo o no injusticia en el proceder, y ello en defensa de la justicia y del propio Derecho Canónico, que se vería lesionado por el modo forzado de actuar de un juez eclesiástico. Dictaminado que había fueza, se ordenaba al juez de la Iglesia que absolviese al encausado sin más consideraciones.

También aquí hubo abusos, y los hubo por parte del poder civil, que declaró en muchos casos fuerza allí donde ni aún podía haberla, por no haberse dictado aún sentencia. Hasta el punto que la propia Corona hubo de prohibir repetidas veces que se aceptaran recursos de fuerza claramente abusivos, pero al mismo tiempo fue doctrina prácticamente común de los juristas indianos que tales recursos tocaban al rey por Derecho Natural, en salvaguarda no ya de sus derechos patronales sino de la propia justicia.

En fin, una referencia al Patriarcado de Indias y a la Nunciatura que se quiso y nunca llegó a existir para mediar en las relaciones Iglesia-Estado en cuanto tocase al Nuevo Mundo.

Como medio de tener una presencia directa en Indias, de poder comunicarse con los obispos, y de poder hacer oír allí su voz, la Santa Sede procuró en varias ocasiones nombrar un nuncio en las Indias, que

le representase ante aquellos reinos tal y como el nuncio en Madrid le representaba ante los reinos metropolitanos. Era en cambio esto lo que de ningún modo quería permitir la Corona. La cual, a su vez, quiso centralizar el gobierno de la Iglesia indiana sacándolo de las manos de Roma para ponerlo en manos de un delegado papal único, un patriarca de las Indias, que residiendo en la Corte y poseyendo toda la autoridad papal para la dirección de aquella Iglesia, estuviese fácilmente sometido al influjo de la Corona. Un patriarca español, elegido por el rey y residiendo en la Corte, hubiese sido instrumento dócil de la Corona para gobernar la Iglesia indiana, revestido al efecto de una delegación papal. Un nuncio no español, residiendo en Indias lejos del control real y en directo contacto con el papa, hubiese sido una garantía de independencia del poder pontificio frente al real para el gobierno de los asuntos eclesiásticos americanos. Ninguna de las dos instituciones llegó a existir tal como se la quería. Varios papas intentaron con empeño que la Corona aceptase un nuncio en las condiciones dichas; reiteradamente trataron los reyes de lograr igualmente el patriarca deseado. Patriarca de Indias sí que lo hubo, y muy pronto, ya desde 1524, pero fue siempre una mera titulación honorífica, sin jurisdicción para el prelado que la ostentaba. Ni un patriarca ni ninguna figura parecida, con delegación de gobierno para Indias, concedieron los papas, conscientes del peligro que suponía; y conscientes del mismo peligro, rechazaron los reyes todo intento de abrir allá una nunciatura. Tampoco el nuncio en Madrid tuvo mucha intervención en ultramar; de hecho, toda la jurisdicción la ejerció la Corona, en la forma dicha, si bien con resultados evangelizadores tan óptimos que se justificó la ya referida tolerancia de la Santa Sede ante el sistema patronal indiano.

Este conjunto de facultades regias, que hemos presentado como extensión del Patronato, fue calificado por los juristas del siglo XVII como Vicariato Real, en cuya virtud los reyes actuaban legítimamente en cuanto que los papas les habían designado como sus delegados o vicarios en Indias. Como tal designación no podía encontrarse en la Bula *Universalis,* se afirmó que se contenía en la *Inter coetera* de 1493, comprendida en el mandato general de evangelizar. En el siglo XVIII se afirmó incluso que ni siquiera era precisa la delegación papal, pues el gobierno de la Iglesia, en lo no dogmático o sacramental, tocaba al rey como una regalía o derecho nato de la Corona.

BIBLIOGRAFÍA

Aunque son muy numerosos los estudios sobre temas y aspectos concretos, es en cambio corta la relación de obras que traten de exponer en su conjunto el ordenamiento jurídico de la Iglesia indiana. Tal ordenamiento puede ser entendido en un doble sentido o, mejor dicho, abarca dos sectores: el Derecho Canónico que la Iglesia dictó para sí misma con vigencia de las Indias, y el Derecho Eclesiástico estatal indiano, dictado por la Corona para regular asuntos religiosos en América, es decir, para el gobierno por parte del Estado de la Iglesia en Indias. El primero, el Derecho Canónico, puede ser o bien Derecho Canónico universal aplicable en América, o bien normas canónicas dictadas por la autoridad pontificia directamente para las Indias, o bien normas generadas por la propia Iglesia indiana a través de sus órganos legislativos, particularmente los Concilios provinciales y diocesanos. El segundo, el Derecho Eclesiástico indiano, tiene una base de legitimidad, constituida por el encargo misional recibido por los Reyes, sobre todo, aunque no sólo, mediante las Bulas alejandrinas de 1493, y por el Patronato, otorgado a los monarcas castellanos por Julio II en 1508; este Derecho se contiene, como el resto de la normativa procedente de la Corona, en la Recopilación de 1680 y en todo el resto de colecciones, cedularios, y demás fuentes publicadas e inéditas en las que se recoge el Derecho indiano.

No conocemos ninguna obra que exponga en su conjunto el Derecho Canónico indiano. Cuanto sabemos del mismo, aparte de en sus fuentes, se encuentra repartido por las obras generales sobre Derecho Eclesiástico indiano y por otras que tratan específicamente del Patronato o de algunas instituciones particulares. Son aquéllas, las que exponen el Derecho Indiano dictado para el gobierno de la Iglesia, la principal base de trabajo en que nos hemos apoyado para preparar este capítulo. Destacan entre las mismas las siguientes: Jesús María García Añoveros, *La monarquía y la Iglesia en América*, Madrid, 1990; Cayetano Bruno, *El Derecho Público de la Iglesia en Indios*, Salamanca, 1967; Rafael

Gómez Hoyos, *La iglesia de América en las Leyes de Indias*, Madrid, 1961; Ismael Sánchez Bella, *Iglesia y Estado en la América española*, Pamplona, 1990; Dalmacio Vélez Sarsfield, *Relaciones del Estado con la Iglesia en la antigua América española*, Buenos Aires, 1854; Lucas Aayarragaray, *La Iglesia en América y la dominación española*, Buenos Aires, 1920, que abarca también los años posteriores a la época colonial; y también el artículo, dedicado a estudiar en cuanto tales las relaciones entre los dos Poderes, de F. Javier de Ayala. «Iglesia y Estado en las leyes de Indias», en *Estudios Americanos*, I, Sevilla, 1948, pp. 417-460.

Junto a éstas, han de tenerse en cuenta en especial las obras que estudian el Derecho de Patronato. Señalamos algunas: Matías Gómez Zamora, *Regio Patronato Español e Indiano*, Madrid, 1897, que describe el conjunto y el detalle de las instituciones patronales; Manuel Gutiérrez de Arce, «Regio patronato indiano», en *Anuario de Estudios Americanos*, XI, Sevilla, 1954, pp. 107-168, que analiza el tema de la naturaleza jurídica del Derecho Patronal; Antonio González Zumárraga, *Problemas del Patronato Indiano a través del Gobierno eclesiástico-pacífico de Fray Gaspar de Villarroel*, Vitoria, 1961, que aunque limitado al estudio de un autor, ofrece importantes perspectivas dignas de atención; Pedro de Leturia, «Relaciones entre la Santa Sede e Hispanoamérica», I, *Epoca del Real Patronato*, Roma-Caracas, 1959, que contiene una interesante serie de trabajos particulares destinados a analizar diferentes aspectos del Derecho patronal, sobre todo en sus orígenes y formación.

También conviene referirse a algunas ediciones de fuentes que contienen documentación pontificia referente a las Indias; entre otras, Balthasar de Tobar, *Bulario Índico*, edición de Manuel Gutiérrez de Arce, Sevilla, 1954; Francisco Javier Hernáez, *Colección de bulas, breves y otros documentos relativos a la Iglesia de América y Filipinas*, reimpresión de la edición de Bruselas de 1879, Vaduz, 1964; y el rico apéndice que acompaña a la obra de Alfonso García-Gallo, «Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 27-28, Madrid, 1957-1958, pp. 461-829.

Son útiles, para la necesaria visión general, las Historias de la Iglesia que se refieren al área americana, como pueden ser las de Mariano Cuevas, *Historia de la Iglesia en México*, cinco volúmenes, D. F. México, 1921-1928; Rubén Vargas Ugarte, *Historia de la Iglesia en el Perú*, cinco volúmenes, Lima, 1953; Antonio Ybot León, *La Iglesia y los eclesiásticos españoles en la empresa de Indias*, dos tomos, Barcelona, 1954-1963; León Lopetegui y Félix Zubillaga, *Historia de la Iglesia en la América española, México, América central, Antillas*, Madrid, 1965; Antonio de Egaña, *Historia de la Iglesia en la América española, Hemisferio Sur*, Madrid, 1966. Particular atención al tema de la cristianización prestan Robert Ricard, *La conquista espiritual de México*, México, 1947, y Fernando de Armas Medina, *Cristianización del Perú*, Sevilla, 1953.

Recomendable es el conocimiento de algunos de los textos jurídicos clásicos que se ocupan de los problemas de la Iglesia en Indias, como por ejemplo Juan de Solórzano Pereira, *Política Indiana*, edición de Madrid, 1972; Gaspar de Villarroel, *Gobierno eclesiástico-pacífico*, Madrid, 1656-1738; Joaquín de Ribadeneyra, *Manual compendio del Regio Patronato Indiano*, Madrid, 1755.

A temas concretos se refieren muchas obras, entre las que pueden recordarse: sobre las rentas vacantes de los beneficios eclesiásticos, Antonio Álvarez de Abreu, *Víctima real legal*, Madrid, 1769; Luis Arroyo, *Comisarios generales del Perú*, Madrid, 1950; Conde de la Cañada, *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza*, Madrid, 1794; Antonio de Egaña, *La teoría del Regio Vicariato español en Indias*, Roma, 1958; Fidel Fita, «Primeros años del episciopado en América» en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 20, Madrid, 1892, pp. 261-300; Lesmes Frías, «El patriarcado de las Indias Occidentales», en *Estudios Eclesiásticos*, I, Madrid, 1922, pp. 24-47, 297-318; Alberto de La Hera, *El Regalismo borbónico en su proyección indiana*, Madrid, 1963, y «El movimiento conciliar regalista en América», en *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, pp. 1193-1229; Roberto Levillier, *Organización de la Iglesia y órdenes religiosas en el virreinato del Perú en el siglo XVI*, Madrid, 1919; Vicente Rodríguez Casado, «Iglesia y Estado en el reinado de Carlos III», en *Estudios Americanos*, I, Sevilla, 1948, pp. 5-57.

En fin, para el concepto de Derecho Eclesiástico, del que hemos partido en el incio del capítulo, puede verse Sergio Lariccia, *Diritto Ecclesiastico*, Padova, 1986.

CARLOS DÍAZ REMENTERÍA

DERECHO DE PERSONAS Y DE FAMILIA

I

PERSONAS

1. Matizaciones

No es ninguna novedad señalar que en generalidad de las instituciones de Derecho Privado indiano se manifiesta con todo su vigor el Derecho Castellano a excepción de cuestiones muy puntuales derivadas de las peculiaridades propias bien de la sociedad indiana, bien de sus instituciones jurídicas, tales serían los supuestos derivados de la necesidad de afrontar la sucesión de los bienes de quienes habiendo fallecido en Indias tuvieran o pudieran tener herederos en España, o de la especial configuración de la encomienda con su específico régimen sucesorio, entre otros. Aparte aspectos como éstos, el Derecho Castellano, con especial fundamento en las partidas y en las Leyes de Toro, constituyó el ordenamiento jurídico vigente en las Indias, al margen, desde luego, de que en la vida cotidiana, fundamentalmente indígena, se siguiera un derecho marcadamente consuetudinario.

Debe precisarse, por último, que no siendo propio de la época la utilización del concepto de capacidad en su doble vertiente jurídica y de obrar, que se irá desarrollando desde fines del siglo XVIII para consagrase por los juristas alemanes del siglo XIX como consecuencia del racionalismo jurídico extendido en la última fase del *ius commune,* la exposición de qué deba entenderse por persona tiene que basarse en la tradición jurídica y, en su defecto, o confluyendo con ella, en el Derecho Común.

Escribió el legislador en el prólogo del título XXIII, Partida IV, que «el estado de los hombres y la condición de ellos, se departe en tres maneras. Ca o son libres, o siervos, o aforrados, a que llaman en

latín libertos» y definiendo en la Ley I el *status hominun* se dirá que «tanto quiere decir en romance como el estado o la condición o la manera en que los hombres viven o están», siendo necesario y conveniente su conocimiento para que mejor se pueda hacer justicia. De esta forma, como apunta Asso y De Manuel en sus *Instituciones del derecho civil de Castilla,* la persona sería el hombre considerado en su estado pudiendo éste ser, a su vez, natural y civil en función de que la variedad de condiciones tenga su origen en la naturaleza o en la voluntad de los hombres ya que, por otra parte, ese estado de los hombres puede considerarse en razón de que se haya nacido o de que se esté para nacer, lo que nos lleva por un lado a considerar de alguna manera la presencia de la clásica diferenciación romana entre *status libertatis, status civitatis* y *status familiae,* pero al mismo tiempo la incidencia de la clasificación propia del *ius commune: status societatis,* con lo que se recoge la estamentalización y se le da una formulación jurídica, y *status naturalis* en tanto que se aluda a caracteres personales naturales; la concurrencia de los status será determinante para que el ser humano sea o no persona; es, en definitiva, la deducción que se extrae del texto de la Ley II del título y partida antes citados:

«La fuerza del estado de los hombres se departe en muchas maneras...»: el libre del siervo porque el derecho así lo establece pero no por razón natural, el hidalgo de quien no lo es, los clérigos respecto de los legos, los hijos legítimos de los de ganancia o ilegítimos, el varón respecto de la mujer, el cristiano del moro o del judío... situaciones contrapuestas que daban lugar a diferentes tratamientos jurídicos.

Como sabemos la sociedad estamental no se daría en toda su pureza en Indias pero, indudablemente, la ley alfonsina se corresponde con la realidad indiana.

2. De la división natural de las personas

Que el derecho esté llamado a proteger el estado del hombre es el criterio que justifica el principio, fijado en la Ley IV, XXXIII, III de partidas, de que el nasciturus, o que ha de nacer, encuentre salvaguardado el derecho que le correspondería de haber nacido efectivamente en el momento a partir del cual se hubieran producido los efectos jurídicos que le pudieran beneficiar, y a efectos de la herencia se reque-

rirá por la Ley 13 de las de Toro de 1505 haber nacido «vivo todo», sobrevivir 24 horas y haber sido bautizado para poder heredar.

Si la distinción entre nasciturus y nacido puede entenderse como una primera división natural de los hombres una segunda está condicionada por el sexo; la Ley II del título y partidas últimamente citados adoptaba una postura en general negativa ante la mujer imponiéndose en el criterio de que el varón era, en muchas cosas, de mejor condición, influencia de un planteamiento que pretendía en la mujer una naturaleza más fragil que la del varón y que conllevaría el trazado de un esquema normativo en el que están presentes tanto normas que le confieren un status privilegiado que se manifiesta, por ejemplo, en la posibilidad de alegar ignorancia de ley o en la prohibición establecida en la Ley LXII de las de Toro y relativa a que «ninguna mujer, por ninguna deuda, que no descienda de delicto pueda ser presa, ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona», como también normas limitadoras de su facultad para actuar en el mundo de las relaciones jurídicas, lo que en el siglo XIX y hasta nuestros días, será conocido como capacidad de obrar, tales son, también a título de ejemplo, las diferentes leyes taurinas a través de las cuales se impone la necesidad de licencia marital para la aceptación de herencias, que no vayan acompañadas del beneficio de inventario, para repudiarlas (ambos supuestos regulados en la Ley LIV), para contratar y celebrar cuasicontratos (Ley LXV) o para comparecer en juicio en el dictado de la misma ley.

Por otro lado, entre las Leyes de Partidas pueden citarse la VI, XVI, IV por la que se niega la posibilidad de que la mujer pueda ser tutora a excepción de la madre o de la abuela y la VI, I, IX al declarar que no puede ser testigo en los testamentos. Pese a ello debe destacarse cómo en determinados casos la mujer adquiere un papel de indudable relieve, es el supuesto de la Ley LVII de Toro cuando establece que por causa justa puede el juez compeler al marido para que le otorgue licencia pudiendo la autoridad judicial subrogarse en el marido ante su negativa; y en el caso de la Ley LIX al fijar la concesión de licencia judicial para el supuesto de que por ausencia indefinida de marido o por los graves riesgos a que pudiera verse sometido se provocara un daño en los intereses o justas expectativas de la mujer. De ello se deduce que en buena medida las limitaciones impuestas a la mujer derivan de la condición de casada.

Proyectado a Indias el régimen castellano, el tratamiento jurídico de la mujer no se vio alterado, siendo de destacar la diversa normativa a través de la cual se fue reflejando su derecho a suceder en la encomienda al igual que por vía consuetudinaria lo podía hacer en los cacicazgos y excepcionalmente llegaría a entrar en el ejercicio de oficios con jurisdicción como virreina, adelantada y gobernadora.

Como tercera distinción en el estado natural de los hombres Asso y De Manuel consideran la nacida de ser mayor o menor de 25 años, en consonancia con el criterio legal en vigor procedente de las partidas (VI, XVI, XII, XIII) y con la creencia de que a partir de esa edad el individuo, la persona natural, alcanza la madurez encontrándose por lo mismo facultado para participar en la vida jurídica lo que no sería obstáculo para que cumplidos los diez años y medio y, en palabras de la Ley VI, V, VI, se pudiera considerar que estando próximo a la pubertad el menor pudiera ser ya capaz de dolo y malicia y por lo mismo quedar sujeto a sanción penal; si bien en la Ley de Partidas VI, XIX, IV, se establece que el menor de 14 años no podría ser acusado de cometer acto lujurioso e incluso aunque reconociera haber cometido adulterio no se le aceptaría y por lo mismo no se le exigiría restitución

> mas de todos los otros yerros, así como homicidio o furto, o de los otros semejantes que ficiese, non se puede excusar por razón que es menor, solo, que sea de edad de diez años e medio arriba cuando los face; porque el mozo de tal tiempo tenemos que es mal sabido, e que entiende estos males cuando los face,

tan sólo se beneficiaría de una minoración en la dureza de las penas a que fuera condenado, consecuencia de no haber cumplido los 25 años. No obstante el derecho arbitraría a través de la emancipación la posibilidad de que un menor quedara revestido de las facultades que le permitieran intervenir en los negocios jurídicos, regulado en diferentes Leyes de la Partida IV, Título XVIII el texto alfonsino llegaba a considerar incluso la posibilidad de que un menor de 7 años la alcanzara, pero sobre esto volveremos posteriormente.

En el marco de una administración municipal dominada en buena medida por el sistema de patrimonialización de oficios no tiene de extraño que la Recopilación castellana, en la Ley VII, III, XVI, advirtiera que los menores de 18 años no podían ejercer oficio alguno en los

pueblos, lo que permitiría hablar de una mayoría de edad a efectos de participar en el gobierno de la comunidad.

Y la misma Recopilación, V, IV, IV, admite que el hijo sujeto a la potestad del padre puede testar siendo mayor de 14 años en el caso de que se tratara de varón y de 12 en el supuesto de que fuera mujer, lo que suponía alterar en este concreto aspecto la edad considerada como representativa de la mayoría a efectos civiles.

Siguiendo el régimen castellano el Derecho Indiano se pronunció respecto de la población indígena en el sentido de que la carga tributaria recaería sobre quienes siendo menores de 50 años hubieran cumplido los 18 —Reales Cédulas de 5 de julio de 1578 y 10 de octubre de 1618— salvo que estuviera introducido en una u otra provincia un tiempo superior o inferior de excepción, lo que también se aplicaría respecto de los hijos de negros, libres o esclavos, e indias nacidos de matrimonio por Reales Cédulas de 18 de mayo de 1572 y 26 de mayo de 1573 que con las anteriormente citadas fueron incorporadas a la Recopilación en el título V del libro VI.

El 4 de junio de 1627, y en la línea de lo que en la Recopilación castellana había ordenado respecto de que el menor de 18 años no desempeñara oficio en los pueblos, se establecía que en Indias no se admitieran renunciaciones de oficio ni en menores ni en incapaces, norma que luego pasaría al texto de 1680; en Cédulas de 14 de mayo de 1745 y 23 de junio de 1749 se denuncia la práctica existente en el virreinato peruano, si bien se sanciona posteriormente por Disposición de 29 de abril de 1752; la norma en cuestión concedía a los virreyes limeños la facultad necesaria para dispensar la menor edad una vez cumplidos los 21 años tanto para la administración de bienes —en el Derecho Castellano hasta los 25 de edad y desde los 12 o 14, según se tratara de mujer o de hombre, a excepción de encontrarse emancipado, el individuo en cuestión tenía limitada su facultad de disposición bien por la patria potestad que sobre él se ejerciera bien por estar sujeto a curatela— como para ejercer oficios —18, como sabemos, en el régimen jurídico de Castilla— y, en este caso, teniendo que acudir al consejo en solicitud de confirmación.

Los presumibles inconvenientes que llevaría aparejados para el común de la república y para el estado serían determinantes para que por Disposición de 23 de junio de 1765 se declarara que la facultad concedida no alcanzaba los supuestos de oficios que llevaran anexa juris-

dicción y en 18 de septiembre de 1790 se volvería a recordar que, para la consolidación en los otros oficios, se necesitaba la confirmación real.

Si se quisiera buscar una explicación a la diferente evolución seguida por los Derechos Castellano e Indiano respecto de la fijación de una edad a partir de la cual se podría servir un oficio, esa podría encontrarse en el hecho de que en Castilla el proceso patrimonializador no alcanzó a los que supusieran el ejercicio de unas facultades jurisdiccionales, lo que, indudablemente por intereses y necesidades económicas de la Corona, no se evitó en Indias; a mayor responsabilidad se exigiría, por lo mismo, una edad superior.

3. Del estado civil

Dejando para luego el tratamiento de las instituciones que el derecho elaboró para suplir la carencia de facultades en los huérfanos menores, por corresponder su estudio al derecho de familia, afrontaremos a continuación el estado de las personas en tanto que consecuencia de las condiciones impuestas por la voluntad de los hombres, es decir, el estado civil de las personas; de éste escribieron Asso y De Manuel que según él los hombres podían ser considerados:

– Como naturales y extranjeros.
– Como nobles, caballeros, hidalgos y plebeyos.
– Como legos y eclesiásticos.

Exponiendo ambos autores las instituciones del Derecho Castellano en concordancia con el de Aragón y por no corresponderse ya con la realidad social peninsular, no se acercan a la consideración de que el derecho, abstractamente entendido, pudiera tener en cuenta la posible diferenciación legal derivada de un distinto tratamiento en función de pertenecer a un grupo racial; tan sólo haciendo mención de la distinción entre libres y esclavos, y recordando así el contenido normativo de los títulos XXI y XXII de la Partida IV, a lo que, por otro lado, tienen ya por superado en la realidad peninsular de fines del siglo XVIII, se refieren al negro y sobre él dicen que aquella diversidad social podría en todo caso contemplarse respecto del que en Indias trabaja en las minas o del que está en esclavitud por algún particular; rechazan, pese a todo, su estudio por estimar en este supuesto que se trata de una circunstancia ajena a los fines de su tratado sobre las instituciones

civiles castellanas y no se plantean la existencia de unas normas indianas en cuya elaboración el elemento racial se encuentra en su misma base por razones de muy diversa naturaleza y haciendo referencia a indios, negros, mulatos y demás castas porque, desde luego, ese tipo de sociedad de castas era desconocido en su mundo cotidiano. Pero tratando aquí de historiar el Derecho Indiano es ineludible tener presente el hecho racial como un elemento más introductor de la variedad en el campo del estado civil de las personas y colocarlo a nivel de paridad con la clasificación de ambos juristas. De idéntica manera es necesario que tengamos presente que durante una larga etapa la práctica de una religión o de un culto determinado que es tenido por heterodoxo se constituyó en un factor de relevante importancia socio-política y con inmediata incidencia en un aspecto tan básico como el pleno desarrollo de la personalidad jurídica.

Examinemos, no muy en extenso pero sí en lo fundamental, cada una de esas posibles modalidades que, siguiendo a Asso y De Manuel en sus directrices de esquema, facilitan la comprensión del status de la persona y, en consecuencia, el alcance de sus potenciales facultades.

— Naturales y extranjeros:

Ya con motivo de haber tratado de la constitución de la sociedad política indiana se trató del concepto de natural, ello nos excusa de tener que volver a insistir sobre lo mismo bastando en este lugar con recordar, como punto de partida, lo que la Ley IV, XXIV, I del Código Castellano de Alfonso X dice acerca de la naturaleza: «debdo que han los hombres unos con otros por alguna derecha razón en se amar e en se querer» y natural del reino, en palabras de la Ley I, III, XIX de la Recopilación de Castilla exige para que se sea considerado natural del reino haber nacido en él y que al menos el padre lo fuera del mismo, aunque también que hubieran contraído domicilio en el reino habiendo vivido en sus términos por tiempo de diez años, condicionantes que sólo afectarían a los hijos legítimos y naturales, no así a los espúreos en cuyo caso se precisan que sean los dos naturales del reino o que los dos, igualmente, lleven diez años domiciliados. Un recorrido por la legislación de partidas como recopilada castellana pone en contacto con las obligaciones y expectativas de los naturales, condición que se pierde por traición al rey pero que, en el contexto del título XXIV de la Partida IV, se puede renunciar por el natural voluntariamente.

De acuerdo con la normativa vigente en Castilla, sobre todo la recogida en el texto de 1567, el extranjero se encontraría, en principio, en una situación no muy favorable ya que no sólo se veía marginado de la vida concejil sino que incluso se le exigía el conocimiento de aquella parte del ordenamiento que hacía referencia a la exportación o importación de mercancías prohibidas, a los derechos debidos en concepto de aduana... o se le limitaba la posibilidad de ejercer determinado comercio en los pueblos.

En Indias la presencia de extranjeros daría lugar a una numerosa normativa encaminada a evitarlo a excepción de que se contara con la oportuna licencia, así se observa, por ejemplo, en una Real Provisión de 18 de junio de 1540. La política contraria a su estancia en el nuevo mundo es verdaderamente temprana, ya se nos muestra en la instrucción para Nicolás de Ovando, de 17 de septiembre de 1510, en la instrucción para la casa de la contratación de 1510 y por distintas razones ese será un criterio permanente del que tan sólo se podrían exceptuar quienes fueran siendo naturalizados. La exclusión de los extranjeros como consecuencia de la donación de las Indias a los reyes de Castilla está sin duda presente en las instrucciones citadas, pero a lo largo del siglo XVI y, como veremos, en su caso muy concreto durante toda la dominación hispana, la política restrictiva respecto de la presencia de naturales de otros reinos no castellanos en un principio, no hispanos rápidamente, estará directamente relacionada con aspectos o situaciones concretas conectadas con especiales intereses, bien de la monarquía en tanto que estado, bien de la comunidad o república. Por interés de la monarquía el 17 de julio de 1572 se prohíbe que los extranjeros, incluso los ya radicados en los reinos de la Corona puedan hacer la carrera de las Indias ni como pilotos, ni como maestres, ni como marineros en evitación de que pudieran ofrecer sus conocimientos a las expediciones corsarias, con ello se continuaba una política iniciada hacia tiempo pero por razones económicas fundamentalmente, así en una Real Cédula de 2 de agosto de 1547. La prohibición se mantiene en el tiempo si bien en 1590 —por Cédula de 11 de enero— se aceptan por necesidad pero siempre que sean católicos, italianos preferentemente y siempre con exclusión de los ingleses, motivación claramente política en este caso y que en otro supuesto específico, en 1595, se extiende a franceses y vasallos rebeldes. En las Ordenanzas para nuevos descubrimientos y poblaciones de 1573 su capítulo 28 establece que no se pue-

da encargar descubrimiento alguno a los extranjeros, ni en general a quienes se les haya prohibido el paso de las Indias.

Por el contrario favorecer a los miembros de la república está en la raíz de otras limitaciones impuestas a los extranjeros. Así es que se prohíba repartirles indios a no ser que se cuente para ello con expresa licencia real —Cédula de 22 de febrero de 1549 para la audiencia neogradina—, lo que también se recuerda, si bien con un lenguaje más comprometido con el derecho de los conquistadores, descubridores y beneméritos o descendientes, en carta de 21 de septiembre de 1519. Pero sin duda es en relación con la actividad comercial, en evitación del contrabando, del comercio ilícito, cuando damos con un tema vértice de la política indiana en tanto que junto con un interés de la Corona se revela igualmente el propio de quienes como comerciantes controlaban bien en Sevilla, bien en Lima o en otros lugares el comercio indiano antes y después de la creación de los respectivos consulados. Siendo una constante a lo largo de todo el período hispano la prohibición de que el extranjero comercie en Indias, las normas son reiterativas al efecto y con escasas variantes: Provisión de 18 de junio de 1540 dando por perdidos para el comerciante extranjero el navío y mercaderías con que llegara a Indias siendo de destacar que en la parte dispositiva de la norma ni tan siquiera se da la posibilidad de que el extranjero pudiera obtener licencia, lo que sí se acepta en disposiciones posteriores, pero si en este caso se asimilan a los vasallos el carácter de extranjero determina que en 1552, en 1577, se ordene que los moradores y vecinos de Indias no traten ni contraten con comerciantes franceses a pesar de la tregua existente entre ambos reinos; más tarde y por Disposiciones de 27 de julio de 1592, 25 de abril y 11 de mayo de 1605, 2 de octubre de 1608 y 25 de diciembre de 1626 se irá exigiendo que la licencia para comerciar sólo se conceda al extranjero naturalizado, con lo que la calidad de no natural a los efectos de suponer un impedimento para el desarroollo de una actividad tiende a consolidarse y así pasa la Recopilación indiana; con igual criterio en 1684, en 1692... en 8 de diciembre de 1720 recordando que el extranjero debe obtener carta de naturaleza si es que desea dedicarse al comercio con o en Indias y en lo mismo vuelve a insistirse el 1 de febrero de 1750.

La adquisición de la naturaleza fue objeto de regulación en Indias precisamente en relación con la actividad mercantil. Residencia duran-

te diez años y casamiento con mujer natural serían las condiciones más comúnmente exigidas para la concesión de la carta de naturaleza, en la misma medida se aceptaría al extranjero que casado llevara ese tiempo en las Indias y al que aun no estando casado llevara al menos esos diez años de estancia con vecindad y hacienda, lo que resultaba una medida de favor respecto de los que llevando igual período de tiempo y no estando casados amén de haber entrado en Indias sin licencia y dedicarse al comercio serían expulsados por Real Cédula de febrero de 1562. Las condiciones fueron edureciéndose con el paso del tiempo y se llegará a exigir que hayan vivido durante 20 años en los reinos de España o en los de las Indias, diez de ellos teniendo casa y bienes raíces y casado con natural, o con hija extranjera nacida ya en los reinos peninsulares o en los indianos. Que precisamente el natural lo sea a nivel de reino pero no de monarquía determinaba que el naturalizado en los de España y que hubiera pasado a Indias sin licencia o que obteniéndola tan sólo para comerciar hubiera decidido contra todo derecho no regresar a la península quedara sujeto, a voluntad del monarca, a la composición que le permitiera legítimamente vivir y residir en las Indias, consecuencia, por supuesto, de las necesidades económicas de la Corona la medida se extendió a todos los extranjeros que sin estar naturalizados en Indias estuvieran avencindados y arraigados en la tierra y se llevaría a cabo previa decisión del rey, razón por la que siempre se hacía saber que los extranjeros llegados con posterioridad al dictado de la norma de composición no podían acogerse a su dictado y que deberían ser expulsos de la tierra —1598, Cédula de 2 de diciembre, y 1606, Cédula de 28 de octubre, ambas recogidas luego en la Recopilación, IX, XVII, XII; como casos excepcionales deben citarse los representados por quienes aun con la calidad de extranjeros habían servido a la Corona en descubrimientos, conquistas y revueltas y más aún estando casados, por quienes pese a la prohibición antes indicada, hubieran obtenido encomienda en recompensa a sus servicios y por quienes fueran o clérgios, o mujeres u oficiales mecánicos ya que respecto de los cuatro primeros no se exigiría composición y, respecto de los últimos, se opta en Cédula de 18 de mayo de 1621 por la no expulsión dado el beneficio que de su actividad se deriva para la república; precisamente esta real cédula hará notar que las medidas de expulsión van encaminadas a quienes se ocupan del comercio y a quienes viven en lugares costeros: control del comercio y seguridad ante posibles si-

tuaciones que pudieran utilizar a sus naturales como vía para la penetración en los dominios hispanos.

– Legos y eclesiásticos:

Considerada como una división de los hombres según el estado civil de las personas la diferencia se centraba, básicamente, en que el estamento eclesiástico gozaba tanto de un fuero propio como de inmunidades y exenciones contando para ello con el apoyo de la Ley IV, XXIII, II de Partidas; prescindiendo aquí de lo concerniente tanto al fuero como a las inmunidades diremos que las exenciones se centraron en el privelegio de no pagar, en determinados casos, ni alcabala ni almojarifazgo; en el arancel de la alcabala de de 1591 se dice expresamente que no la pagarán por transacciones realizadas sobre frutos y bienes procedentes de sus tierras, sin distinguir el caso de la tierra sobre la que se conserva el dominio útil respecto del supuesto en que por arrendamiento el eclesiástico se haya reservado exclusivamente el dominio directo, lo que hacia 1763 sí se hace en España por Cédula de 20 de julio y en perjuicio del clérigo. Respecto de Indias la disposición de un arancel pasó a la Recopilación de su Ley VIII, XIII, XVII, y por una Real Orden de 14 de octubre de 1785 se impondría la carga de pagar el derecho cuando el eclesiástico enviara los frutos y bienes de su propiedad fuera de la provincia y por mar para permutar o vender con independencia del motivo, no siendo pareja la solución para el supuesto de que se enviaran fuera de la provincia por tierra para lograr mejores precios, a no ser que se hiciera constar la imposibilidad de hallar una salida regular a los frutos en el lugar de la cosecha ya que en este caso se mantendría el privilegio; por lo que respecta al almojarifazgo ya en hacia 1535 se concede su exención respecto de las ropas de los prelados y clérigos de orden así como en general de lo que precisaran para sus personas y casas, constando que fuera verdaderamente suyo y que lo mantuvieran, obviamente, fuera del comercio, pasó a la Recopilación –VIII, XV, XXVIII– ampliándose el privilegio a los familiares y criados de los prelados por el mismo concepto en Orden de 5 de noviembre de 1779 pero exigiéndose que las mercaderías fueran obra de la industria española.

Por último la condición de clérigo suponía que no se pudieran beneficiar minas, que no se pudiera tratar ni contratar y que no se pudiera ejercer ni de alcalde ni de escribano o abogado, si bien se le permitiría defender sus propios pleitos, los de la iglesia donde fuera be-

neficiado, los de sus vasallos, o paniaguados, padres o personas a quienes fueran a heredar así como de los pobres y miserables, lo que ya se define para Indias por Cédula de 15 de enero de 1601 en línea con lo mandado para Castilla por la Ley II, XVI, XV de su recopilación; ambas leyes, no obstante, dejaban abierto un campo de posibilidades con la expresión «y en los otros casos permitidos por derecho».

4. La diversidad de religión o de culto

Siendo el bautismo uno de los requisitos necesarios en el sentir de la Ley XIII de las de Toro para ser tenido como naturalmente nacido y jugando en consecuencia como un factor determinante en orden a la personalidad jurídica nada tiene de extraño que, en relación con Indias, el derecho se ocupara rápidamente de arbitrar los medios necearios para evitar la presencia de moros, judíos, herejes o reconciliados en el afán de evitar la propagación de doctrinas no cristianas o heréticas dentro del cristianismo; la política seguida al respecto por la Corona se manifiesta tempranamente y ya en 1501, en la instrucción para Nicolás de Ovando, se ordena que ninguno de los citados pueda asentarse en Tierra Firme a excepción de que se trate de esclavos negros o de esclavos que hubieran nacido en poder de cristianos súbditos y naturales de los reinos de Castilla, la prohibición se hacía extensible a los nuevamente conversos. La medida fue una constante a lo largo de los siglos xvi y xvii: Provisión de 3 de octubre de 1539, Instrucción para la casa de la contratación de 1552, Cédula de 13 de julio de 1559... normas que luego inspiraron algunas de las leyes del texto de 1680. El interés de la Corona por obstaculizar la propagación de un ideario al que se combatía a nivel europeo se manifiesta incluso en la adopción de medidas de control sobre los frailes extranjeros de quienes pudiera sospecharse una posible afinidad con actitudes de contenido herético.

5. La condición racial

Sin duda uno de los factores más importantes y decisivos en orden a una clasificación del estado civil de las personas en el Nuevo

Mundo, no en balde el indio como tal, aun considerándosele libre, vio limitada su capacidad como consecuencia de la minoridad en la que se le incluyó ante el ordenamiento juríco. Ya sobre ello se ha escrito antes y sobre lo mismo se tendrá que volver cuando se analicen diversos aspectos institucionales propios del Derecho Privado así como en relación con los Derecho Penal y Procesal, por eso baste con recordar en este lugar que sobre la libertad y sobre su condición de menor se construiría un conjunto normativo tendente a hacer respetar su libertad y en procura de que permanentemente contara con la protección del aparato institucional, todo ello en confluencia con su caracterización como tributarios natos a excepción de quienes por edad, sexo –a excepción de Nueva España– o jerarquía se consideraban privilegiados a ese efecto y lo mismo puede decirse respecto de su sujeción a la mita en el virreinato peruano.

Pero la sociedad que se irá formando en Indias a raíz del descubrimiento, conquista y asentamiento de gentes pobladoras de origen peninsular irá dando lugar a la aparición de sectores poblacionales que o bien son consecuencia de la penetración de individuos de raza negra llevados como esclavos desde África, o desde España como criados, o esclavos particulares –siervos en el lenguaje utilizado por la legislación de partidas–, o bien se constituyen como subgrupos raciales fruto de las uniones entre individuos de diferentes orígenes raciales, siendo así como, junto al negro, surgirá el mestizo, el mulato y el zambaigo –éste de la unión entre negro e india–. Las uniones que con el tiempo se irán dando a su vez entre quienes pertenecen a esos grupos y subgrupos provocará a nivel social una muy diferenciada realidad pero sin que tenga efectos a nivel del ordenamiento jurídico, para éste y desde el punto de vista de las personalidad jurídica las categorías decisivas fueron las de mestizo, negro, mulato y zambaigo y en no pocos casos las normas llegaron a ser elaboradas pensando en un criterio dispositivo aplicable a más de una.

Por diferentes reales cédulas –27 de febrero de 1549 para Nueva Granada, 15 de noviembre de 1576 para la gobernación de Venezuela, 7 de julio de 1621...– se fue estableciendo que ni mestizo ni mulato pudieran ocupar oficio alguno, así como tampoco tener indios en repartimiento y expresamente la Recopilación recogió respecto de los mestizos que no pudieran ser ni caciques, ni protectores ni escribanos abriéndose quizá cierta puerta con la aceptación de que pudieran ser

admitidos al sacerdocio —así como las mestizas en conventos— en los casos en los supuestos de una positiva valoración respecto de sus vidas y costumbres, amén de haber nacido de legítimo matrimonio. Se mantuvo también para los mulatos la imposibilidad de ser escribanos y ambos —mestizos y mulatos— se vieron legalmente privados de poder tratar y contratar con la población indígena.

Por otra parte la carga tributaria se impuso sobre negros y mulatos libres así como sobre los zambaigos con la peculiaridad de que el tributo se exigiría también a la mujer, lo que incorporado a la Recopilación en su Ley VII, V, I suponía apartarse de la práctica seguida, al menos en el virreinato peruano, no así en Nueva España en contra de lo establecido en la norma, en relación con la mujer, india, exenta de pagar tasa según una Real Cédula de 10 de octubre de 1618 y por Ley VI, V, XIX de la de 1680. También en relación con el tributo se adoptó la medida de que, para facilitar su cobranza, mulatos y negros libres entraran al servicio de españoles para así tener lugar fijo de residencia, sólo quienes ejercieran un oficio y en consecuencia estuvieran domiciliados no se someterían al dictado de lo declarado por Cédula de 29 de abril de 1577, luego Ley recopilada VII, V, III.

Por otra parte, tanto respecto de los negros como de los mulatos se dispondría para enviarlos al trabajo en las minas en el supuesto de que se encontraran ociosos y sin oficio según Cédula de 9 de octubre de 1602 y Ley recopilada VII, V, IV.

En el siglo XVIII el derecho siguió esos criterios y así el Artículo 138 de la Real Ordenanza de intendentes para Nueva España, 1786, encarga que se cumpla con lo relativo a que los mulatos y negors libres vivan con amos conocidos y en el artículo siguiente se exceptuaba del pago del tributo a los que sirvieran en las milicias provinciales.

Pero fijémonos ahora en la condición de los sujetos a esclavitud, de ella dice la Ley de Partidas IV, XXI, I, si bien bajo en concepto de servidumbre, que

> es postura, e establecimiento, que ficieron antiguamente las gentes, por la cual los omes, que eran naturalmente libres, se facen siervos, e se meten a señorío de otro, contra razón de natura.

Aun considerándolo cosa, sin personalidad jurídica, el Código alfonsino contemplaba ya a la servidumbre bajo un prisma orientado ha-

cia cotas de libertad en conjunción con la incidencia del pensamiento cristiano sobre la igualdad entre los hombres según Derecho Natural. En nuestros días Abelardo Levaggi en *La condición jurídica del esclavo en la época hispánica* al tiempo que expone la ordenación al respecto representada por la normativa contenida en las partidas señala acertadamente cómo el Derecho Indiano trató esporádicamente el tema de la esclavitud rigiéndose en lo principal por las normas del Derecho Castellano, básicamente centrado en la citada normativa del siglo XIII, según ésta el siervo podía ser objeto de cualquier tipo de negocio jurídico pero sin que la arbitrariedad que esta facultad de disposición suponía para el dueño pudiera interpretarse como equivalente a un derecho absoluto. En este sentido la Ley VI del título y partida antes indicados apuntaba la responsabilidad del amo por los malos tratamientos que pudiera causarle, y ello a pesar de que por la misma ley se reconocía en aquél la facultad necesaria como para en casos muy específicos, representativos de la quiebra de la lealtad debida en palabras de la Ley V, poder darle muerte: casos tales como mantener relación carnal con la esposa o con la hija del dueño, por lo demás la autoridad del juez se mostraba tanto en que, a excepción de lo reseñado, sólo por su mandamiento se podía dar muerte al siervo como porque debería atender las quejas de los siervos por malos tratamientos para de inmediato actuar de oficio y proceder a su venta desvinculándolo a su amo.

Por otro parte, el título XXII de la misma partida contempla en varias de sus leyes las distintas vías previstas por la legislación para aforrar o manumitir al siervo: por decisión del señor, bien ante la iglesia o fuera de ella, delante del juez o en otra parte, por testamento o sin él, o por carta y siempre por sí mismo y no a través de un tercero pero sí por ascendiente o descendiente directos a quienes se lo encomendara; junto a este caso la libertad previa compra por un tercero con esa finalidad, o por prestar un servicio que prueba la fidelidad y lealtad al rey o a su señor, así como por corrupción de la sierva, por matrimonio con persona libre pero sabiéndolo el dueño y mostrando su aceptación expresa o tácitamente, por recibir órdenes aunque no llegando a ser consagrado sacerdote sí que estaría supeditada su libertad al hecho de que o bien el señor lo supiera o de que no sabiéndolo callara durante un año pero siendo sacerdote quedaría como libre aunque en el supuesto de que hubiera sido sin conocimiento del señor tendría que compensarle bien con el equivalente de lo que hubiera sido su precio

bien con otro esclavo e incluso con dos llegando a la jerarquía episcopal, por prescripción del derecho del dueño una vez transcurridos 30 años viviendo como libre, pero 10 si con buena fe actuara como tal y morara en la misma tierra que el señor y 20 si, con el primero de los requisitos anteriores, tuviera su casa en tierra diferente de aquella en la que viviera el que hubiera podido ejercer acción en otras circunstancias; contemplaban las partidas otros dos supuestos a través de los cuales el siervo podía llegar a la libertad: porque siéndolo de moro o judío se hiciera cristiano –Ley IV, XXI, VIII– y porque fuera designado por su amo guardador o tutor de sus hijos– VI, XVI, VII.

El Derecho Indiano no tocará básicamente esos aspectos y el Derecho Castellano, en éste como en otros casos, marcará los criterios a seguir; no obstante sí llegó a sancionar diversas normas, siendo de destacar: que del esclavo tuviera que pagarse almojarifazgo –17 de julio de 1572 y 26 de mayo de 1526, fundamentos de la ley recopilada, VIII, XV, XVIII–, que en el caso de no respetarse los asientos para la extracción y envío de negros a Indias éstos fueran dados por perdidos para el infractor, lo mismo que las mercaderías comunes –16 de abril de 1550, referida sin más a los bienes en general, 23 de octubre de 1593 y otras que coadyuvan a la formación de la Ley VIII, XVII, II del texto de 1680– que no alcanzaran la libertad por haberse casado, lo que hay que entender en función de que el matrimonio no se realizara con persona libre conocedora de su status y en presencia o con conocimiento del dueño y en función de que se contrajeran nupcias con india, en cuyo caso no entra en juego la voluntad del amo –Cédula de 11 de mayo de 1572 y de 10 de julio de 1538 en relación con la Ley de Partidas IV, V, I y que, con la de 26 de octubre de 1541 sobre matrimonio de negros con negras, unión que no posibilita el acceso a la libertad, constituyen el fundamento de la Ley VII, V, V; por último el 31 de marzo de 1563 se reconoce a los españoles padres de mulatos esclavos el derecho preferente a optar por su compra a fin de que obtenga su libertad –Ley VII, V, VI–; por lo demás, las prohibiciones sobre llevar armas o transitar de noche por las ciudades fueron comunes a mulatos y negros independientemente de su status. Respecto del Río de la Plata menciona Levaggi el supuesto del esclavo de amo protestante que en 1808 se ve favorecido por la resolución dictada por el alcalde de primer voto de Buenos Aires, en el sentido de que ante la oposición del dueño que se profesara el catolicismo, el esclavo vea re-

conocido un derecho a la venta materializado en la entrega de un papel de venta para que busque amo que lo instruya en los principios del catolicismo.

Por último y como consecuencia de su modo de vivir —dice una Cédula de 11 de febrero de 1581— los gitanos serán rechazados en Indias, decidiéndose su embarque hacia la península, mandato que luego figurará en la Ley VII, IV, V y en esta misma se decidirá prohibir su paso al nuevo mundo

6. La condición social

Estructurado el mundo indiano en términos que sin ser exactamente estamentales aproximaban su realidad a la sociedad tradicional de raíz medieval, es posible aplicarle la diferenciación que hacen Asso y De Manuel en orden a distinguir en el marco del estado civil de las personas entre nobles, caballeros, hidalgos y plebeyos. Al margen quedará el clero, en tanto que como grupo diferenciado ha sido tratado en la conexión establecida entre eclesiástico y lego y en consecuencia sus privilegios no derivan de que se pertenezca a un grupo social sino de su condición clerical; igualmente la disyuntiva libre/esclavo no se toma que cuenta ya que unido el carácter de esclavo en las Indias a la pertenencia a un grupo o a un subgrupo racial como el negro o el mulato, respectivamente, ya se ha tenido presente.

Nos encontramos ante uno de los supuestos en los que el Derecho Castellano se proyectó masivamente sobre Indias para regular la conformación de una realidad social representada por el desarrollo de esos amplios sectores sociales: el de los privilegiados, no pertenecientes al estamento clerical, y el de los plebeyos o pecheros, debiéndose hacer notar que a nivel de esta diferenciación la república de indios se fusiona con la república de los españoles a efecto, como es sabido, de la equiparación de los caciques y principales de los pueblos, descendientes de señores naturales indígenas, con los hidalgos de Castilla y de los indios comunes con los pecheros castellanos.

Como escribe Ricardo Zorraquín, en *La condición jurídica de los grupos sociales superiores en la Argentina*, y como también señala Mario Góngora, en los primeros tiempos y en casi todas las regiones de Indias el vecino era encomendero, situación que ya suponía, de por sí,

el reconocimiento de un status privilegiado; pero rápidamente los conquistadores pretendieron ser igualados a quienes en Castilla eran hidalgos o caballeros, y así el 26 de julio de 1529 y en favor de quienes con Francisco Pizarro llevan a cabo la conquista del incario se concederá la caballería a aquellos que ya fueran hidalgos y la hidalguía a los participantes como ciudadanos pecheros; parecido es el supuesto representado por los que a raíz de una Cédula de 1 de mayo de 1543, luego ley VI, VI, I de la Recopilación son reconocidos como primeros conquistadores de la Nueva España: «los que se hallaron en ganar y recobrar la dicha ciudad de México, y los que primero entraron en la dicha tierra al principio que se descubrió y conquistó», y el capítulo 100 de las Ordenanzas de 1573 sobre nuevos descubrimientos y poblaciones hace a los primeros pobladores y a sus descendientes «hidalgos y personas de linaje de solar conocido», si bien esta hidalguía sólo sería tenida como tal en las Indias; pero la concesión de hidalguía no sólo iba a ser consecuencia de la prestación al rey o a la monarquía de un señalado servicio también por perentorias necesidades económicas de la monarquía ésta llegaba a plantear la posibilidad de dar privilegios de hidalguía a cambio de una determinada cantidad —Cédula para el virrey de Lima: 13 de noviembre de 1581—, la disposición resultaba innovadora ya que permitía que las cartas de hidalguía se concedieran en Indias cuando esto se había prohibido anteriormente tal como, por ejemplo, se muestra ya en una Provisión de 19 de marzo de 1514 o en una instrucción al Consejo Indiano en 1551.

La normativa dada para Indias contemplaría otros supuestos en relación con el tema que nos ocupa, conocimiento por los alcaldes de hijosdalgo que las audiencias de Castilla de las pretensiones sobre hidalguías —carta de 28 de octubre de 1548 y ordenanzas de audiencias de 1563, luego en la Ley II, XV, CXIX—, que en cumplimiento de lo establecido en Derecho Castellano no pueda ser preso ni encarcelado por deuda salvo que fuera «arrendador o cogedor de nuestros pechos o derechos» ni tampoco sometido a tormento —Cédula de 18 de abril de 1539— si bien en el supuesto de ser deudores a la hacienda en concepto de avería se estableció por Cédula de 21 de noviembre de 1617 —ley IX, IX, XVI— que no deberían gozar de exención sus personas pudiendo ser apremiados y ejecutados en sus bienes. Por último, la nobleza titulada o sector social privilegiado con título de Castilla se encontraba ya tácitamente en la provisión antes citada de 1514 y, expre-

samente en la Ordenanza de 1573 y por Cédula de 28 de julio de 1683 se dispuso que los títulos de Castilla despachados por la cámara de Indias para residentes en ellas gozaran de todos los honores que los dados por la cámara de Castilla.

El goce de privilegios de carácter fiscal, procesal e incluso en el ámbito de lo penal caracterizó durante todo el antiguo régimen el status de quienes genéricamente fueron conocidos como nobles y en nuestro caso con la inclusión de caciques y principales de las comunidades indígenas.

Labradores y menestrales eran los componentes del grupo social de los plebeyos o estado llano estando éstos agrupados en colegios, gremios o cofradías y siendo aquéllos, por la trascendencia de su trabajo para el mantenimiento de la comunidad y por las penalidades propias que conllevaba, favorecidos con ciertos privilegios que tenían por finalidad no ser llamados a la hueste, no ser ejecutados en tiempo de cosecha a excepción de que se tratara de deudas reales o derivadas de la comisión de delito y que sus aparejos de labranza, bestias de labor y pan que cocieren estuvieran exentos de ser tomados por deuda civil, salvo por deuda real o de diezmos y rentas eclesiásticas o señoriales.

Sin duda conforme comenzaron a escasear las posibilidades de obtener encomiendas y conforme se fue paralizando el proceso de expansión comenzó a plantearse la necesidad de resolver la situación creada por los muchos que, sin domicilio fijo o residiendo entre indios con la aparición de los consiguientes abusos, constituían un elemento provocador de una incesante inquietud social. De ahí que sea para esos españoles y también mestizos para quienes se sancione la adopción de las medidas que impongan el aprendizaje de un oficio, su ejercicio o el trabajo de la tierra —así por ejemplo en la instrucción que recibe Francisco de Toledo como virrey del Perú en 1568 o en la Cédula para la Audiencia neogranadina de 15 de enero de 1569—, debiendo ser penado con la expulsión quien no se redujera a lo imperativo de la norma. Citemos, por último, la Ordenanza de 1573 que, precisamente con vistas a las nuevas poblaciones, llega a determinar que los oficiales de oficio necesarios para la república vayan con salario público y al mismo tiempo se procura fomentar el trabajo agrícola tanto entre españoles como entre indios que vaya a poblar. Esos menestrales y labradores españoles, mestizos e indios iban a constituir la base del estado llano en Indias, no obstante debe hacerse mención de la importancia que

fue adquiriendo el comercio y en consecuencia el relevante papel social que los demás destacados llegarían a jugar, máxime cuando comienzan a organizarse corporativamente en consulados, de la misma forma los mineros, el caso potosino es bien demostrativo, llegaron a situarse en un selectivo lugar dentro de la escala social. Señalemos, por último, siguiendo a Ricardo Zorraquín, la autoridad política y social siempre mantenida por quienes, como miembros del aparato administrativo y sobre todo en sus más elevadas posiciones, ejercían una indudable superioridad derivada de representar al rey; por evitar la creación de lazos interesados con los vecinos de las ciudades en donde desempeñaban sus oficios el derecho indiano les prohibió tener casas, tierras..., contraer matrimonio con persona residente en el lugar, contratar o recibir favores, lo que se hacía extensivo a familiares, parientes o criados en el caso de tratarse de oficiales de elevada jerarquía administrativa.

II

FAMILIA

1. Matrimonio

A) *Esponsales y matrimonio*

Siendo la persona el hombre considerado en su estado es lógico aceptar junto con el natural y vinculado con el civil una tercera realidad, la existencia del estado de familia, siendo el matrimonio institución fundamentalísima para su configuración, pues a través de ella se delimitaría la familia como unidad social básica enmarcada en el más amplio contexto de la república y en cuyo seno por un lado se desarrollarían relaciones de dependencia de carácter marital y paterno-filial, en tanto que por otro lado supone la materialización de un patrimonio sobre cuyo régimen jurídico pueden darse diferentes opciones. Pero si el matrimonio es una manifestación del estado de familia éste se encuentra representado también por quienes no llegan a contraerlo; hecha esta necesaria salvedad y centrándonos en la institución matrimonial nos encontramos con que presenta, en el marco de un derecho de inspiración católica, un doble carácter ya que confluyen tanto un aspecto contractual como un elemento de naturaleza sacramental y fijándonos en lo primero puede decirse que iba a reflejarse bien a través de una fase que a modo de preludio será conocida como de los desposorios o esponsales, bien por un segundo y último momento que propiamente se corresponderá con el del casamiento o matrimonio como se indica en Partidas –IV, I y II–. De acuerdo con esto debe tratarse en primer lugar del desposorio o «prometimiento que facen los omes por palabra cuando quieren casar», lo que las partidas completan respecto

del modo indicando que en semejante supuesto valdría una señal, un gesto, que pudiera interpretarse como manifestación libre de voluntad.

Apoyándonos en el Derecho Castellano los esponsales se mostrarán como pacto que sin solemnidad de derecho se acordaba voluntariamente entre partes con la finalidad de contraer matrimonio, fin al que ambas quedaban obligadas, pudiendo distinguirse entre esponsales de futuro y esponsales de presente, supuesto éste que no llega a ser matrimonio por alguna de estas razones: porque alguna de las partes se someta a la última decisión de un tercero, porque también alguna de las partes supedite el matrimonio al cumplimiento de una condición y porque no teniendo edad para casarse pero siendo mayor de siete años el compromiso por palabra de presente quedaría limitado a los efectos de unos esponsales; en otro supuesto la legislación alfonsina entiende tácitamente que los esponsales de presente se identificarían propiamente con el matrimonio en el sentir de la Ley IV, I, III.

Caracterizándose tanto el matrimonio como los esponsales por la libre declaración de voluntad de las partes, el pacto de esponsales no requerirá de juramento para su validez ni tampoco de la necesaria presencia de los futuros contrayentes ya que la promesa de futuro matrimonio podrá acordarse por procuradores en nombre de las partes e incluso por carta o mandadero como dice la Ley IV, I, I. Representando de por sí los esponsales la materialización de un vínculo esto suponía que los pactantes se verían impedidos para matrimoniar con un tercero a excepción del supuesto de que en unos segundos esponsales se hubiera prestado juramento, que igualmente los impedimentos civiles y canónicos que afectan al matrimonio inciden en materia de esponsales, que la resolución de las causas derivadas del incumplimiento de la promesa sería competencia de la jurisdicción eclesiástica y que cumplida la posible condición a la que se sujetara la promesa ésta obligaría con todas sus consecuencias.

El Derecho Indiano no se apartará de las directrices castellanas, lo que no impediría que también en esta parcela del ordenamiento presentara alguna nota propia de la compleja sociedad a la que regulaba; fundamentales fueron las Cédulas de 15 de noviembre de 1592 y 25 de julio de 1593 —luego, esta última, Ley VIII, IV, LXIII del texto de 1680— en tanto que en la primera se introduce cierto paralelismo con el llamado matrimonio secreto, cuando con motivo de insistir en quiénes no podían contraer libremente casamiento se refiere a que en la

sociedad de Indias se dan tratos o conciertos mantenidos en secreto y con la finalidad de casarse confiando en la concesión real de la oportuna licencia, y en la de 1593 se señalan incidentalmente los tipos de tratos y conciertos o esponsales que dentro del derecho o al margen del derecho se daban en Indias: por palabra, por promesa, por escrito o con esperanza de obtener la licencia; como supuesto específicamente indiano se ha de considerar el planteado a raíz de la concertación de esponsales, bien de presente, bien de futuro, en orden a la sucesión de las encomiendas. Las Cédulas de 27 de febrero de 1575 —para el Perú— y la de 8 de junio de 1603 —para todas las Indias— fijaban que para suceder la mujer al marido o lo contrario, también según el texto de la segunda de estas normas, tendrían que haber estado y vivido casados in *facie Ecclesiae* —durante al menos un período de seis meses—, lo que resolvía en sentido negativo la posibilidad de que quien hubiera contraído esponsales de futuro o por palabras de presente, siendo menor para casarse, pudiera suceder; en el primer supuesto por la exigencia de vivir y estar casado in *facie Ecclesiae,* lo que excluye toda posibilidad de contemplar, a ese efecto, los esponsales de futuro, en el segundo de los casos porque desde luego no pudiendo tenerse como válido matrimonio en el contexto de la Ley de Partidas IV, I, III sus efectos se veían reducidos a los de unos esponsales de futuro y ello siempre que expresamente hubiera quedado de manifiesto.

Deduciéndose de las normas de partidas cómo, para la celebración de esponsales, no era requisito necesario el consentimiento paterno, una Real Pragmática de 23 de marzo de 1776, extendida a las indias por Cédula de 7 de abril, sí impondría a los hijos de familia, y en evitación de matrimonios entre individuos socialmente desiguales, la obligación de pedir y obtener el consentimiento del padre o en su defecto el de la madre, o a falta de éstos de los abuelos por ambas líneas o, en su falta, de los dos parientes más cercanos, no siendo en ningún caso partes interesadas en el matrimonio, o de los tutores o curadores, si bien con la aprobación del juez real, por último la justicia más cercana tendría en su responsabilidad el otorgamiento o denegación del consentimiento. Contraer matrimonio sin el oportuno consentimiento podría ser motivo para desheredar a los contraventores.

La obligación prescrita en la Pragmática de 1776 se hacía extensible a todas las clases de vasallos menores de 25 años, edad a partir de la cual tan sólo se precisaba pedir el consejo paterno y también en este

caso el incumplimiento de lo ordenado sería sancionado de idéntica forma; no obstante, respecto de Indias, la pragmática exceptuó a los mulatos, negros, coyotes, e individuos de castas salvo a quienes sirvieran como oficiales en las milicias y respecto de los indios tributarios admitió que siendo hijos de padres desconocidos o que se encontraran en lugares distantes fuera el cura, en nombre del rey, el que asumiera la carga de consentir o no.

En Indias adquirió el requisito del consentimiento tal relieve que la autoridad eclesiástica no debería conceder licencias para contraer matrimonio si no constara haber cumplido con lo mandado; ahora bien, por otro lado, ante la injustificada oposición paterna se facilitaba el acceso a la vía judicial ante la real justicia ordinaria fijando las reales audiencias los términos para la primera y segunda instancia. Siendo la jurisdicción eclesiástica la competente para entender sobre matrimonios y esponsales, el ordinario no admitiría demanda si no hubiera precedido el consentimiento, lo que se vuelve a recordar en 18 de septiembre de 1778 y 31 de agosto de 1801, extendiéndose a los cuerpos militares en Indias por Orden de 14 de febrero de 1789 si bien bajo jurisdicción eclesiástico-castrense.

Junto al consentimiento paterno o de quien hiciera sus veces por imperativo legal los individuos de milicias necesitaban solicitar licencia a sus superiores jerárquicos introduciéndose al mismo tiempo el cauce para reclamar por denegación considerada injusta: en este caso el inspector actuaría de modo similar a como los jueces ante la infundamentada negación de quien tuviera que consentir, ordenado así el 31 de agosto de 1801 sería recordado por Real Pragmática de 28 de abril de 1803 e incluso en una fecha muy posterior, en 2 de septiembre de 1817. Pese a que los esponsales ya pronto comenzaran a perder importancia no deja de ser interesante y demostrativo de lo que todavía representaba la Orden de 10 de noviembre de 1800 por la que los cadetes demandados en juicio de esponsales resultarían separados del servicio.

Homologable con el caso examinado era el relativo a que los alumnos de colegios y universidades tendrían que poseer licencia del respectivo jefe eclesiástico o real, lo que igualmente se entendería respecto de las casas y colegios de mujeres bajo protección real; impuesto por Cédula de 11 de junio de 1792 su sanción supuso la promulgación de la Ley I, VIII, VII del proyectado nuevo Código de Indias.

Después de la Pragmática de 23 de marzo de 1776 la orden de 10 de abril de 1803 introdujo ciertas alteraciones en torno a la edad de los hijos de familia y así si se era mujer mayor de 23 años no se estaba sujeto a la obligatoriedad de solicitar el consentimiento, no teniendo padre, pero sí madre, las edades se adelantan a los 24 los hombres y a los 22 las mujeres, más aún en el supuesto de la sóla existencia de abuelos aquéllas serían las de 23 y 21 respectivamente y en el caso de que los abuelos hubieran fallecido las edades serían, en función de los supuestos, de 22 y 20; los que no tuvieran tutores ni cumplida esta última edad dependerían del juez de su domicilio.

Una última mención en materia de esponsales va referida a los indios. Ya sabemos cómo la Cédula de 7 de abril de 1776 determinaba que en defecto de los padres el cura sería el encargado de otorgar el consentimiento para la celebración de esponsales; Alonso de la Peña Montenegro, en su *Itinerario para párrocos de indios* —1663—, menciona el caso de los esponsales acordados pese al silencio guardado por las partes en presencia de los padres, entendiéndose que éstos, tácitamente, estarían manifestando su voluntad positivamente a no ser que fuera consecuencia del miedo reverencial hacia sus progenitores.

Si los esponsales o desposorios eran en definitiva una solemnidad previa al matrimonio que testificaba la voluntad de las partes para contraerlo, éste era ya —como dice la Ley IV, II, I de partidas— el «ayuntamiento de marido e de mujer, fecho con tal entención de vivir siempre en uno, e de non se de partir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e no se ayuntando el varón a otra mujer, nin ella a otro varón, viviendo ambos a dos» y con una finalidad fundamental: la de procrear. Consecuencia de este concepto es que materialice una determinada caracterización de la institución matrimonial: el incapaz para la procreación no podrá contraerlo, que la legitimidad de la unión matrimonial determine su perpetuidad, que su validez quede supeditada a la concurrencia de libre voluntad y consentimiento, que sea solemne y no clandestino, que el mantenimiento de la fidelidad entre ambas partes sea fundamental para la estabilidad y permanencia de la unidad conyugal; configuración institucional que se completa en el sentir de diferentes leyes de partidas con un cuadro de impedimientos, tanto de naturaleza canónica como civil, para poder contraer: parentesco carnal o espiritual, incesto, muerte de alguno de los consortes ejecutada por el otro de ellos, diversidad de ley o religión, orden sagrado y voto so-

lemne de castidad o religión entre los primeros y los derivados de falta de entendimiento entre los segundos.

Proyectándose el anterior esquema hacia los siglos modernos el Concilio Tridentino dedicará una gran atención a la regulación de la forma recortando la libertad que al respecto podían aun darse como herencia medieval y desde que sus cánones son acogidos como ley del reino será la base del Derecho Matrimonial hasta las nuevas tendencias, propias ya del siglo XIX, pero siempre en confluencia con el Derecho de Partidas, el cual en definitiva recogía a su vez la doctrina canonista en tanto que parte integrante del *ius commune.*

Respecto de lo que se ha escrito hasta ahora, y en relación con Indias, debe hacerse especial referencia a dos aspectos que adquirieron una fuerte incidencia en el derecho: la prohibición de contraer matrimonio, sin previa licencia y con quienes tienen su residencia en el ámbito de su jurisdicción, no sólo a quienes se desempeñan como virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen, fiscales, oficiales reales y los gobernadores y corregidores de cada provincia, sino también a sus hijos e hijas según Cédulas de 10 de febrero de 1575 y 15 de noviembre de 1592, lo que por una tercera del 1 de octubre de 1645 se extendería a los tenientes de gobernadores de Cartagena, Yucatán, Habana y Potosí, así como se completaría con la de 25 de julio de 1593, al prohibirse el matrimonio de los oficiales de la Real Hacienda con hijas, hermanas o parientas de los restantes oficiales de la administración dentro del cuarto grado, y, la otra, que

> ninguno de los del nuestro consejo de las Indias puedan tener ni tenga indios algunos de repartimiento y encomienda, en mucha ni poca cantidad, aunque sea residiendo en las Indias, y ningún hijo ni hija de ellos se pueda casar ni case con personas que los tenga al tiempo del matrimonio, o tenga o pretenda derecho a tenerlos, ni con otra persona que actualmente traiga pleito en el consejo

—Ordenanza 37 de las del Consejo de 1571—.

Ordenada hacia el bien común la prohibición de contraer matrimonio sin licencia en los casos previstos tanto el derecho castellano como la literatura jurídica fundamentan las medidas tomadas en Indias, como puede observarse a la vista de la Ley IV, XIV, II de Partidas en relación con el adelantado o en el Derecho Común. La doctrina

indiana, representada por Juan de Solórzano, interpretará la prohibición entendiendo: que los esponsales de futuro acordados con anterioridad a la provisión para oidor o gobernador obligaban a casarse ya que en este caso no se infringiría la ley sino que se cumpliría con lo concertado y acordado y, de indéntica forma se resolvería el supuesto de quienes hubieran celebrado esponsales fuera de la provincia, que el posible nuevo casamiento de la hija viuda, así como el de los emancipados, también estarían sujetos a la prohibición de contraerlo incluyéndose también a estos efectos a los ilegítimos pero no a los adoptivos aunque sí a aquél de sus hijos que hubiera entregado en adopción por entenderse que en este supuesto se mantendría «la afición paternal» y, por último, que en evitación de posibles fraudes y cuando se tratara de posible matrimonio con originario de la provincia pero residente fuera de ella se exigiera una ausencia de un mínimo de años, carecer ya de bienes en su provincia de naturaleza y que cuando marchó no hubiera conocimiento sobre ese hipotético casamiento.

Por otro lado, en diversas ocasiones fue preciso insistir sobre la necesidad de respetar la libertad de la persona llegado el caso de contraer matrimonio, así en relación con la conducta seguida por quienes, valiéndose de la dignidad de que estaban investidos, presionaban a las hijas de encomenderos que debieran suceder a sus padres en el disfrute de la misma para que se casaran con sus parientes y criados: así en relación con los virreyes en sus instrucciones, lo que, desde luego, no sería obstáculo para procurar la celebración de matrimonio con persona adecuada al servicio real y a la conservación de la tierra.

Si todo lo anterior se recoge en la recopilación y a través de ella se proyecta hacia el siglo XVIII en éste la normativa indiana estará centrada en la Pragmática sobre hijos de familia de 1776 y en la Cédula de 1778, así como fundamentalmente en una variada normativa para la concesión de licencias, tal como puede apreciarse en relación con los españoles; al margen de estos puntos deben destacarse las Órdenes de 8 de julio de 1770 y 15 de agosto de 1790 en el sentido de que los arzobispos y obispos de Indias en cumplimiento de breves pontificios pudieran proceder a la dispensa de impedimentos por tiempo de 20 años y tanto respecto de matrimonios contraídos como futuros.

Si bien la referencia a impedimentos y dispensa de los mismos va en relación con el matrimonio solemne o de bendición no podemos dejar de notar, por la presencia de las prohibiciones para contraer ma-

trimonio en razón del cargo que se desempeña, la realidad que se dio en Indias del matrimonio secreto como medio para eludir la prohibición, lo que lógicamente no suponía verse a salvo de la oportuna sanción. Junto al secreto el matrimonio por sorpresa, ilícito por no corresponderse con las caracterizaciones que presentaba el solemne pero válido, en tanto que junto con los contrayentes —ministros del sacramento— se sitúa como testigo el sacerdote que meramente asiste como tal con lo que se cumplía con los requisitos necesarios, aspecto éste por el que se diferenciaba de una forma de matrimonio de origen medieval y prohibido en la Ley XLIX de las de Toro, el matrimonio clandestino o ante sólo testigos pero sin bendición de la Iglesia aunque en un momento posterior pudiera solicitarse.

Un aspecto estrictamente indiano fue el de la unidad conyugal, consecuencia su planteamiento de la situación de inestabilidad e implicaciones de carácter moral y religioso que provocaba la marcha del marido a las Indias, el ordenamiento se preocupó en buena medida de dar una solución exigiendo en reiteradas ocasiones el regreso o, en su caso, envío forzoso a España de quienes en ella tuvieran a sus mujeres, bien para que volvieran a asentarse en la península bien para regresar con ellas.

A lo largo del siglo XVI la normativa fue muy abundante y en la misma línea se continuó posteriormente como se refleja en la misma recopilación. Se trataba de una política que, desde luego, afectaba igualmente a quienes casados en Indias se trasladaran a una provincia distinta de la suya o bien a España, si bien este caso podría darse por necesidad pero previa prestación de fianza que asegurara la vuelta.

Por último es de hacerse notar que en 1 de octubre de 1514 se promulga una provisión autorizando los matrimonios entre españoles e indias, norma que pasó a la Ley VI, I, II del texto de 1680.

B) *El matrimonio indígena*

Sin duda en la historia de la institución matrimonial en Indias es uno de los apartados de mayor interés. Tenido el matrimonio como contrato y sacramento fue su concepción de contrato natural lo que facilitó enfrentarse a la problemática de la validez de la licitud del celebrado entre los indios siendo infieles y, en consecuencia, dar una res-

puesta al interrogante planteado acerca de su virtualidad en el orden cristiano, punto de partida, por otra parte, que permite abordar los otros dos importantes temas de la poligamia y la endogamia como características de una institución de derecho consuetudinario indígena y que serán precisamente de los aspectos más tenidos en cuenta con vistas a la necesidad de proceder a conciliar o a rechazar las prácticas autóctonas, en función de su concordancia o no con el Derecho Natural o con la religión.

La actitud de la Iglesia y del derecho ante las uniones de pareja en una situación de no evangelización fue la de aceptar en principio como matrimonio legítimo al que reuniera estas dos formalidades: que no pudiera verse obstaculizado en cuanto a su consideración por alguno de los impedimentos que el Dercho Canónico entendía como dirimentes o que causaban nulidad, si bien Peña Montenegro lo limitará a los parientes en primer grado, tanto por línea de consaguinidad como en grado de transversalidad, por interpretarlos como contrarios al derecho natural y considerará válida la unión cuando el impedimento objetable según Derecho Canónico fuera fruto de la apreciación canónica al respecto; una segunda formalidad sería la de que se hubiera celebrado conforme a las costumbres, leyes o estatutos indígenas, pero esto, a su vez, exigía que se diera una respuesta ante la extendida realidad de la poligamia o de la endogamia.

La práctica de la poligamia, por razones obvias, no podía acogerse en el marco jurídico canónico, la solución sería la de estimar, en principio, que la unión válida sería la contraída con la primera mujer, ahora bien no recordando quien lo había sido se le permitía escoger a la que se quisiera, tal como lo declararía Paulo III en 1537, aunque también se introdujo la práctica de indagar entre los ancianos de la comunidad para así llegar a determinarlo. En 1571 Paulo V decidiría que cristianizado el marido le acompañaría como mujer la que le siguiera en la conversión.

El otro punto cuestionable llegado el momento de acomodar la organización familiar indígena a las pautas propias de la sociedad castellana estuvo representado por el de la endogamia, sobre ésta escribe Paulino Castañeda, en *El matrimonio legítimo de los indios y su canonización*, cómo por lo que respecta a los mexicanos sólo guardaban el primer grado de consaguinidad en línea recta y, generalmente, el primer grado de línea colateral, en tanto que en Perú sólo se observaría

el primer grado de consaguinidad en línea recta. Sobre esto el segundo concilio limense, 1567, declaró:

> que el que siendo infiel estaba casado con su madrastra, o con su hermana, o con alguna en línea recta de parentesco, primero sea apartado que reciba el bautismo, pues por ley natural están reprobados tales casamientos. Mas si estuviere casado en grado solamente por la iglesia prohibidos, recibido el bautismo, se ratifiquen tales matrimonios,

lo que en definitiva reconocía el matrimonio celebrado entre gentiles y en tierras de gentilidad aunque se diera el caso de la existencia de impedimento dirimente fijado por el derecho canónico, lo que se predica también respecto de la unión gentil en tanto que se consideran lícitos los posibles impedimentos dirimentes que el príncipe o república gentiles hubieran podido imponer.

Pero, ¿por qué si se acepta, dadas ciertas condiciones, la licitud del matrimonio gentil la unión puede quedar disuelta en el caso de que una de las partes se haga cristiana?, en este supuesto puede decirse que entra ya en juego uno de los impedimentos conocidos como pedientes o que causan ilicitud en el esquema jurídico canónico, desde el momento en que la convivencia podría afectar a la consolidación en la fe del nuevo cristiano, sólo el otorgamiento de licencia salvaría la continuidad de la unión; pero por otra parte el caso presente daría lugar a que mediara la aplicación del llamado privilegio paulino, en este sentido hay que interpretar el Privilegio Pontificio de 2 de agosto de 1571.

La pretendida incorporación del mundo indígena a una sociedad de corte cristiano provocó, en el terreno que nos ocupa, la necesidad de adoptar medidas tendentes a impedir la poligamia —Cédula de 17 de diciembre de 1551—, a exigir la libre voluntad de los contrayentes —Cédula de 29 de septiembre de 1628 prohibiendo que los indios no pudieran vender a sus hijas para casamiento con quien más diera—, o a mantener el principio de la indisolubilidad en conjunción tanto con la monogamia como con la hipotética poliandria— Cédula de 13 de julio de 1530 —, normas, todas, que pasaron en su día al texto de 1680. En la creencia de que era inaceptable aceptar lo particular pero no lo general Peña Montenegro señaló cómo el matrimonio contraído suponía su aceptación total y no sólo parcial en referencia al indio que matrimoniaba a fin de tener acceso carnal.

C) *El patrimonio matrimonial*

Aspecto conexo con la institución y sobre el que no se pronunció el Derecho Canónico. Partidas, Fuero Real, Leyes de Toro... constituyeron las fuentes básicas a través de las cuales se conformó el cuadro jurídico relativo a las aportaciones económicas al matrimonio.

Dote, arras, donadíos de esposo y ganancias entre marido y mujer fueron los medios utilizados por las partes contrayentes y respaldados por el derecho para atender las normales necesidades económicas de la unidad familiar que se creaba, así como para situar el suficiente patrimonio que permitiera en un posible estado de viudedad el mantenimiento de la mujer y de los hijos habidos en la unión, pero ¿cómo se conceptuaron esas aportaciones y cómo se plantearía la relación de propiedad o de posesión sobre sus bienes constitutivos?

La Ley de Partidas IV, XI, I dice que la dote que es lo que da la mujer al marido por razón de casamiento y, en la misma norma pero completada con la Ley II, de las arras se escribe que es la donación que da el varón a la mujer por idéntica razón; pudiendo clasificarse la dote en profecticia o adventicia en función de que se trate de bienes dados al marido por el padre, abuelo u otro cualquier de los ascendientes de la mujer en línea recta o de que se trate de lo entregado por la mujer al marido de su propio patrimonio o lo que por ella entrega o su madre o un pariente colateral o un extraño respectivamente; tenemos que por otra parte se caracteriza porque el padre y el abuelo tienen obligación de dotar a la hija y nieta según sus haberes, pues en los restantes supuestos la dote es voluntaria, porque el marido es el dueño de la dote en tanto dura el matrimonio y porque disuelto éste vuelve a la mujer o a quien pertenezca; a ello se une que tratándose de huérfana de padre sea la madre quien queda obligada y que en su defecto sea el abuelo.

El derecho arbitró los medios oportunos para evitar excesos en la cuantía de los bienes entregados en concepto de dote y para salvaguardar la futura situación económica de la esposa ante posibles abusos del marido en su administración. Y si bien disuelto el matrimonio la dote debería ser devuelta, la excepción se justificaba por alguna de estas razones: por pacto, por comisión de adulterio o por costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio, siendo éste un punto de interés por su posible incidencia en el Derecho Indiano en tanto que esta costum-

bre acompañaría a los contrayentes aunque fueran a vivir a otra tierra —Ley IV, XI, XXIV de Partidas—.

En el título y partida indicados y concretamente en su Ley XVII el derecho tenía en cuenta, junto con la dote, al conjunto de bienes, llamados parafernales, que la mujer llevaba al matrimonio y que retenía para sí separadamente sin incluirlos en la dote, aunque por escritura podría dárselos al marido por el tiempo que durara la unión y estableciéndose siempre los medios que afianzaran la integridad de los mismos en respaldo del derecho de la mujer.

Si la dote y los parafernales así se configuran, las arras van a caracterizarse porque pasan a ser propiedad de la mujer pero, quedando viuda y con hijos, retendrá su usufructo pasando aquella a la común descendencia en el caso de que contraiga segundas nupcias; la determinación de una cuantía, el diezmo de los bienes del marido, pretendía corregir los posibles excesos que pudieran cometerse en su fijación.

En cuanto a los donadíos la Ley IV, XI, III de partidas explicaba que eran los dones «que da el esposo a la esposa, o ella a él, francamente sin condición, antes que el matrimonio sea cumplido por palabras de presente», figura sujeta a la limitación en cuanto a la liberalidad motivadora del acto y que se consolidaba previa celebración del matrimonio.

Las ganancias entre marido y mujer, o bienes gananciales, tenían su razón de ser en la sociedad que quedaba constituida entre marido y mujer formándose sobre las ganancias obtenidas a partir de los rendimientos producidos por la administración de la masa patrimonial aportada al matrimonio y, conforme con esto, la Ley V, IX, X de la recopilación castellana define los bienes de ganancia como el monto resultante de «todo lo multiplicado durante el matrimonio» pero siempre a título oneroso y no gratuito, caracterizándose porque disuelto el matrimonio se procede a su partición por mitad y porque también la disminución o deterioro de los bienes son comunes salvo que uno de los contrayentes sea exclusivo responsable.

Pasando a Indias esta constitución del régimen económico jurídico del matrimonio, fue en relación con la encomienda como se presentó una discusión específicamente indiana. En 3 de febrero de 1537 así como en 10 de junio de 1540 y 7 de mayo de 1574 sendos capítulos de cartas dirigidas al virrey de Nueva España, y que posteriormente se utilizarían para la redacción de la Ley VI, XI, XIII, posibilitaban que el

hijo o la hija de un encomendero entrara en el goce de los aprovechamientos de la encomienda bien a título de capital, bien a título de dote. Si este supuesto así planteado, y en función de que ese descendiente sea el futuro titular en segunda vida o en la que corresponda según la vía de la disimulación, no presenta problema, el conflicto puede plantearse cuando se trata de una encomienda que se da en primera vida en concepto de dote, fallecido el titular y dejando al sucesor en minoría de edad ¿tendría el cónyuge viudo derecho de usufructo sobre las rentas? ¿podían incluirse entre los bienes gananciales?

Respecto del primer interrogante la doctrina—un Solórzano Pereira— se inclinará por reconocer en beneficio del padre el usufructo de las rentas en tanto en cuanto permanezca bajo su patria potestad y desde luego siempre serían suyas las ganancias que pudiera lograr a partir de las rentas en la encomienda, aclaración que se estima oportuna a partir de las posibles opiniones en contra derivadas de entender —y en esto es un ejemplo Antonio de León Pinelo— la encomienda —de modo similar al feudo— como bien castrense dado por liberalidad del príncipe, en cuyo caso no podría constituirse usufructo en cabeza del padre ya que esto supondría dar usufructo sobre usufructo, lo que sería contrario a las reglas de derecho en atención al parecido entre este derecho y aquella institución indiana, aparte de que debería suponerse dada por los méritos del sucesor en la encomienda. Esta construcción es la que critica Solórzano tomando en cuenta como fundamental punto de partida su caracterización como dote y desde ese momento sujeta a su régimen jurídico.

De acuerdo con el anterior criterio el carácter de ganancia se podría predicar de las rentas derivadas de la encomienda siempre que no se adquiriera por vía de sucesión ya que aquí habría que aplicar el principio general que rechaza la comunicabilidad de los bienes que se adquieren por título de herencia, lo que justificaría, por otro lado, que la mujer, titular en segunda vida, respondiera por las deudas contraidas por el marido ante terceros para litigiar por la encomienda en que ella hubiera sucedido, lo que se va a explicar en razón de la utilidad o beneficio recibido.

Por último, considerada la encomienda en función de las rentas que aporta al matrimonio, como un bien más, la cuantía en beneficio económico que representa puede ser objeto de valoración a efectos de las arras prometidas por el marido y aplicándosele el mismo cómputo

«que se hace en los que poseen bienes de mayorazgo, conviene a saber, a razón de uno por ocho por una vida» como recoge Solórzano.

Un caso relacionado con el régimen de gananciales, pero al margen de la encomienda, estaba representado por la masa de bienes logrados por el marido en Indias durante una larga estancia y que se comunicaban a la mujer y aun a sus herederos en el caso de que ella hubiera fallecido antes que el cónyuge sin él tener conocimiento o de que se tuvieran y administraran pro indiviso.

2. Patria potestad y tutela

En palabras de la Ley IV, XVII, I de Partidas patria potestad es «el poder que han los padres sobre los hijos», potestad adquirida bien por matrimonio legítimo, bien por sentencia de juez, o por delito que cometiera el hijo contra el padre que le había emancipado o bien por adopción, en cosecuencia estaban sujetos a la patria potestad los hijos legítimos, los legitimados, los que por ingratitud vuelven de nuevo a la potestad del padre y los adoptivos, no estándolo los naturales no legitimados por alguna de estas vías: por merced del rey o el papa, por testamento confirmado por el rey, por escritura pública, por casar la hija con hombre ilustre o por ofrecerse el hijo al servicio del rey o al concejo. En cuando a la adopción o relación que imitaba a la natural parterno-filial podía presentarse bajo una de estas dos modalidades: o bien se concreta respecto de quienes no se encuentran bajo potestad alguna o bien en relación con quienes sí se encuentran previamente en el marco de la institución, en ambos casos se precisa el consentimiento, expreso o tácito respectivamente, de aquellos que fueran a ser adoptados, en el primer supuesto se lleva a cabo exclusivamente con autoridad del rey —la abrogatio— en tanto que el segundo lo es con otorgamiento del juez.

Finalizada la patria potestad por muerte natural, por destierro perpétuo o muerte civil —aunque como tal desaparecerá en el siglo xviii—, por dignidad que confiera al hijo ejercicio de jurisdicción así como cualquier dignidad de tipo eclesiástico y, finalmente, por emancipación, la tutela sería «la guarda que es dada e otorgada al huérfano libre menor de catorce años, e a la huérfana menor de doce años, que non se puede, nin sabe amparar», —Ley VI, XVI, I de Partidas—, es decir

que la muerte del padre daría lugar al inicio de un proceso respaldado por el poder —monarca y magistrados— para la mejor guarda de la persona y de los bienes del huérfano presentándose o como testamentaria, legítima —o de los parientes más cercanos en caso de que no por testamento nada se haya dejado establecido al efecto— y dativa o por decisión del juez.

Completando el régimen de protección al huérfano la legislación de partidas contemplaba la institución de la curatela, cuya finalidad era la de completar las finalidades perseguidas por la tutela a partir de las edades límite fijadas para la misma y hasta que se llegara a la mayoría de edad, si bien se precisaría el acuerdo de los interesados así como tendría vigencia respecto de los locos y pródigos.

El Derecho Indiano se ocupó de la protección y guarda del huérfano así como de facilitar el cumplimiento de la obligación de vecindad y servicio de armas a que estaba sujeto todo encomendero; la conservación de su patrimonio y el control de la gestión realizada por tutores y curadores fueron las preocupaciones más relevantes, en este sentido Reales Cédulas como las de 25 de marzo de 1525 —facultando a la Real Audiencia de Santo Domingo para la adopción de las medidas que creyera oportunas con vistas a la custodia del patrimonio— 31 de octubre de 1543 —en la que se vislumbra la posibilidad de un juzgado de menores con atribuciones para exigir responsabilidades e incluso remover a quienes tuvieran a su cargo la guarda de los huérfanos en Nueva España—, o la de 15 de octubre de 1581 que, en línea con la anterior, exige que la justicia no pueda, en los supuestos de que existan bienes y haciendas, designar tutores y curadores sin que previamente se haya procedido al asentamiento de la tutela o de la curaduría en el libro que para este fin debería llevar el escribano del cabildo —en este caso de la ciudad de Panamá—.

Recuérdese, por último, lo dicho sobre la condición del indio como menor.

3. El Mayorazgo

Tratándose de una institución que puede analizarse desde una muy diferente perspectiva: como enmarcada en el derecho de familia si bien correspondiéndose con determinados estratos sociales, como

propiedad vinculada o como derecho de suceder en los bienes integrantes de ese tipo de propiedad, será aquí en donde se de una caracterización general de la misma en atención a que se trata de una figura institucional que se proyecta desde la baja edad media y hasta el triunfo de las ideas liberales en el siglo XIX con la finalidad de proporcionar a las familias un respaldo económico que les permita mantener un status socio-económico y de prestigio y a través de las generaciones. Es decir que estamos ante un patrimonio que se va a perpetuar en el seno de una familia y en consecuencia, desde luego, siguiéndose un determinado orden sucesorio.

El mayorazgo se configuró en Castilla como institución basada en la vinculación perpetua de un patrimonio formado por bienes raíces —propiedad territorial— y por rentas señoriales —derivadas de aquella misma propiedad— en cuya titularidad se sucedería según el orden establecido por la voluntad vinculante del fundador, o por la ley sucesoria de la Corona en los suspuestos en que aquélla no se hubiera manifestado expresamente. Este sistema reforzó el status de la nobleza al quedar liberada su propiedad de la cláusula de reversión a la Corona, típica de la sociedad feudal altomedieval, revelándose el mayorazgo, en palabras de Bartolomé Clavero —*Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*— como «la institución que realiza el régimen patrimonial y sucesorio... de los derechos feudales que constituyen el señorío».

Las Leyes de Toro de 1505 supondrían el marco básico para la institución, en conjunción con la literatura jurídica que sobre ella se elaboró. Su fundación bien podía darse por vía de testamento o bien por vía contractual y siempre con licencia real, en atención a los perjuicios que se causaban a los herederos forzosos desde el momento en que se fijaba un orden sucesorio que debería ser cumplido estrictamente, siendo mayorazgo regular aquél en el que se seguía el orden seguido en la Corona e irregulares las vinculaciones que se sujetaban por la voluntad del fundador a otras posibles variantes; de esto se deduce que sin licencia real sí podría fundarse respecto de los bienes de que se pudiera disponer libremente.

El mayorazgo presuponía su indivisibilidad y su marginación del mundo comercial, única manera de que efectivamente pudiera perpetuarse en la familia y cada sucesor entraba en su posesión civil y natural *ipso iure*, automáticamente por imperativo de la norma y sin necesidad de acto previo por parte del nuevo titular.

La institución del mayorazgo se proyectó a Indias, si bien al carecerse de una estructura señorial similar a la que históricamente se había conocido en Castilla su incidencia no pudo ser la misma. Se implató con distinta suerte teniendo implantación muy diferente entre unas u otras provincias. Genéricamente se concedió licencia y facultad para hacer mayorazgo a quienes hubieran cumplido con lo acordado en las capitulaciones de nuevas poblaciones, pudiéndose proceder a la vinculación de lo que el capitulante hubiera edificado así como a la tierra que se le hubiera concedido con todo lo que en ella tuviera edificado o plantado —ordenanza 97 de las de 1573 luego Ley recopilada IV, III, XXIV—. Si esto era respecto de los nuevos pobladores, en una situación ya diferente, con una población asentada desde tiempo atrás, se debe pedir licencia al rey quien decide a la vista de los informes enviados por las Audiencias sobre haciendas y bienes, su valor económico, hijos que tiene el solicitante y, en su caso, posibles inconvenientes que de su fundación pudieran derivarse a juicio de la Audiencia del término —Real Cédula de 21 de abril de 1581 y Ley II, XXXIII, XX—.

Una Cédula de 8 de julio de 1695 facultaba a las audiencias indianas para que en supuestos extremos pudieran conceder licencia a los titulares de mayorazgos para vender o acensuar las bienes inmuebles que en estado ruinoso y afectos a la vinculación no pudieran ser reparados por la carencia de medios suficientes. Y en 1796, por Cédula de 8 de septiembre, y en el contexto de unos planteamientos político-económicos ya claramente contratos al mantenimiento de la institución, comunica la decisión de exigir un quince por ciento sobre los bienes que se extrajeran del comerio o se amortizaran destinándolos a fundaciones de mayorazgos o a manos muertas.

Recuérdese finalmente cómo los cacicazgos fueron asimilados a los mayorazgos en cuanto a la sucesión a falta de costumbre en contrario de carácter indígena.

4. Sucesiones y bienes de difuntos. Sucesiones e indios

A) *Sucesiones: caracterización general*

En el ámbito familiar y desde la baja edad media la transmisión de los bienes o sucesión en los mismos por fallecimiento de quien hu-

biera sido su titular se verificaba o llevaba a cabo bien por vía testamentaria, bien mediante la sucesión intestada o abintestato; siendo la primera la más común la importancia que adquiere marca las diferencias que al respecto se manifiestan en relación con los antecedentes altomedievales de un derecho sucesorio caracterizado por el predominio tanto de una sucesión legítima como de una sucesión contractual, en convergencia con disposiciones en favor de la Iglesia, será por todo ello por lo que la jurisprudencia desarrollada a la sombre del estudio del Derecho Romano se centrará en el análisis de la sucesión testada dejando para los derechos locales o ciudadanos lo que guardara relación con la sucesión legítima o intestada, lo que tiene una indudable importancia desde el momento en que esto provocará una recepción selectiva de los principios sucesorios romanos, ante la supervivencia de principios altomedievales como el de la troncalidad en la sucesión de los inmuebles o la prevalencia de la agnación.

Contemplando globalmente al derecho sucesorio castellano, Abelardo Levaggi lo caracteriza en función del auge de la sucesión testamentaria, de la vocación hereditaria del alma, de la primacía de la voluntad del causante y de la pluralidad de regímenes sucesorios:

— Auge de la sucesión por testamento o «testimonio en que se encierra e se pone ordenadamente la voluntad de aquél que lo face, estableciendo en él su heredero o departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo después de su muerte» en palabras de Asso y De Manuel siguiendo el tenor de la Ley VI, I, I de partidas; es de destacar que si en un principio el testamento se muestra bajo los requisitos y formalidades exigidos por derecho romano a partir del Ordenamiento de 1348 se atenúan algunas de éstas: reducción del número de testigos y validez del testamento sin institución de heredero.

— Vocación hereditaria del alma, consecuencia de que una parte de la herencia se aplicara en orden a la salvación del alma, presente desde antiguo en la tradición castellano— leonesa, a lo largo de la baja edad media inició un proceso de decadencia para renacer con las Leyes de Toro en donde se fija en un quinto del caudal hereditario el monto o cuota que podía destinarse a ese fin a no ser que faltaran herederos forzosos en cuyo caso, y a excepción de lo que correspondiera a la viuda, todo lo demás podría dedicarse a obras pías «y provechosas a la ánima».

— Primacía de la voluntad del causante, si bien limitada por la existencia de una «legítima» para los herederos forzosos y consiguiente

fijación de una cuota de libre disposición completada con la cuota conocida como de mejora, luego en las leyes torensanas mejora del tercio o quinto al tratar conjuntamente las dos cuotas: las de mejora —comprensiva del tercio— y la de libre disposición.

Aun siendo el testamento manifestación de la última voluntad del causante de las Leyes de Toro regularon la fórmula del testamento por comisario en virtud de poder para testar si bien en virtud de la Ley 31 no podía nombrar heredero, hacer mejoras, desheredar a descendiente alguno ni darle tutor sin poder expreso.

Lógica consecuencia de la primacía de la voluntad era que a través del llamado codicilio o escritura breve de última voluntad se pudiera modificar un testamento.

— Pluralidad de regímenes sucesorios ya que ni todos los bienes se partían ni todos se transmitían a los mismos herederos, caso del mayorazgo.

Respecto de Indias es posible distinguir en este campo, como escribe Víctor Tau, entre república de españoles y república de indios, respecto de los primeros la proyección del Derecho Sucesorio castellano es total promulgándose una normativa orientada a garantizar la libertad de testar, asegurar su práctica en los viajes marítimos y procurar garantizar tanto el cumplimiento de las últimas voluntades como la conservación de los bienes cuando, bien por encontrarse los herederos en España o, aunque en Indias, en provincia alejada, bien por morir intestado y sin conocimiento de quien pudiera tener derecho hereditario, fuera necesario confiar en el justo y regular funcionamiento de los cauces arbitrados con ese fin.

Si, en definitiva, respecto de la generalidad de los españoles en Indias —criollos y peninsulares— rige lo que Víctor Tau se anima a considerar como derecho sucesorio común, la realidad indiana, junto con la sucesión en los bienes vinculados conforme a la voluntad de los fundadores, conoció de la sucesión en mercedes y encomiendas, respecto de éstas ya que se han hecho las observaciones pertinentes, en cuanto a las primeras valga indicar que concretadas en el ejercicio de dignidades tales como gobiernos, adelantamientos o alguacilazgos con ocasión de las capitulaciones de descubrimiento, conquista o población se conocieron muy diversos efectos desde el momento en que hubo dignidades dadas a perpetuidad y otras tan sólo por una o dos vidas, dejemos lógicamente al margen aquéllas que tan sólo vitaliciamente se concedían.

Es de destacar que consecuencia de las polémicas sobre el indígena fueron las frecuentes restituciones en conciencia llevadas a cabo por encomenderos en beneficio de sus indios y que determinaron la formación de auténticos vínculos en los que el donante o testador instituía un orden sucesorio de manera similar a lo que se hacía con motivo de la fundación de mayorazgos.

B) *Los bienes de difuntos. El juzgado*

Pero sin duda fue en relación con los bienes de difuntos sobre lo que se promulgó una numerosa normativa a lo largo, sobre todo, de los siglos XVI y XVII quedando ya fijado en la Recopilación el régimen jurídico al que tendrían que sujetarse, su contenido no mira, desde luego, a lo que es la sucesión en sí sino más bien a la custodia, administración y destino de los bienes, no obstante es comprensible que, brevemente, sea examinado en relación con el Derecho Sucesorio. Con anterioridad a 1526 se refleja una situación confusa, en tanto que ni existía control sobre las personas que a título de tenedores se hacían cargo los bienes de quienes fallecían en Indias teniendo a sus herederos en la península, ni manera de averiguar el lugar de donde procedían. En 1526, por carta acordada de 9 de noviembre, se adoptan dos medidas de interés: que llegando a Indias el viajero, y ya radicado, se presente ante el escribano de lugar a fin de proporcionarle los datos relativos a su origen y que en cada concejo se formara una comisión integrada por la justicia ordinaria, el regidor más antiguo y el escribano del concejo con atribuciones para tomar cuenta de su gestión a los tenedores y para cobrar deudas y hacer valer derechos de los difuntos así como proceder a la venta de los bienes para poder disponer de su valor en dinero; corría a su cargo el envío de la herencia a la casa de contratación, y de que habían cumplido con sus funciones deberían dar cuenta tanto al gobernador de la provincia como al consejo. Nótese el cambio que se impone respecto a la etapa anterior a 1526 si se tiene presente que entonces eran los tenedores quienes directamente remitían a Sevilla el resultante de los bienes hereditarios.

Entre 1550 y 1556 se ponen las bases del que ya será conocido como Juzgado de bienes de difuntos, los fundamentos normativos se encuentran en otra carta acordada de 16 de abril de 1550 y en una

Cédula de 8 de agosto de 1556. En el primero de los textos un oidor sería designado en cada una de las audiencias como juez general de bienes de difuntos, por la cédula citada los gobernadores, no existiendo audiencia, tendrían la obligación de designar a quien debiera actuar como tal juez, en ambos casos con autoridad para permitir o negar la venta de bienes así como para ejercer jurisdicción en las cuestiones que sobre ellos se plantearan y agotándose en ellos la vía judicial.

La designación de jueces comisarios o particulares para los casos en que se supiera o sospechara de la existencia de un rico patrimonio de bienes inmuebles o raíces, junto con otros supuestos, y la actuación de quienes recibieran, como depositarios y por designación de los juzgados generales, los bienes que requirieran ser especialmente administrados por su valor económico terminaron por configurar el sitema elaborado en función de aquella custodia, administración y entrega, en su caso, a los herederos de los bienes que les pudieran pertenecer bien como forzoso, bien por vía testamentaria, bien a través de la sucesión legítima, en España e incluso en Indias si éste fuera el supuesto; recuérdese, no obstante, que, por otra parte, aunque como fin secundario, la actividad del Juzgado general de bienes de difuntos en cada audiencia o provincia también se encaminaba a posibilitar el acceso de la Real Hacienda a los fondos representativos de ese caudal no existiendo o, al menos, no apareciendo quien reclamara la herencia.

C) Sucesiones e indios

También en relación con el Derecho Sucesorio y en especial por lo que mira al testamento se mostró la peculiaridad de lo indígena en el marco del ordenamiento. Considerados como miserables o rústicos los indios se vieron privilegiados y situados en condición similar a la disfrutada por los aldeanos de la Ley VI, I, VI, de partidas y aun más respecto de quienes en la ley recopilada de las de Castilla V, IV, I y por vivir en un medio rural en donde incluso pudiera no haber escribano ante quien proceder a exponer sus últimas voluntades se veían favorecidos en orden a que las formalidades propias del testamento abierto y no secreto se atenuaban con lo que de una exigencia de cinco testigos haciéndolo sin escribano, se aceptaba la presencia de tres testigos con tal de que fueran vecinos del lugar, en el supuesto de que

aquél no estuviera presente y de que fuera imposible la reunión de un total de cinco testigos vecinos o de siete no siéndolo. Declarando la voluntad ante escribano tan sólo se precisaría de tres testigos vecinos. Siendo éstos los mínimos bajo los cuales podría hacerse testamento la falta de esa solemnidad causaría que se tuviera por no declarada la voluntad del fallecido no haciendo fe ni prueba en juicio ni fuera de él —Ley III de las de Toro—.

No obstante la condición del indio fue aún mejor que la de los aldeanos de partidas —cinco testigos y testamento abierto— y que el supuesto previsto en la Recopilación de 1567. Solórzano y Peña Montenegro refieren cómo el indio podía hacer testamento, memoria más propiamente dice el último, ante el gobernador, su cacique, e incluso sólo ante dos testigos, lo que por otro lado parece que tenía antecedentes en casos de especiales dificultades provocadas por calamidades o epidemias; pero es que además esto suponía la no vigencia de la ley taurina lo que explica Peña Montenegro acudiendo a la consideración que de obligación natural existiría en la «manda menos solemne en favor del heredero», lo que hay que interpretar teniendo presente que desde 1580, 1586, se tiene que insistir en la libertad de que deben gozar los indios para la disposición de sus bienes por vía testamentaria sin que por parte de religiosos o clérigos se les presione para que sean los doctrineros o la Iglesia la parte beneficiada total o parcialmente en detrimento incluso de los herederos forzosos que pudieran tener.

Pudiendo morir el indio intestado o si dejar herederos, el Derecho Indiano se vio en la necesidad, para evitar abusos y despojos, de ordenar que los encomenderos no pretendieran suceder en las tierras y bienes de sus indios encomendados muertos sin herederos, ya que el patrimonio iría parte a la comunidad y parte a la real hacienda, dependiendo esta cuota de las necesidades que derivadas de la tasación de tributos tuvieran en la comunidad; y en la misma línea se estableció la necesidad de controlar que los doctrineros no dispongan de la hacienda de los indios muertos sin disponer de sus bienes.

BIBLIOGRAFÍA

Una pieza básica para algunos de los planteamientos relativos al Derecho Privado Procesal y Penal indianos ha sido la exposición que respecto del Derecho Castellano llevaran a cabo Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez en sus *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1792, y que sin duda, en buena medida es válida para las Indias.

Sobre personas será siempre oportuna la lectura de los siguientes trabajos: de Albelardo Lavaggi, «La condición jurídica del esclavo en la época hispánica», en *Revista de Historia del Derecho*, n.° 1, Buenos Aires, pp. 83-176; de Alfonso García-Gallo, «La condición jurídica del indio», en *Antropología de España y América*, Madrid, 1977, pp. 281-292, reeditado posteriormente en sus *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, 1982, pp. 167-177; de Paulino Castañeda Delgado, «La condición miserable del indio y sus privilegios», en *Anuario de Estudios Americanos*, tomo XXVIII, pp. 245-334; de Martha Norma Oliveros, «La construcción jurídica del régimen tutelar del indio», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n.° XVIII, pp. 105-128; y de Ricardo Zorraquín Becú, «La condición jurídica de los grupos sociales superiores en la Argentina (siglo XVI a XVIII)», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, n.° 12, Buenos Aires, y posteriormente en sus *Estudios de Historia del Derecho*, vol. II, Buenos Aires, pp. 349-400.

En cuanto al Derecho de Familia, una visión de la institución matrimonial la proporciona Daisy Rípodas Ardanaz con *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*, Buenos Aires, 1977, 454 pp. En relación con la problemática que se presentaría respecto del indio es muy valioso el examen de Paulino Castañeda Delgado, «El matrimonio legítimo de los indios», en *Anuario de Estudios Americanos*, tomo XXXI, pp. 157-188. Y una concreta institución —la dote— es analizada por María Isabel Seoane, *Historia de la dote en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1982, 197 pp. Sobre mayorazgos es útil el trabajo de Bartolomé Clavero Salvador, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*,

Madrid, 1974. Léase igualmente: José María Mariluz Urquijo, *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1978, p. 173. Para contraponer cacicazgo y mayorazgo: Carlos Díaz Rementería, *El Cacique en el Virreinato del Perú. Estudio Histórico-Jurídico*, Sevilla, 1977, 260 pp. Y, por último, en cuanto al Derecho de Sucesiones se logra una panorámica general con el trabajo de Víctor Tau Anzoategui, *Esquema histórico del Derecho Sucesorio. Del medievo castellano al XIX*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1982, 113 pp.

CARLOS DÍAZ REMENTERÍA

LA PROPIEDAD

I

CONCEPTO, CLASES DE DOMINIO Y MODOS DE ADQUISICIÓN

La Ley de Partidas III, XXVIII, I define al señorío como «poder que ome ha en en su cosa de facer della, e en ella, lo que quisiere según Dios e según fuero», o utilizando otros términos, en palabras de Gragorio López, señorío o dominio será el poder de hacer sobre las cosas propias aquello que se quiera y que el derecho permita, con lo que continuaba el criterio de comentaristas tales como Bártolo de Sasoferrato o Baldo de Ubaldi cuando señalan, respectivamente, que en su auténtica significación dominio es el derecho a disponer de la cosa corporal o la plena propiedad que se manifiesta en el poder de venta sobre la cosa; de ahí que señorío, dominio y propiedad sean conceptos con similares contenidos, expresándose con cualquiera de ellos la existencia de un derecho en la cosa lo que presupone su condición de particular o que pertenece «señaladamente a cada ome para poder ganar o perder el señorío», como aclara la Ley III, XXVIII, II del Código alfonsino, y de corporal, o cosa que se puede ver y tocar: muebles y raíces, incluyendo en aquéllos a los que conocemos como semovientes; quedaban así excluidas las cosas sagradas, comunes, públicas, concejiles y de propios así como las incorporales, a las que pertenecen las distintas especies de derecho en o a la cosa.

Siendo el dominio un derecho de disposición, por resonancias estamentales vinculadas al mundo de las relaciones feudales, se distinguió entre dominio pleno, engarzándose en un mismo titular no sólo el poder de disposición, sino también la percepción de la utilidad del bien, y dominio menos pleno, que suponía diferenciar entre quien, reconocido como señor directo, conservaba la potestad dispositiva y quien poseía el dominio útil, con facultad de vindicar la cosa y percibir su utilidad.

Dos modalidades presenta la adquisición del dominio pleno: o tienen su raíz en el Derecho de Gentes, teniéndose por naturales, o son de Derecho Civil; los primeros, por otra parte, se manifiestan como originarios o derivativos, por aquéllos pasa a formar parte del patrimonio particular una cosa o bien que a nadie pertenecía, por éstos, en cambio, se da lugar a una transmisión del dominio; la ocupación, la invención y la accesión se tenían por originarios, en tanto que la tradición o entrega constituía el modo derivativo. La segunda modalidad o de Derecho Civil surgía por vía de prescripción, de sucesión hereditaria o de sucesión por vía contractual.

En cuanto al dominio menos pleno quien era señor útil lo era por razón de usufructo, feudo —a lo que se aproxima la encomienda—, enfiteusis o fideicomiso como consecuencia, respectivamente, de que se tuviera derecho de usar y gozar de todos los frutos de la cosa pero sin deteriorarla, de que se recibiera en feudo un bien que volvería al rey tras la posesión del nieto del vasallo beneficiado —Ley IV, XXVI, VI que en esto coincide con la tradición feudal recogida en el *ius commune*, y que parece antecedente de las concesiones por segunda vida de las encomiendas— de que se procediera a formalizar un contrato de censo enfitéutico, en cuya virtud se recibe una cosa mediando el compromiso de abonar la renta o censo que con carácter anual el enfiteuta deberá entregar al señor del dominio directo, pudiendo ser la relación enfitéutica por la vida del que la recibe, transmitirse hereditariamente, o fijarse el acuerdo que se estimara oportuno y pudiendo incluso enajenar, y por último el señor útil podía serlo como fideicomisario o heredero en el patrimonio por cierto período de tiempo transcurrido el cual, y en cumplimiento de la volntad del testador, los bienes en cuestión pasarán a poder de quien en el caso habría sufrido o conocido un proceso de sustitución.

II

LA FORMACIÓN DE LA PROPIEDAD EN INDIAS

Consecuencia de la donación pontificia fue la configuración de un dominio eminente en cabeza del rey en tanto que dueño universal de las Indias y que haría de los vasallos dueños particulares por merced real y ésta supone así el punto de partida para el desarrollo de la propiedad en Indias.

Se justifica el dominio del rey por la donación, pero también por el descubrimiento y ocupación de la tierra, así como por la guerra justa, supuestos a partir de los cuales recaerá en el monarca todo derecho de propiedad; incluso habrá quien afirme que el barbarismo de las sociedades indígenas representa título suficiente para desposeer. Es cierto que en Indias la empresa de descubrimiento y conquista a través de las capitulaciones se llevará a cabo mayormente a costa del vasallo, supuesto ante el que un Solórzano Pereira, a título de ejemplo, afirmará, respecto de los bienes raíces, el derecho de propiedad del rey, quedando para el vasallo, aunque siempre por liberalidad real, la pertenencia de los bienes muebles y semovientes.

Los textos de las capitulaciones, las instrucciones y ordenanzas sobre descubrimientos, conquistas o poblaciones ilustran suficientemente sobre el nacimiento del derecho de propiedad a título particular. Por merced del rey y por vía de repartimiento, lo que recuerda la práctica peninsular respecto de las ciudades y tierras reconquistadas en el siglo XIII y fines del siglo XV, irá perfilándose una propiedad particular que durante las primeras décadas del siglo XVI estará sujeta para su consolidación al cumplimiento de determinadas condiciones: que en cinco años se edifique sobre los solares concedidos o que se trabaje la tierra —en definitiva, que también se consolide la vecindad—, que el pobla-

dor se comprometa a no donar sus bienes a la iglesia —lo que permitiría evitar tanto que pasaran a ser bienes privilegiados como que no avanzara la nueva fundación en su desarrollo económico— u otras que puedan imponerse en función de las circunstancias del medio —es el caso de la provincia de Cartagena, en Nueva Granada—, en donde para consolidar la propiedad se requerirá no sólo la residencia de cinco años sino también que se acepte el aprovechamiento vecinal de la tierra en propiedad una vez recogida la cosecha —Cédula de 31 de octubre de 1543—. Siguiéndose el criterio de repartir tierras y solares según status y merecimientos, la fórmula empleada irá poniendo las bases de una estructura social, tal como en otro lugar ya se indicó. Lógicamente, una vez afianzada la propiedad entraba en juego el esquema propio del Derecho Castellano en cuanto a la transmisión y a las posibles limitaciones del dominio.

Pero junto con la conformación de la propiedad particular desde un principio se irá adoptando la política de adjudicar a las nuevas ciudades y villas tierras y solares de propios a lo que se unirá la declaración del aprovechamiento comunal de montes, pastos, aguas —provisión para el Perú de 28 de octubre de 1541, luego en le Ley IV, XVII, V de la Recopilación—. Por otra parte una vez en desarrollo los distintos asentamientos urbanos el derecho se vio precisado a insistir en la consideración que de realengo tenía todo bien mostrenco o sin dueño así como, desde luego y a excepción de lo legítimamente poseído bien por particulares bien por concejos, las tierras, campos, montes, pastos, ríos y aguas públicas, lo que ya se recogía, por otro lado, en el derecho histórico-castellano.

Fue precisamente esa concepción de realengo la que determinó la adopción de medidas encaminadas a restaurar el derecho del rey en los casos en que los particulares hubieran ocupado tierras ilícitamente, ahora bien, dadas las necesidades económicas de la hacienda se arbitrará la fórmula que legalice esa concreta situación y así se acudirá a la composición, cuyos antecedentes castellanos se encontraban en la ley de partidas III, XX, VII; de gran importancia fueron al respecto las de 1591 y 1754. Y fue también consecuencia de la consideración realenga de la tierra sin dueño el que cuando se procediera a vender tierra del rey por su decisión y a través de sus representantes en Indias debiera cumplirse con el requisito de la confirmación real dentro de un plazo determinado.

Pasadas las primeras décadas de la presencia hispana y, en definitiva, por su misma consolidación, las disposiciones normativas incluyen el principio de que los repartos y ventas de tierras se hagan sin perjuicio de tercero ni de los naturales ya que éstos sufrían permanentes despojos de sus tierras.

Incorporadas las Indias, un aspecto fundamental fue el de cómo actuar ante el indio. En el terreno de la propiedad y consecuencia de las polémicas acerca de si en su gentilidad y como infieles pudieron tener legítimamente relaciones de dominio sobre la tierra, se aceptó la propiedad indígena si bien, como señala José M.ª Mariluz Urquijo en *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, no llegó a reconocerse sino respecto de aquellas sociedades que demostraban ejercer un efectivo y real dominio, lo que determinaba que se rechazara el pretendido sobre un coto de caza. Reducidas las comunidades a pueblos esto no suponía la pérdida de las tierras de sus lugares de origen, más bien se producía un incremento de los bienes de que disfrutaban, ya que reducidas recibían por vía de repartimiento tierras con destino comunal si bien teniendo sobre ellas tan sólo la posesión, lo que no era obstáculo para que la comunidad a partir de la merced, de la composición, de la donación o de la compra llegara a ser propietaria, situación que en no pocos casos se defendía en razón de la inmemorialidad de la posesión como procedente del período prehispánico, etapa respecto de la cual se observará cómo se manifestaba la propiedad, si había bienes con finalidad religiosa, si la tierra pertenecía en propiedad al príncipe, si éste la repartía, si se conocía la propiedad privada o si había tierras reservadas para los reyes y señores, a los cuales habrían sucedido los monarcas hispanos.

Las tierras indígenas, en propiedad o en posesión fueron objeto permanente de atención normativa a fin de proteger su entidad.

Despoblado un pueblo, extinguidas sus comunidades, las tierras revertían al monarca, ahora bien en el supuesto de que sobreviviera un solo individuo éste mantenía sobre las tierras de que había sido propietario la comunidad el mismo derecho de que ésta había sido titular. No provocaba, en cambio, la reversión la ausencia de la comunidad en tanto que ésta no se considerara definitiva, lo que no era sino proyectar al mundo indiano el sentir de la Ley III, XXVIII, I de Partidas cuando entiende que no se puede dar por desamparada una cosa al retenerse «en su voluntad el señorío» aunque corporalmente no se posea.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre el derecho de propiedad en Indias los estudios que se han realizado giran en buena medida en torno a la tierra, siendo de destacar el análisis de José María Mariluz Urquijo en *El régimen de la tierra en el Derecho Indiano*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1978, 173 pp. En un aspecto más concreto puede citarse el realizado por Carlos Díaz Rementería, «El patrimonio comunal indígena: del sistema incaico de propiedad al de Derecho Castellano», en *Al Aborigen y el Derecho en el Pasado y el Presente* (coordinador Abelardo Levaggi), Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1990, pp. 105-139.

Son interesantes las páginas que Abelardo Levaggi dedica al tema en su *Manual de Historia del Derecho Argentino*, tomo II, Buenos Aires, 1987.

CARLOS DÍAZ REMENTERÍA

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

I

PRINCIPIOS GENERALES

Una aproximación al Derecho de Obligaciones y Contratos en el ámbito jurídico indiano supone que necesariamente se tenga presente por un lado su inmediata vinculación con el desarrollo evolutivo que esta parcela del derecho siguió en el marco doctrinal propio del *ius commune*, pero que también, por otra parte, se deba insistir en peculiaridades propias, derivadas de aquella misma realidad indiana así como en el papel representado por el hecho indiano en la configuración moderna de algunos contratos propios del derecho mercantil.

Es sabido que en el transcurrir histórico del derecho común éste fue pasando de una actitud reverencial respecto del cultivo de las formas en la materialización del acuerdo oral como fuente obligacional a una situación de progresiva consolidación de la autonomía de la voluntad; evolución que supuso la marginación de la *stipulatio romana*, en definitiva del carácter estrictamente formal y oral del contrato, y en su lugar tomará importancia el pacto, del cual el Derecho Común conocerá dos modalidades: el *nudum pactum* y los *pacta vestita*, el primero llamado a provocar el nacimiento de una obligación natural que, respecto de determinados casos irá siendo exigible mediante la oportuna acción, los segundos integraban la categoría de los acuerdos a los que se les aplicaba la nota de obligatorios en cuanto a sus efectos, al mostrarse revestidos de unos elementos representativos de la voluntad de las partes en orden a la producción de unas consecuencias jurídicas, estos *pacta vestita* serán propiamente los contratos y ese camino que va configurándose respecto del papel a jugar por el pacto, tanto en una como en otra modalidad, será el que lleve al reconocimeinto de la voluntad como fuente de obligación y a que todo contrato obligatorio se

resuma en la categoría del pacto. Ese afianzamiento de la voluntad determinará a su vez que, en principio y dada la vigencia de la filosofía escolástica y de la moral católica, toda voluntad creadora de derechos esté fundada en una concepción moral y limitada por el bien común y la buena fe; esto, que será determinante para la condena de la usura, irá alterándose con la necesaria adaptación a factores propios de una cambiante realiad socio-económica que ya en la edad moderna conducirá inexorablemente a que con el racionalismo jurídico se interprete como único límite a la voluntad particular de contratar el que proceda de la voluntad ajena, con ello la ética o la moral se excluyen del campo contractual.

Pero junto al Derecho Común un factor que incide poderosamene en la evolución jurídica de los siglos modernos es el desarrollo alcanzado por el comercio y con él por el Derecho Mercantil, en este sentido el mundo indiano estimula el desarrollo de una amplia normativa sobre diferentes aspectos, seguros, fletes, compañías...

Por último, la complejidad político-social de las Indias motivará que, por ejemplo, se limite la posibilidad de contratar por estar ejerciendo un oficio público, que se limite la capacidad del indio bien para evitarle abusos bien para imponerle una relación de trabajo o que se prohíban las ventas y donaciones de indios cuando estaba declarada su libertad.

Suponiendo la obligación de un vínculo a partir del cual uno se ofrece a dar o pagar alguna cosa, el abuso o engaño de una de las partes así como el incumplimiento podría dar lugar al ejercicio de la acción oportuna para exigir la responsabilidad a que hubiera lugar y en su caso el resarcimiento previa declaración de lesión en los intereses de la parte demandante.

Finalmente, debe señalarse cómo la obligación, que tal como aquí se ha presentado tiene su origen en el contrato, podía igualmente derivar de delito o hecho ilícito, lo que ya es objeto del Derecho Penal.

II

VOLUNTARISMO Y LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO INDIANO

Siendo el voluntarismo una característica del derecho contractual en la edad moderna, su presencia en el mundo institucional que se impone en el Nuevo Mundo a raíz del descubrimiento encuentra como obstáculos derivados tanto de la política seguida respecto del indio a fin de conducirle hacia su castellanización, entre otros medios adoptando medidas compulsivas para introducirle en el mundo de las relaciones de trabajo, como del mejor control sobre la población en general así respecto de negros y mulatos libres imponiéndoles la entrada al servicio de un amo a fin del cumplimiento de la deuda tributaria como en relación con los españoles que no teniendo tierras ni solares, ni encomiendas vivían sin ejercer oficio alguno. En definitiva, el desarrollo del comercio o de otra actividad productiva es determinante para que se inste al ejercicio de un trabajo o profesión, no hacerlo suponía en el caso de los españoles la expulsión de la provincia.

La libertad contractual debe ir unida indudablemente a una concepción según la cual el contrato es fruto de un libre acuerdo de voluntades pero también es cierto, como se ha podido observar, que en el mundo jurídico dimanado del Derecho Común y hasta que no triunfa de una manera total el voluntarismo éste se encuentra condicionado por los límites que se le pudieran imponer por razones derivadas de que las consecuencias jurídicas del acuerdo, contrato o convención no fueran contrarias al bien común, a la moral o a la ética, con lo que en definitiva se daba una clara coincidencia entre los límites a la acción individual a través de las relaciones privadas contractuales y algunos de los propios de la actividad del estado; pero, ¿cómo se manifiestan esas limitaciones a la libertad contractual?

El ordenamiento vigente en Indias va a presentar unos concretos supuestos en los que intervino la administración por motivaciones morales y de bien común, tales son los relacionados con la tasación de jornales en los contratos de alquiler o arrendamiento de servicio a través de los cuales el indio se comprometía a proporcionar su fuerza de trabajo bien en la casa, bien en la propiedad agraria o para la construcción o en las minas incluso, en este sentido la actividad normativa aparece ya a lo largo de las primeras décadas del siglo XVI, así una Cédula de 20 de marzo de 1532 dirigida a la Real Audiencia mexicana para que a fin de que no sean perjudicados proceda a la fijación del salario según su criterio o ya, muy posteriormente, cuando por otra Cédula de 19 de octubre de 1591 se dispone que el máximo tribunal quiteño controle que los indios reciban la paga que convenga. Como puede apreciarse nos encontramos ante situaciones que claramente reflejan la intervención estatal en un campo en el que respecto de los españoles no se plantea problema alguno, entendiéndose que la prestación de trabajo y consiguiente remuneración es fruto de la voluntad de las partes, siempre desde luego que por otros motivos no fuera contra alguno de aquellos límites a las convenciones o contratos.

Desde otro punto de vista, el principio de la libertad se condiciona por exigencia del bien común en el campo de las transacciones mercantiles, no otra cosa era el control o tasación de precios impuesto por la autoridad del cabildo, si bien en determinados casos, como el representado por Cédula de 12 de febrero de 1591, se plantea la posibilidad de que sea a cargo de los alcaldes del crimen la fijación de los precios dada la conexión de alcaldes ordinarios y regidores con la actividad comercial en la ciudad de Lima.

En otros casos las excesivas pérdidas de ganancias y otros posibles perjuicios ocasionados a los mercaderes así como la comisión de fraudes en perjuicio de la Real Hacienda fueron circunstancias que replantearon las limitaciones a la libertad para la fijación de las condiciones de venta, en concreto el precio de la cosa o bien que se oferta; es lo que se nos muestra a través de una Real Provisión de 25 de junio de 1530 y de una Cédula de 19 de septiembre de 1580. Por la primera de las disposiciones citadas los mercaders novohispanos podrían, en primera venta, ofrecer las mercaderías al precio que creyera oportuno, sin estar por esa vez sujetas a control político; mientras que por la Cédula de 1580 se hacía frente por la Real Hacienda a la fraudulenta actividad de aquellos mer-

caderes que desde España y ante la perspectiva de la sujeción a la tasa en las ciudades de Indias, con independencia de la calidad de los bienes que se enviaban, optaban por comerciar con aquellas mercaderías que menos les costaran, por las que tuvieran que pagar menos almojarifazgo y que luego, en definitiva, pudieran poner a la venta en idénticas condiciones que si hubieran enviado otro tipo de mercancías, y si bien en la cédula sólo se requiere del virrey que informe acerca de la posibilidad de suprimir la tasa de precios para la venta, parcialmente al menos y con esto se daría también respuesta definitiva a lo planteado en la Provisión de 1530, se resolvería que cuando determinados bienes de primera necesidad llegaran a los puertos y ciudades de Indias no quedarían sujetos a tasación hasta que no entraran en el circuito comercial una vez adquiridos por los ragatones, de quienes escribiría Juan de Hevia Bolaños, en su *Curia Philípica*, «son los que compran las cosas por junto y menor precio y las venden por menudo y más caro» a lo que se refiere igualmente la Ley IV, XVIII, VI.

Limitaciones a la libertad de contratar aparecen igualmente en relación con la venta a españoles de bienes de indios en cuyo caso por provisión de 15 de febrero de 1540 para Nueva España se requerirá en cualquier caso la presencia de un oidor, tanto para transacciones de bienes inmuebles como muebles y con independencia de la cuantía de la compraventa, posteriormente, y por Cédula de 23 de julio de 1571 se resolvería que, tanto para muebles como para inmuebles, los bienes tendrían que ponerse en almoneda previa durante 9 y 30 días respectivamente, lo que motivaría representación al respecto comunicando la orden introducida en el sentido de acudir a un juez en solicitud de licencia y la nueva Disposición Real de 1571 debería introducirse tan sólo en relación con las ventas que superaran en su valor los 30 pesos de oro, aceptado por Cédula de 18 de mayo de 1572, recogiendo el sentir de estas dos disposiciones, la Ley VI, I, XXVII fijó los requisitos de almoneda e intervención de la justicia cuando el importe de los bienes en venta superara la cantidad de los 30 pesos de oro en tanto que en los otros supuestos sólo se precisaría la licencia del juez para proceder a la venta.

Por razón del oficio desempeñado aquellos que participaban del gobierno o de la administración de justicia como gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, presidentes de Audiencia, oidores así como oficiales de la hacienda y familiares, todo para evitar su entrada en el juego de intereses socio-económicos del lugar o de la provincia.

Control sobre los precios se aplicaba también respecto de ventas y mesones por parte de los cabildos, si bien permitiendo siempre algún tipo de ganancia en la actividad desarrollada.

Medidas marcadas por la política proteccionista para con el indio y con incidencia en el mundo de los contratos, serían las encaminadas a evitar que ni encomenderos ni justicias capitulares, ni regidores impidieran la actividad comercial de los indios en las ciudades sobre bastimentos y otros tipos de bienes, así como la posibilidad de deshacer la venta si deseara recuperar el bien vendido, lo que se refleja en una primera etapa, hacia 1530, bajo la fuerza y el impulso de las polémicas de esa época; no obstante sí se dio, a lo largo de todo el período hispano, un amplio reconocimiento a la utilización por su parte del derecho de tanteo respecto de ventas y composiciones de tierras colindantes con las propias de la comunidad.

Por supuesto, y a modo de conclusión, debe tenerse presente que todo el cuadro institucional y contractual del Derecho Castellano, receptor del Derecho Común, se proyectó sobre Indias, siendo de notar que en algún caso, como en relación con las restituciones a los indios la donación, hubo contratos que alcanzaron un gran desarrollo y, desde luego, siempre bajo una concepción voluntarista, consagrada para la historia jurídica castellana, y en consecuencia indiana, por la Ley única del título XVI del Ordenamiento de 1348, matizados por los principios, orientadores en cuanto a sus fines, de su subordinación a los criterios del bien común y de su acomodo a la ética y a la moral.

BIBLIOGRAFÍA

Siendo muy escasa la bibliografía sobre esta parcela del Derecho Indiano (obligaciones y contratos), su exposición se ha hecho fundamentalmente mediante la consulta del *Cedulario Indiano*, recopilado por Diego de Encinas y editado por Cultura Hispánica con Estudios e Índices de Alfonso García-Gallo, Madrid, 1945-1990. No obstante tenemos la exposición que hace Abelardo Levaggi en su *Manual de Historia del Derecho Argentino* del que ya se ha dejado constancia y que se basa en su *Historia del Derecho de las obligaciones, contratos y cosas* (Colección *Lecciones de Historia Jurídica*, del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires), Buenos Aires, 1982, 152 pp.

CARLOS DÍAZ REMENTERÍA

INSTITUCIONES ECONÓMICAS Y MERCANTILES

I

TIERRA

1. El contrato y derecho de censo

En tanto que no se dio un acentuado desarrollo de la actividad tanto comercial como minera la propiedad de la tierra, la misma y simple posesión, se constituyó en distintivo básico de la riqueza y de la posición social; iniciado el proceso con las mercedes previstas en las capitulaciones de descubrimiento, conquista y/o población, paulatinamente se fueron formando pequeñas y grandes propiedades, unas veces por medios legales, en otras ocasiones a través de prácticas ilícitas bien por despojos causados a las comunidades de indios, lo que daría lugar a numerosos pleitos, bien por ocupación de tierras realengas, si bien, en este supuesto y por regla general, se subsanaría acudiendo a la composición. En convergencia con el progresivo desarrollo de una propiedad agraria y criolla y con el mantenimiento del realengo las comunidades de indios se constituirían en un tercer sujeto de la propiedad.

Por otra parte la titularidad de un derecho de dominio sobre la tierra facilitaría la difusión de una compleja red de relaciones jurídicas motivadas, directa o indirectamente, por su importancia económica; red de relaciones jurídicas que tendría un común denominador: el contrato y derecho de censo.

En *De censibus,* Juan de Solís definió al censo como contrato por el cual uno vende, y otro compra, el derecho de percibir una pensión anual y, como apuntaría otro jurista interesado en los censos, Juan Avendaño, el deudor hipotecaría a la seguridad del pago determinados bienes de los que fuera propietario. Se podrá hablar de contrato y de derecho de censo, pero también de censo en tanto que renta o canon que se abona.

Tres tipos fundamentales y estrictos de censos conocería el derecho: enfitéutico, reservativo y consignativo, éste de una gran trascendencia para la historia económica indiana. Y las partes serán conocidas como censualista, aquél a cuyo favor se constituye, y censuario o censatario, quien tiene la carga de hacer frente al pago de la renta.

Del primero, del censo enfitéutico, puede decirse que a través de él se producía un traslado del dominio útil al censatario bien temporalmente bien a perpetuidad y con la obligación de pagar cada año una determinada renta, pero también con la condición de que ni él ni sus herederos perderían el bien raíz, en tanto que cumplieran con los derechos fijados en favor del censualista. Aunque, como señala Abelardo Levaggi, su utilización no llegó a tener la importancia que históricamente había llegado a tener en España, fue una figura que alcanzó cierto desarrollo a nivel de los núcleos urbanos para hacer rentables las tierras comunales tanto a nivel urbano como rural, así se fomentaba el crecimiento y la riqueza de la ciudad al tiempo que, por otra parte, se facilitaba al censatario la tenencia y disfrute de un bien raíz que hasta ese momento era improductivo para la comunidad. La enfiteusis reconocía en el censatario o enfiteuta el derecho a vender o empeñar la finca a persona con capacidad para pagar el importe de la deuda anual y en el censualista un derecho de tanteo con ocasión de la venta y no haciendo uso del mismo a la percepción del laudemio o tanto por ciento sobre el importe de la venta. Lógicamente, la escritura del contrato sería una prueba de primerísima importancia llegado el hipotético supuesto de que fuera necesario probar la existencia de un dominio directo sobre la finca.

Por el censo reservativo se transfería tanto el dominio directo como el útil quedando el censatario sujeto al pago del canon establecido o acordado, pero también podía fijarse que el deudor redimiera el censo cuando se llegara a completar la cantidad en que se estimó su valor cuando se dio a censo. Por el parecido del reservativo perpétuo con el censo enfitéutico se opinó que se tuviera por éste último en los supuestos en que se plantearan dudas acerca de su naturaleza.

Tercero de los tipos de censos señalados y, como se ha escrito, de significativo interés para la economía de Indias, el consignativo se mostró como contrato de compra a través del cuál se transfería al censatario una cantidad de dinero en concepto de precio y aplicada sobre determinados bienes raíces que quedaban hipotecados a cambio del

pago de una pensión previamente estipulada y con carácter anual en favor del censualista y podía presentarse bien como perpétuo bien como redimible o al quitar. En este caso el censo refleja ya una situación de cierto auge económico —no en balde adquiere un gran desarrollo desde mediados del siglo XVI y sobre todo durante el XVII— en la que se procura la circulación e inversión del dinero y la obtención de un beneficio para el capitalista. Especial relieve llegó a tener este contrato como instrumento para poner en circulación los fondos en metálico depositados en las cajas de comunidades de indios y que ocasionó una primera creación de cajas de censos con la que, con el tiempo y por la importancia adquirida, llegarían aquéllas a confundirse.

También fue éste un campo en el que la administración se vio forzada a elaborar alguna norma especialmente orientada a la protección de las comunidades, en este supuesto en conexión con la necesidad de intentar proteger el derecho de la comunidad censualista. Puede citarse en este sentido, y a título de ejemplo, un decreto de la Audiencia charqueña de 2 de octubre de 1584 y que establecía cómo en las escrituras de censos deberían constar los siguientes extremos: señalamiento de la cantidad que deseaba el censatario y pugar y parte de las comunidades interesadas que se lo podrían proporcionar, bienes sobre los que podrían imponerse los censos y libertad de aquéllos y respecto a otras posibles cargas, señalización de fiadores y pruebas de su solvencia, obligación y compromiso, del principal y fiadores, de ingresar la cantidad debida bajo el título de renta en la caja de comunidad interesada dentro de los quince días siguientes al cumplimiento de cada tercio de cada censo; el cabildo de españoles daría su conformidad o aprobación, según las ciudades, en tanto que los corregidores estarían capacitados para actuar compulsivamente contra los deudores morosos en sus respectivos distritos. En último término, y como vértice de todo el régimen jurídico, la Real Audiencia designaría un juez a cuyo cargo correría la cuenta y razón de los cobros exigibles en todo el ámbito jurisdiccional de aquella audiencia, nacía así el Juzgado de censos, figura institucional a cuyo cargo llegaría a estar en diversos períodos entre los siglos XVII y XVIII incluso la administración tanto de las rentas de censos como de los demás bienes de comunidad.

Por otro lado, la doctrina jurídica había establecido que para la licitud del censo consignativo se necesitaban los siguientes requisitos: imposición sobre cosa raíz y fructífera, se acordaría un precio justo con

abono de los réditos en metálico, acuerdo sobre disminuir la renta en justa proporción a la fortuita ruina acaecida en la finca, compromiso del censatario de no vender la finca gravada sin el consentimiento del censualista y, finalmente, que el censo se impusiera con la calidad de redimible.

Como especie de censo consignativo se conoció la capellanía, caracterizada por el fin religioso de su institución y que, como ha señalado Abelardo Levaggi, no era otro que el de «servir de congrua sustentación para que pudiera ordenarse un presbítero... o como limosna para la celebración de determinadas misas con la intención manifestada por el fundador».

II

MINAS

1. Su propiedad

No es nuevo decir que fue precisamente la riqueza minera de las Indias uno de los incentivos que desde un principio favoreció la marcha de españoles hacia el Nuevo Mundo, constituyéndose también en uno de los rubros fundamentales de la Real Hacienda; descubrimiento, explotación o beneficio en el marco de una propiedad originariamente de realengo, éstas pueden tenerse como las notas más precisas en orden a la institucionalización jurídica de la mina en tanto que entidad de valor económico.

Que la mina era una regalía más aparece definitivamente sancionado en Disposición de 10 de enero de 1559, dada para Castilla se proyectaba automáticamente hacia las Indias y se salvaba la interpretación que acerca de la titularidad dominical sobre la mina hallada en propiedad particular se había planteado en torno al sentir de la Ley V, XV, II de Partidas en relación con la glosa de Gregorio López, partidario de estimar el dominio real o particular del yacimiento siempre que estuviera localizado en fundo del rey. Se ha señalado acertadamente por Eduardo Martiré —*Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico*— que, aún en la baja edad media, en las Cortes de Briviesca de 1387 comienza a desdibujarse esa posible división entre minas del rey y minas de particulares en razón de que, dándose plena libertad para su búsqueda, tanto en predios del rey como en ajenos, de los metales obtenidos tendría que entregarse al monarca una cantidad equivalente a las dos terceras partes una vez descontados los gastos de laboreo, siendo así, como efectivamente podía sostenerse —señala

Eduardo Martiré– que todas las minas venían a quedar incorporadas al dominio regio.

Ya en Indias y por Provisión de 5 de febrero de 1504 se introdujo también ese tácito entendimiento del mineral como regalía consagrándose la entrega a la Real Hacienda del quinto neto de todo lo que se cogiera o sacara de oro, plata y otros metales de la isla La Española. Y años más tarde una segunda provisión, ésta de 9 de diciembre de 1526 insiste en la libertad de que todos gozan para ir a descubrir y obtener licencia para trabajar los yacimientos ya que deben tenerse como comunes cumpliendo con la entrega del quinto. Posteriormente, tanto en las ordenanzas elaboradas por Francisco de Toledo para el virreinato peruano y sancionadas en el conjunto conocido como Ordenanzas del Perú, el 7 de febrero de 1574, como en las de 22 de agosto de 1584 para Castilla, luego extendidas a las Indias por Cédula de 26 de noviembre de 1602, o en las de Nueva España de 22 de mayo de 1783 –rápidamente en vigor en los restantes virreinatos con fuerza desigual–, se insistiría en la propiedad eminente de la Corona ya que, como se afirmaría en 1783, «sin separarlas de mi real patrimonio las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión» siempre que se cumpliera con la entrega del porcentaje señalado y que, efectivamente, el beneficiario, previo registro, la trabajara, requisitos, por otro lado, que siempre y en la generalidad de las Indias, se habían exigido.

2. El trabajo

La explotación de la mina se convirtió, por tanto, en elemento fundamental para consolidar la propiedad particular, lo que forzosamente llevaba a plantear la necesidad de contar con la mano de obra necesaria, aspecto que iba a tener como consecuencia el empleo del indio en los yacimientos y su engarce con las polémicas acerca de la libertad del indígena, campo ideológico de lucha entre un sector social interesado en mantener esa mano de obra, con independencia de planteamientos de justicia, y la misma Corona que veía incumplidas las normas encaminadas a la imposición de un justo régimen de trabajo y que se veía forzada a la aceptación de una institución, la mita peruana, con la que, sin estar de acuerdo básicamente, tenía que transigir por el imperativo meramente económico de la continuidad en el rendimiento de la mina.

Siguiendo parcialmente una línea de continuidad conectada con el desarrollo de aquellas polémicas puede decirse que para el aprovechamiento de las riquezas minerales el español fue sirviéndose, en un primer momento, del indio reducido a esclavitud para pasar, en breve tiempo, a utilizar al indio de cuyo servicio podía beneficiarse por vía de repartimiento; el alcance de las decisiones acerca de su status facilitarán el acceso a un mercado de trabajo por el que se alquilarán para las labores mineras y así en 1526 se encarga expresamente, por Provisión de 17 de noviembre, que contra su voluntad no acudan a las minas y, en consonancia con esto y con el repartimiento, el 4 de diciembre de 1528, en unas ordenanzas para Nueva España, se establecía que los indios encomendados no acudieran a trabajar a las minas bajo el pretexto de ayudar a los esclavos, prohibición reiterada como sanción de pérdida de encomienda por Provisiones de 7 de febrero de 1549 y 10 de noviembre de 1568 para Nueva España y Perú, respectivamente, si bien matizándose unos años más tarde, en 1573, que el trabajo pudiera llevarse a cabo en yacimiento de otros encomenderos, principio que pasaría a la recopilación.

Manteniendo el criterio de la libertad una Cédula de 25 de diciembre de 1551 abría la oportunidad de que trabajaran directamente para la Corona. Dirigida la cédula al virrey del Perú el texto demuestra ya la utilización de una institución prehispánica, la mita o servicio por tandas; institucionalizada para el Derecho Indiano gracias a la labor normativa de Francisco de Toledo su misma existencia supuso, como ya se ha dejado notar, aceptar en la sociedad y el Derecho de Indias una, sin duda, de las cuestiones más controvertidas sobre la actuación hispana en el Nuevo Mundo.

Solórzano Pereira conceptuaría a la mita como servicio personal forzado y, si bien como tal, sólo se conocería en el área andina, respecto de Nueva España, entre 1574 y 1575, se comunica al virrey que se le autoriza, siendo necesario, para proceder al reparto de indios pero siempre que fuera de los que acostumbraban a alquilarse y en tanto que no tuvieran oficio, lo que explica el punto de vista, generalmente admitido, de que en el virreinato novo-hispano no se conoció régimen de reparto de indios similar al mitayo. El valor añadido que en la realidad de los hechos recibía el yacimiento minero con la mita y la misma necesidad de obtener mano de obra originó una práctica ilícita: la venta de indios mitayos.

La mita supuso un sistema de prestación de trabajo que, si bien forzado previa adscripción de ciertas provincias y manifiesto a través de la sujeción de la séptima o de la cuarta parte de los vecinos, según se tratara de Perú o de Nueva España, respectivamente, conoció pese a ello un régimen laboral protector, lamentablemente incumplido en no pocas ocasiones; salarios, descansos, cómo y cuándo se podía llevar a cabo el sorteo para ir a la mita por el tiempo fijado —10 meses—, prohibición de que se entrara en sorteo cuando se estuviera prestrando el servicio o, tácitamente, cuando se acabara de regresar de esa prestación... Promulgada la recopilación de 1680 la preocupación de la Corona en orden a exigir unos mínimos en cuanto al cumplimiento del régimen regulador del trabajo se mostró en diversas ocasiones, a título de ejemplo pueden citarse una Cédula de 18 de febrero de 1697 y otra de 22 de octubre de 1732, en ambas se reiteran los criterios mantenidos al respecto desde que la mita se institucionalizara en el ámbito del derecho indiano.

En las postrimerías ya del dominio hispano un decreto de las Cortes gaditanas de 9 de noviembre de 1812 decidía la abolición de «las mitas, o mandamientos, o repartimientos de indios, y todo servicio personal que bajo de aquellos u otros hombres presten a los particulares».

Convergiendo con el trabajo mitayo se mantuvo su libre prestación.

III

COMERCIO

1. En general

A) *Mercantilismo y comercio libre*

Una básica aproximación al estudio del ordenamiento jurídico-comercial indiano impone, necesariamente, que como punto de partida, se tenga presente la importancia adquirida por el mercantilismo en el mundo contemporáneo, una concepción económica caracterizada por entender que el fundamento de la riqueza se encuentra en la posesión de metales preciosos y porque considera la conveniencia de mercados cerrados en el seno de las unidades políticas de forma que las relaciones comerciales se concreten en un trasvase de productos entre las distintas partes de la monarquía, fundamentándose, al mismo tiempo, en el doble principio de proteccionismo y monopolio; habrá que esperar al siglo XVIII para que esta orientación entre en crisis a través de un proceso evolutivo que se desarrolla a lo largo de la centuria.

Ciertamente, dentro del siglo XVI, es posible diferenciar entre antes y después de 1573. Desde luego es sabido que ya en 1503 con la creación de la Casa de la Contratación se instituye el instrumento administrativo llamado a controlar tanto la navegación como la actividad mercantil con Indias, institución por otro lado que entre 1511 y 1539 irá viendo cómo se le perfilan competencias de carácter jurisdiccional que luego, en 1543 y con la creación en Sevilla de un Consulado de Mercaderes, serán revisadas para quedar ya definitivamente fijadas. Asentada la Casa en Sevilla, esto iba a suponer el ejercicio del monopolio por parte de los mercaderes radicados preferentemente en esta

ciudad si bien con la participación especial del comercio gaditano; Cádiz sería un centro urbano beneficiado de alguna manera por el monopolio comercial: su apertura al mar permitió que los buques de cierto calado tomaran su puerto como lugar de destino en su tornaviaje desde las Indias, lo que exigió la creación de un Juzgado de Indias, no obstante, siempre las cargas y registros tenían que ser trasladados a Sevilla para que en la Casa se procediera al control y examen de los envíos. La situación se mantuvo, pese a las críticas interesadas de los comerciantes sevillanos por llegar a la supresión del juzgado y por evitar el desarrollo de la actividad mercantil del área gaditana con indias, hasta el siglo XVIII en que la Casa se traslada a Cádiz en 1717 y el Juzgado a Sevilla, situación que, consolidada en 1722, se mantendría ya hasta la supresión de la Casa en 1790. Durante buena parte de ese largo período la Casa fue la institución a través de la cual se mantuvo el monopolio sobre el comercio indiano. No obstante entre 1529 y 1537 quebró ese principio gracias a la autorización que, por provisión de 15 de enero, se concedía a diversos puertos peninsulares para que en ellos se pudieran embarcar las mercancías que se quisieran igual que se hacía en Sevilla, esta apertura del comercio motivada por las quejas de los comerciantes de otras ciudades y reinos peninsulares estaba sujeta, pese a todo, al requisito de que en los viajes de regreso se tenía que acudir forzosamente a Sevilla.

Liberalizada la actividad comercial su vigencia fue breve, en 1573 se provoca un giro radical y la Casa de la Contratación reasume el control de la actividad y relación con Indias a nivel de la generalidad de la monarquía. Téngase en cuenta, incidentalmente, que, al igual que en la península el comercio se centralizaba básicamente en la ciudad de Sevilla con especial presencia gaditana, en Indias fueron también unos determinados puertos los que se consideraron como lugares finales de destino, concretamente los de Veracruz y Porto Bello, para el grueso de las flotas; su llegada daba lugar a la formación de ferias. Y al igual que en Sevilla, en las capitales de Lima y México se crearon sendos consulados de mercaderes a imitación de los castellanos de Burgos y Sevilla, respectivamente en 1593 y 1592. Habría que esperar a fines ya del siglo XVIII para que surgieran otros nuevos bajo el impulso de medidas liberalizadoras.

Pero antes de entrar a exponer los cambios del siglo XVIII en cuanto a la orientación de la economía y del comercio debe hacerse refe-

rencia a cómo se regularizó el tráfico mercantil con Indias, motivado en gran medida por la adopción de una postura defensiva ante las amenazas piráticas y de corsarios, así como también, porque no dejaba de ser un medio para procurar el cumplimiento de la política monopolizadora, la Corona decidió introducir un sistema de navegación basado en flotas bajo la protección de galeones y en la prohibición del envío de navíos sueltos, lo que se puede considerar ya estabilizado a partir de una Provisión de 18 de octubre de 1564 y dejando al margen la posible concesión de licencias para navegar independientemente. De las dos flotas que anualmente deberían salir hacia Indias, y dejando al margen lo relativo a la interrupción del tráfico durante períodos más o menos amplios y por causas de diferente naturaleza, aunque derivadas en definitiva del proceso de decadencia del poder de la monarquía, la conocida como de Tierra Firme, con destino en Porto Bello, se suprime en 1737 en tanto que la Nueva España llega a mantenerse hasta 1789.

El mantenimiento de un comercio sujeto a medidas restrictivas, a una organización compleja por sus numerosos impuestos y favorecedora de la defraudación, a una organización mercantil basada en el monopolio y que no afronta la creación de las grandes compañías de comercio que a lo largo del siglo XVIII irían poniendo las bases del poder comercial de las potencias en conflicto con España, llevan a una progresiva debilidad de las relaciones comerciales entre España e Indias, a lo que se suma, y parcialmente es una consecuencia más, la importancia del contrabando.

1720 es una primera fecha a tener en cuenta en el cambio que se irá introduciendo a lo largo del siglo; una Cédula de 20 de abril, declaratoria de un «proyecto para galeones», pretenderá reordenar el tráfico proporcionándole una mayor rápidez y regularidad para lo que se haría uso del envío de barcos sueltos junto con el mantenimiento de las flotas en un intento de fortalecer el tráfico legal frente al contrabando y, en segundo lugar, llevar a cabo una reforma fundamentalmente fiscal mediante la imposición del llamado impuesto de palmeo —o canon fijo por palmo cúbico de volumen y no un tanto por ciento sobre el valor de las mercancías como tradicionalmente se había seguido— con lo que se iba a minorar el importe de los derechos que solían exigirse, al tiempo que se provocaba una simplificación tributaria respecto de la etapa anterior, todo un intento de intensificar el comer-

cio; pese a ello en 1735 se aceptaba el fracaso de aquellas medidas lo que determinaría el inicio del fin para la navegación y comercio, por flotas, recibiendo un respaldo definitivo, pero paulatinamente extendido, el sistema de los registros sueltos, que ya en 1749 se impone para toda la América del Sur, al tiempo que comienza a tener un apreciable desarrollo el comercio entre los distintos puertos indianos.

Un segundo momento viene significado por el Decreto y Real Instrucción de 16 de octubre de 1765, con él se intensifica el proceso de ruptura con la etapa anterior; se procede a declarar con carácter progresivo la habilitación de puertos para el comercio tanto en España como en América, medida que se adopta a raíz de la ocupación británica de La Habana y constatación consiguiente de los perjuicios económicos que la anterior política había ocasionado en los dominios de la Corona no beneficiados directamente por la presencia de las flotas. No obstante se acentúa, por el contrario, el proteccionismo económico respecto de los productos nacionales gravando más los de procedencia extranjera. Por otra parte, la negativa incidencia de las medidas tomadas en 1720 llevó a la simplificación del régimen fiscal mediante el único mantenimiento de los de almojarifazgo y alcabala, lo que conllevó la supresión del palmeo.

A la sombra del régimen de 1765 el comercio libre constituía de por sí un estatuto privilegiado para una zona determinada. Habrá que esperar al conocido «Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España e Indias» de 12 de octubre de 1778 para apreciar una amplia generalización del sistema tanto respecto de las relaciones entre la península y América como entre los territorios indianos. La suspensión del monopolio, pero con la excepción de Nueva España y Venezuela hasta 1789, e inevitable desaparición de la Casa de Contratación en favor de la instauración de juzgados de arribadas en los puertos autorizados, una mayor agilidad administrativa en beneficio de la navegación y proteccionismo para el desarrollo del comercio entre todas las partes de la monarquía con incremento de las cargas sobre mercaderías extranjeras, todo en la línea de los criterios de 1765, fueron consecuencias directas del nuevo régimen.

Con posterioridad a 1778 y en el marco de unas conflictivas relaciones internacionales la política seguida para promover una eficaz aplicación del nuevo régimen de comercio no logró su deseo: el desequilibrio entre una amplia oferta y una menor demanda, la frecuente

quiebra de comerciantes obligados a vender a precios de costo para evitar, siquiera, la pérdida de las mercancías fueron algunas de las causas para que, transcurridos pocos años, se cayera en una actitud negativa en fuerte contraste con las esperanzas que se habían depositado en la nueva ordenación comercial para promover la riqueza; fueron circunstancias que en conjunción con las interrupciones de tráfico derivadas de las guerras llevaron a que 1795 se permitiera el comercio entre los puertos indianos y las colonias europeas en el continente y a que en 1797 se pudiera comerciar utilizando los servicios de buques neutrales, medida que fue suspendida entre 1799 y 1801; efecto directo de las dos fue la penetración de la Norteamérica independiente en los mercados de la América española, sobre todo en el área caribeña.

El siglo XVIII, por otra parte, conocería la formación en España de compañías privilegiadas de comercio, de ellos la más importante fue la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas, creada en 1728; suponiendo en sí una restricción del monopolio gaditano terminaban adquiriendo unas claras connotaciones monopolísticas desde el momento en que se les reconocía privilegios comerciales e, incluso, políticos respecto de determinadas zonas siendo la citada prototípica al respecto.

B) *El concepto de mercader y los cauces contractuales de su actividad mercantil*

Por la Ley V, VII, I, de Partidas, mercaderes serían propiamente «todos aquellos que venden o compran las cosas de otri, con entención de las vender a otri, por ganar en ellas», no obstante, la doctrina llevó a cabo una diferenciación conceptual al respecto y distinguió entre mercaderes y negociantes, concepto éste, como señala Martínez Gijón en *La compañía mercantil en Castilla*, mucho más amplio y que englobaría no sólo al mercader sino, igualmente y en el sentir de Juan de Hevia Bolaños —en su *Curia Philípica*— al revendedor o recatón, al factor —que, no obstante, podría gozar del estatuto de mercader siendo parte de la compañía o comisionista de aquél en cuyo beneficio actúa—, pero no al artífice, en tanto que éste ofrece a la venta un objeto que es fruto de las transformaciones por él realizadas en una cosa anteriormente adquirida; Solórzano Pereira reservará el concepto de mercader para designar a quienes cargan y venden por grueso y trafican

para esto de unos reinos a otros por mar o por tierra», situación que no se correspondería con la de aquellos que «estándose en sus casas y tiendas, sin exponerse a navegaciones y otros peligros, las compran y venden por menudo y varean... por sus personas». Existiendo diversidad de matizaciones al respecto puede decirse que en la configuración del mercader confluyen estas notas: dedicación a la compraventa de mercancías al por mayor con ánimo de lucro y continuidad en la actividad, a la que según Hevia Bolaños, deberá dedicar la mayor parte de su hacienda.

Analizando las relaciones mercantiles de España con el nuevo mundo Martínez Gijón —en *La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el siglo XVI*— señala que el comercio se realizó bien personalmente, bien por intermediario, inclinándose por la escasa importancia económica que tendría el primero de los supuestos dado lo que suponía en empleo de tiempo y en riesgos a afrontar, la primacía al comercio por intermediario señalando como figuras contractuales básicas la encomienda y el factoraje, a su vez aquélla conecta con los conceptos de consignación y comisión.

Por encomendación, o comenda mercantil para diferenciarla de la comenda depósito, aparte de otros posibles contenidos conceptuales, se puede entender, como escribe Martínez Gijón en *La comenda en el Derecho Español*, el negocio de confiaza utilizado en el tráfico mercantil, por vía marítima generalmente, para el logro de un lucro o, con otras palabras, «contrato por el cual una persona entrega a otra un capital, que puede consistir en mercancías o dinero, para que con él negocie en el tráfico mercantil, dividiéndose luego los beneficios en la proporción establecida por la ley o convenida por las partes», aunque también puede tener como finalidad el cobro de unas deudas, razón por la que puede considerarse su carácter temporal fuera cual fuere su fin.

Consignación y comisión se relacionan con la encomienda, en tanto que normalmente la mercancía objeto de la encomienda se consigna a la misma persona que en Indias la ofertará en venta —en caso contrario se estará ante la actuación de un tercer intermediario cuya función sería la de hacer llegar la mercancía a la persona que tendría a su cargo la enajenación— y en tanto que comisión coincidiría con la encomienda. Existiendo, obviamente, libertad en cuanto a su aceptación o rechazo esto, no obstante, se vería alterado con motivo de las

conocidas como cuentas aparte, por este cauce, entre miembros de una compañía o sociedad mercantil, se establece una relación específica de encomienda pero cediendo ante la primacía del contrato de compañía con lo que el socio o compañero comendatarito, radicado en las Indias, tiene que aceptar cualquier comenda en tanto que exista la sociedad y como consecuencia de que, gracias a ella, va a percibir unos beneficios independientes, o superiores incluso, a la participación que pudiera corresponderle en las ganancias de la compañía.

Si por un lado factoraje puede entenderse —dice Martínez Gijón— como retribución de la persona que ha vendido por cuenta de otro mercancías en las Indias, concepto por el que se equipara a la encomienda, también se considera factor al que actúa por otro para la realización de unos negocios, siguiendo unas instrucciones y teniendo derecho a una retribución económica, pero con la diferencia respecto de la encomienda de que se trata de una «relación estable, con un tiempo de duración previamente establecido por las partes» y que puede coincidir con la condición de compañero o socio de quien se configura como factor, pero sin que lleguen a confundirse desde el momento en que en caso de incumplimiento el factor será castigado más severamente que el socio.

No deja de ser interesante la conexión que se establece entre factor y amo en la provisión que crea el Consulado de Comercio de Sevilla. Que el factor cumpla con sus obligaciones, que no arriesguen en el juego las haciendas que se le hubieran confiado o que se vigile por los oficiales de la Casa de la Contratación respecto de la rendición de cuentas fueron motivos para que se promulgaran diferentes normas, así en 28 de noviembre de 1514 o 6 de diciembre de 1538, luego en la Recopilación de los títulos II del libro VII y IV y VI de los libros VIII y IX respectivamente.

Dejando para luego la necesaria referencia a las sociedades mercantiles concluiremos señalando cómo, en Indias, la actividad comercial seguiría los cauces conocidos en el campo de los contratos y dado el trasplante institucional castellano, tanto jurídico como social, también, desde un principio, se conocerá la figura del corredor o intermediario que ofrecería sus buenos oficios para llegar a concertar a las partes dispuestas a contratar, no siendo su intervención necesaria a tenor de una Real Cédula de 23 de marzo de 1567 cuyo sentir es recogido en la Ley IX, XLVI, LXXIII de la recopilación indiana.

2. Las sociedades mercantiles

A) *Compañías y sociedades por acciones*

En el marco de las compañías o sociedades mercantiles es necesario diferenciar entre la derivada del Derecho de Partidas y que a raíz del comercio atlántico se desarrolla durante los siglos xvi y xvii y entre la compañía por acciones, conocida en la práctica europea ya desde ese último siglo pero que en España sólo entrará en la vida comercial entrado ya el siglo xviii constituyéndose en antecedente directo de las sociedades anónimas de la codificación.

La compañía de los siglos xvi y xvii se va a caracterizar porque en su formación confluyen los libros voluntades de dos o más individuos decididos a lograr unas ganacias mediante una actividad lícita y para cuya consecución deciden aportar bien un capital, bien una actividad o trabajo configurándose un régimen de propiedad en común respecto de los bienes que, bajo una consideración particular o universal, se aportan para integrar su fondo económico.

Tenemos, pues, que son compañeros quienes, decididos a la fundación de la compañía, lo llevan a cabo, expresa o tácitamente y de acuerdo con su voluntad o con los criterios consuetudinarios de la región queda fijada la división tanto de pérdidas como de ganancias, lo que en defecto de ambos determinaría que se siguiera una partición igualitaria.

Hecha la compañía, su existencia podrá quedar limitada o bien en la vida de los compañeros o bien al transcruso de cierto tiempo sin que pueda pasar a sus herederos; tan sólo se permitiría siendo hecha sobre arrendamientos de cosas del rey o de los concejos, si bien los socios, testamentariamente, podrían decidir que sus herederos se mantuvieran en ella por cierto tiempo; y, durante su existencia, la base económica estará integrada por todos los bienes, presentes y futuros de cada uno de los que aportan capital, en el caso de tratarse de una compañía universal, pero sólo de los que expresamente son adscritos a ese fin, en cuanto al supuesto de la compañía particular; su mera constitución impone que el dominio de un bien pase al compañero que lo proporciona a sus otros socios.

La buena fe aparece como elemento sustentador de las relaciones de cada compañero tanto con cada socio como con el conjunto de la compañía y a efectos: de exigencia del interés que se debe tener para

lograr un mayor beneficio social, de suponer el compromiso por parte de cada integrante de aceptar la parte que le pudiera corresponder como efecto de las deudas o gastos contraídos en utilidad de la compañía así como por los ocasionados por un comisionado que actúa en servicio de los compañeros, de considerar que nadie mediante engaño debe ser llevado a la constitución de compañía.

La compañía se extinguiría porque renunciara uno de los compañeros, lo que le supondría tener que resarcir por el perjuicio que pudiera ocasionar, a no ser que desde un primer momento se hubiera dado el acuerdo de aceptarse una posible renunciación, por muerte civil o natural de alguno de los socios salvo pacto en contrario, por la cesión de bienes, por destrucción de la cosa objeto del contrato, por el difícil carácter de un compañero, o porque entra al servicio del rey o de la república o por no guardar los pactos acordados, por el cumplimiento de sus fines, por haber transcurrido el tiempo por el que se fundó y porque expresa o tácitamente los compañeros llegaran a esa disolución:

Un régimen de administración de los bienes de la compañía posibilitaba que la administración, según la naturaleza de los bienes, pudiera confiarse a uno de los socios o que, por el contrario, fuera compartida, supuestos ambos en los que impondría la obligación de una rendición de cuentas, única en el primer supuesto, individualizada, en la segunda de esas dos posibles modalidades, siendo responsable cada compañero de aquello que se le hubiera encargado.

Incidentalmente debe señalarse que, al margen de la sociedad o compañía mercantil, el derecho y la vida social conocieron otras manifestaciones de compañía al amparo de un proemio de partidas –V, X–: «compañía fazen los mercaderes, e los otros omes entre sí, para poder ganar algo», así surgieron compañías como las mineras, industriales o rurales, sus posibles manifestaciones podrían ser tan variadas como los diversos fines para los que los individuos pudieran asociarse con la finalidad de obtener algún beneficio.

La sociedad por acciones es, desde luego, un ejemplo de los aires innovadores que el siglo XVIII introdujo en España; desde la centuria anterior el comercio europeo sabía de los beneficios de su existencia para el desarrollo del comercio y de la riqueza, pero a excepción de algún frustrado intento su presencia no se consagraría en España hasta bien entrado el siglo de la ilustración. Por su caracterización, la sociedad por acciones, como significa Martínez Gijón en *Las sociedades por*

acciones en el Derecho Español del siglo XVIII, podía presentarse bien como particular, bien como privilegiada; en ambos supuestos existe un capital dividido en acciones y cuya adquisición confiere la cualidad de socio; la diferencia entre una y otra se materializa en que la privilegiada estará afecta, desde un principio, al cumplimiento de fines públicos o estatales para cuya prosecución se necesita de un adecuado caudal, obteniendo por la vía del monoplio el establecimiento de una ruta comercial, de una determinada actividad comercial de especial importancia o la colonización de un territorio. Erigidas por real cédula las compañías privilegiadas la norma en cuestión dedica algunos de sus artículos al capital social y al gobierno de la compañía. Siempre el rey aparece como primer adquiriente de un lote de acciones, acciones que reciben una valoración económica y cuya titularidad da derecho a participar en los beneficios que se obtengan siempre en proporción al número de acciones que se posea. En unos casos, como por ejemplo, en la Real Compañía de Comercio de Filipinas de 1733 las acciones podrán ser objeto tanto de venta como de cesión, en otros, por ejemplo en la Guipuzcoana de Caracas de 1728 o en la de La Habana de 1740, se acepta la facultad del socio para vender o enajenar, siempre, antes de que se pueda proceder al acto de transmisión de la propiedad el capital social tendrá que estar adquirido en su totalidad. Por otra parte, el número de acciones adquiridas posibilita que en la de Caracas o en la de La Habana se participe o no en las juntas convocadas para tratar de asuntos de interés social, lo que no se expresa en la de Filipinas, ya que en ésta el disponer de un indeterminado número de acciones facilitará que se le tenga en cuenta por la junta de gobierno para dirimir una situación de empate; desconociéndose en esta última compañía, la junta general dedica su atención a la junta restringida de directores, designados en un primer momento por el rey pero ya luego sujeto el trámite a los mecanismos previstos por la misma real cédula; idéntico órgano pero ampliado se recoge también en las otras cédulas que crean compañías privilegiadas.

En definitiva las sociedades por acciones, como señala Martínez Gijón, tienden a reflejar una concepción capitalista y no personalista desde el momento en que, contra el carácter de las compañías tradicionalmente conocidas, va adquiriendo relevancia la compra de una acción en perjuicio de la relación de confianza que de por sí daba fundamento a la sociedad o compañía desarrollada en los siglos anteriores.

IV

DERECHO MARÍTIMO

1. La nave

El inicio de las expediciones de descubrimiento abrió para los europeos en general y para los hispanos en particular un nuevo escenario donde proseguir la tradición marítimo-mercantil que, durante los siglos medievales, se había conocido en el área mediterránea y entre las regiones euro-atlánticas.

Siendo la nave el medio para llevar a cabo el comercio marítimo, su naturaleza será la de bien mueble, apto para ser objeto de propiedad particular y con posibilidad de estar sujeto a una relación de condominio; puede enajenarse, pero para que se transfiera el dominio será necesario que se proceda a una efectiva tradición o materialización de la relación posesoria, salvo que se encuentre en el puerto del comprador; tratándose de un bien mueble no puede quedar sujeta a censo, así como tampoco habría lugar para el ejercicio de derecho de retracto o de tanteo por razón de abolengo, pero sí por parte del comunero.

Durante la travesía la nave queda bajo control del maestre, que puede ser su dueño pero también un extraño, libre o siervo, e incluso un menor de edad, y que, sea quien sea, debe pasar un examen a no ser que fuera piloto; pudiendo ser obligado a llevar en la nave tanto mercancías como pasaje, el maestre deberá afianzar la carga haciéndose responsable de su entrega y, por otra parte, queda facultado para detener al autor de un delito y sancionar con pena corporal, azotes, a sus marineros y servidores; la especial relación de confianza establecida entre dueño y maestre lleva a una comunicación de obligaciones en cuanto a lo actuado por éste, en tanto que parte contratante, para la

refacción de la nave así como por toda relación contractual o mero hecho, aun delictivo, llevado a cabo por el maestre en la misma nave, y lo mismo en relación con los delitos cometidos por los marineros pero no por sus contratos ya que, en este supuesto, no se está ante una relación de confianza con el dueño, sino contractual de alquiler entre los marineros y el maestre.

Dedicada la nave, total o parcialmente, al transporte de mercancías, éste se realiza previo contrato de fletamento o alquiler de la misma; por él, las partes, dueño o maestre por un lado, cargador, mercader e incluso consulado en su lugar, se conciertan para llevar las cosas de un lugar a otro pagando por ello un precio. Ahora bien, el transporte de cualquier tipo de mercadería es controlado en la aduana mediante el registro o manifestación que se hace, tanto de la nave y puerto de destino como de las mercancías que embarca, lo que se completaba con la visita a la nave para examinar tanto las condiciones de navegabilidad y seguridad como la licitud y conveniencia de la carga como aspectos fundamentales que deberían tenerse presentes. El comiso o pérdida de la mercancía cuyo embarque estuviera prohibido o sobre la que se hubiera ocultado su verdadero destino era la sanción contemplada en derecho para este tipo de conductas. Por último, en la aduana se procedía el pago del almojarifazgo, o porcentaje para la hacienda sobre el valor de la cosa.

2. Seguro, avería y letra de cambio

El desarrollo del comercio, tanto terrestre como marítimo, fue determinante para que en la práctica mercantil surgiera un contrato, el de seguro; por él, ambas partes contratantes, asegurador y asegurado, procedían a la fijación de las condiciones bajo las cuales aquél aseguraba a éste sus mercancías tomando a su cargo los posibles riesgos y peligros derivados del transporte y comprometiéndose, llegado el caso, a resarcir al asegurado por las pérdidas tenidas durante el viaje pero siempre con sujeción al valor de la mercancía que en su momento se hubiera estimado; obligación del asegurado sería la de entregar al asegurador, cuando se formalizaba el contrato, la cantidad estipulada por la asunción del riesgo; teniéndose a la nave como bien independiente de las mercancías que transportara, el contrato de seguro que la afec-

tara no incluía las cosas entregadas por los cargadores o mercaderes al maestre, por lo mismo el seguro de la mercadería para nada afectaba a la nave; quedaba obligado el asegurador por caso de los tenidos como fortuitos y acostumbrados pero no por aquéllos que pudieran considerarse como insólitos por su rareza; lógicamente se diferenciaba la obligación del asegurador de lo que propiamente era responsabilidad del maestre de la nave, en tanto que por su parte se hubiera dado una conducta culposa en el ejercicio de sus funciones.

La necesidad de asegurar el tráfico marítimo hizo conveniente la introducción de una contribución especial, la avería, con la finalidad de que las partes interesadas colaboraran en la financiación de los costos derivados del mantenimiento de las armadas que protegían el comercio marítimo en el conocido sistema de flotas. Sobre su naturaleza se han dado diferentes opiniones, desde la mantenida por Céspedes del Castillo, en *La avería en el comercio de Indias,* con el criterio de tenerla como una modalidad del seguro a la sostenida por José M. Pérez-Prendes, la monarquía indiana y el estado de derecho, en el sentido, exacto, de contribución como hemos escrito. Solórzano Pereira, Hevia Bolaños y el mismo texto de la recopilación indiana así como el Derecho de Partidas lo avalan; Solórzano señalándola como derecho o contribución –VI, IX, XI–, Hevia porque hace coincidir, sin duda en cuanto al fin, a la avería con los derechos reales, y hay que pensar en el almojarifazgo, cuando los recursos de la hacienda, obtenidos por otros medios, no fueran suficientes para la defensa del mar, la Recopilación de 1680 porque como contribución es definitiva y, volviendo a Solórzano, toda contribución entra en el concepto de gabela o exacción pública, las partidas porque entre las Leyes II, XX, VIII y glosa de Gregorio López y III, XVIII, XVII se aprecia la posibilidad de que el monarca imponga efectivamente un tributo para hacer frente a la protección del reino y a la defensa de la mar. Es por todo ello una contribución especial que supone facilitar mediante su recaudación tanto la defensa del mar como la protección del tráfico marítimo.

El comercio marítimo iba a provocar por otra parte que entre España e Indias alcanzara cierto desarrollo la práctica del cambio por letras, lo que sería determinante para agilizar el tráfico mercantil. Siendo el cambio en sus inicios un contrato de permuta de moneda la aparición de la letra o carta de cambio significó un logro de especial incidencia para el futuro de la negociación.

BIBLIOGRAFÍA

Por lo que respecta a la tierra el contrato y Derecho de Censo fue un factor institucional de especial importancia pero que no ha sido objeto del estudio que indudablemente merecee, pudiendose citar algún estudio muy concreto como es el debido a Carlos Luque Colombres «Los ejidos de Córdoba y la enfiteusis», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n.° 9, Buenos Aires, 1958. Como en relación con otros temas Abelardo Levaggi también se refiere al censo en su *Manual de Historia del Derecho Argentino*, t. II, Buenos Aires, 1987. Algunos de los datos aportados al análisis que se hace en este capítulo, como también en otros, son fruto de la consulta de literatura histórico-jurídica y de fondos documentales.

Para una exposición general sobre el régimen jurídico de la minería debe consultarse a Eduardo Martiré por su «Panorama de la legislación minera argentina en el período hispánico», en *Lecciones de Historia Jurídica, del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1968.

Una exposición de conjunto sobre la actividad comercial puede encontrarse en Guillermo Céspedes del Castillo en su *América Hispánica (1492-1898)*, Barcelona, 1983, 526 pp. Sobre la actividad mercantil desde una óptica jurídica, debe consultarse a José Martínez Gijón en sus estudios «La comenda en el Derecho Español», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.° 34 (I. La comenda de depósito, pp. 31-140) y n.° 36 (II. La comenda mercantil, pp. 379-456) en una perspectiva que arrancando de la Edad Media penetra en los siglos modernos, y más concretamente relacionado con el mundo indiano. «La práctica del comercio por intermediario en el tráfico con las Indias durante el siglo XVI», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.° XL, Madrid, 1976. Sobre las sociedades mercantiles se encuentran los trabajos de José Martínez Gijón «Las sociedades por acciones en el derecho español del siglo XVIII», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n.° 19, Buenos Aires, 1968,

pp. 64-90 y José María Mariluz Urquijo en «Bilbao y Buenos Aires. Proyectos dieciochescos de compañías de comercio», en *Colección IV Centenario de Buenos Aires*, Buenos Aires 1981, 157 pp. Tanto sobre estos últimos aspectos como sobre lo relativo al Derecho Marítimo se ha utilizado la obra de Juan de Hevia Bolaños *Curia Philípica*, ed. de Madrid, 1797 y reeditada en 1989. Por otra parte, y respecto de la avería, es de obligada consulta Guillermo Céspedes del Castillo «La avería en el comercio de Indias», en *Anuario de Estudios Americanos*, t. II, tiro de separata aparte, 187 pp.

CARLOS DÍAZ REMENTERÍA

DERECHO PENAL Y PROCESAL

I

EL DERECHO PENAL

Sin significarse esta parcela del Derecho Indiano respecto a su homónima en el ordenamiento jurídico castellano, su caracterización se corresponde con la propia de los principios informativos de lo penal en la península; reflejo el derecho penal de la estructura social y política contemporánea —según Francisco Tomás y Valiente en *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*—, su contenido se presenta como prueba del progresivo fortalecimiento del poder, nota distintiva de una etapa histórica en la que ya se encuentra asentado el carácter público de la sanción, o penalización de las conductas que provocan o pueden provocar, una determinada alteración en aquella configuración político-social; y es que, por un lado, continuando un proceso evolutivo medieval el príncipe tiene suficiente fuerza como para a través de la ley exigir una conducta sujeta al orden imperante en la república o comunidad política, en tanto que, por otra parte, esa misma actividad regia irá tomando bajo su control un más amplio haz de acciones de cuya realización se derivarían, o podrían derivarse, ciertas consecuencias ateradoras del buen gobierno.

Ese carácter público del Derecho Penal, y que suponía la marginación de la venganza privada como instrumento de origen altomedieval encaminado a resarcirse de la ofensa recibida, tuvo una de sus manifestaciones más permanentes en el tiempo en la categoría de los conocidos como Casos de Corte; derivada de la primitiva clasificación llevada a cabo por las Cortes de Zamora de 1247 entre casos de corte o pleitos del rey, por un lado, y casos o pleitos foreros por otro, su misma consideración suponía quedar sujetos en cuanto a su enjuiciamiento al derecho del rey o de los tribunales del rey, lo que como es

do suponía desde 1348 la aplicación del Fuero Real alfonsino de los delitos de especial gravedad, delitos que, en consecuencia con aquel fortalecimiento del poder, irían siendo más numerosos. Anulada progresivamente la autonomía de las entidades locales, sus normas propias, localistas, fueron perdiendo valor, lo que no supuso, pese a todo, la imposición de una uniforme aplicación de las normas penales dadas por el rey; la práctica del lugar, en una época, tanto bajomedieval como moderna, en la que nunca quedará claramente definido el auténtico valor de la costumbre, y la aceptación del arbitrio judicial en tanto que posibilidad casuísticamente entendida para la aplicación de unas penas, coadyuvaron a que no fuera del todo posible aquella homogeneidad.

Caracterizado el Derecho Penal como público una segunda nota que ayuda a configurarlo es la de que, no elaborándose conceptos abstractos sobre los distintos delitos, la norma penal, como indica Tomás y Valiente, es descriptiva, lo que representando la carencia de una filosofía impulsora de la tipificación de los delitos, como se concibe actualmente, determina que el ordenamiento de la época proceda bien al criterio de enumerar en una norma los distintos supuestos a través de los cuales se muestra la ruptura del orden social, bien al dictado de unas normas que, contemplando cada una de ellas una concreta manifestación de un determinado delito, facilitan su conocimiento.

Un tercer dato a tener en cuenta es el proveniente de que en el derecho de los siglos modernos las normas penales podrían ser tenidas bien como de naturaleza mixta o bien como normas o leyes meramente penales, en el primero de los supuestos la norma infringida supone la alteración del orden no sólo jurídico propiamente, sino también moral, y ello porque la ley obligaría en razón de una doble vía: por la de la conciencia y por la de la misma autoridad de la norma en tanto que sancionada por el príncipe, motivo por el que nos encontramos con que el acto contrario a la ley, a la norma, se tendría como delito y pecado a un tiempo, si bien dominando éste sobre aquél en los casos de que lo moral prevaleciera sobre lo delictivo. En consecuencia, serían normas meramente penales aquellas que hubieran sido elaboradas atendiendo exclusivamente a la función del buen gobierno con lo que su infracción podría tenerse como delito estrictamente entendido.

Diferenció el ordenamiento jurídico entre los delitos verdaderamente tales y los cuasi delitos, en los primeros el daño o deshonra que

se provoca debería derivarse de la existencia de ánimo o voluntad de ocasionarlo, tratándose, por el contrario, de una simple omisión, aun culpable, se estaría ante la figura del cuasi delito; por todo ello, en Castilla como en las Indias y siguiendo la Legislación de Partidas sólo podría ser habido por delincuente quien tuviera una edad superior a los diez años y medio y que, desde luego, no fuera loco, furioso o desmemoriado, calidades que limitaban la capacidad volitiva del individuo.

En el Derecho Castellano y partiendo de la definición que sobre delito da el proemio de la Partida VII:

> todo mal fecho que se face a placer de una parte, e a daño, e a deshonra de la otra. Ca estos fechos a tales son contra los mandamientos de Dios, e contra buenas costumbres, e contra los establescimientos de las leyes, e de los fueros, e derechos,

se propició la diferenciación entre delitos públicos y delitos privados, distinguiéndose primeramente entre sí en razón de la persona que sufría el daño, la caracterización principal de unos u otros dependía de que la autoridad judicial pudiera actuar de oficio o de que necesariamente precisara de la acusación para iniciar el procedimiento que llevaría a la sanción de inculpado, caso de probarse ser el autor.

Delitos públicos fueron cosiderados los que de alguna manera suponían haber delinquido contra el príncipe, lo que debe explicarse a la vista de que tanto se iba a sancionar la traición al rey o delito de lesa majestad humana como el de lesa majestad divina, y de que no sólo se ofendía la majestad del príncipe sino que también la traición podía suponer una actividad delictiva respecto de la república. El contrabando, la defraudación a la Real Hacienda serían supuestos clásicos de traición.

Y como públicos fueron enjuiciados los de falsedad, los de escándalo por motivaciones religiosas, morales en un amplio sentido, los cometidos haciendo uso de fuerza o violencia, fuerza o violencia que podía estar reflejada no ya en el empleo de una fuerza física o instrumental sino también por prevalerse de la posición en que se encontraron ya fuera en lo social o en el desempeño de una función administrativa o, incluso, por actuar usurpando el ejercicio de atribuciones que no correspondían, trantándose de supuestos en los que se

utilizaba la fuerza, casos como los de homicidio, desafíos e incluso injurias con derramamiento de sangre, quedaban como públicos; desde otro punto de vista, fuerza o violencia moral, el adulterio se tiene por delito público, marco de figuras delictivas en que se incluyen igualmente el robo y el hurto, considerado éste en la Ley VII, XIV, I de Partidas como «malfetría —o delito— que facen los omes que toman alguna cosa mueble ajena encubiertamente, sin placer de su señor, con atención de ganar el señorío, o la posesión, o el uso de ellas», el ejercicio de violencia sería el factor por el que de un simple hurto se pasaría a la comisión de un robo.

Como delitos privados el derecho tomará en cuenta tanto al daño como a la injuria, caracterizado el primero por consistir en un «empeoramiento, o menoscabo, o destruimiento, que ome recibe en sí mismo, o en sus cosas, por culpa de otro» —Ley VII, XV, I del Código alfonsino— como injuria debía tenerse «la deshonra que es fecha, o dicha a otro, a tuerto y despreciamiento de él».

Consecuencia de la comisión de delito era, lógicamente, la imposición de una pena o «enmienda de pecho, o escarmiento, que es dado según la ley a algunos por los yerros que ficieron» —Ley VII, XXXI, I de Partidas— y que podía presentar una doble modalidad: o corporal o pecuniaria —según que afecte a la persona física del reo, o que recaiga sobre sus bienes; en su conjunto se trata de penas a las que se aplica el adjetivo de ordinarias siempre que se encuentren determinadas por las leyes, en otro caso se habla de penas arbitrarias en tanto que dejadas al arbitrio de quien juzga, si bien siempre que aplicara alguno de los tipos de pena previstos en las leyes: horca, garrote, mutilación, minas, galeras, destierro, cárcel, obras públicas, infamia, azotes y vergüenza en el texto de Partidas VII, XXXI, IV y que tuviera presente que la pena debería guardar proporción con las circunstancias del delito. Dentro de las penas pecuniarias hubo las conocidas como de cámara y que no eran sino pecuniarias aplicadas a la Real Hacienda. El perdón del príncipe provocaba, por último, la remisión de la pena.

Al igual que en el derecho actual también el ordenamiento histórico castellano contemplaba la posibilidad de que se considerara bien la inimputabilidad de quienes estuvieran eximidos de responsabilidad penal por su condición de menores, por haber actuado en legítima defensa o por haber dado muerte la parte ofendida a los causantes de adulterio, entre otras circunstancias, bien la modificación de la respon-

sabilidad en atención a la persona del reo —su status o condición—, a la de la parte perjudicada o ofendida, a la presencia de condicionantes tales como la nocturnidad o la comisión del delito en lugar sagrado, en donde se esté administrando justicia o en la morada de un amigo y, finalmente, la forma de llevar a cabo el delito, ya fuera en relación con la utilización de un instrumento, ya se concretara en otro acto violento e incluso en su comisión teniendo como condicionante la embriaguez.

Remitiéndose el Derecho Indiano al Castellano para todos aquellos casos en que no hubiera norma estrictamente indiana aplicable puede afirmarse su amplia vigencia sin que con ella se niege la existencia de ciertas peculiaridades.

Si el ordenamiento penal de la monarquía se dirige en esta época a la protección o amparo de la estructura socio-política y si para ello las normas enumeran o mencionan casuísticamente las actividades o conductas sancionables, los preceptos que de carácter penal se sancionan en el marco del derecho indiano o los planteamientos que aisladamente se hace la literatura jurídica indiana van dirigidos a imponer el cumplimiento de las directrices políticas ya expuestas en otros diversos lugares. Preceptos atribuyendo a los virreyes capacidad de perdonar delitos e imponiéndoles la obligación de que procedieran al castigo de los cometidos con anterioridad a su entrada en el gobierno, o normas cuya finalidad sería la de poner al alcance de la justicia los medios que precisara para la persecución del delincuente apuntan la importancia que se da a la represión del delito. Pero junto a esta normativa se adoptan medidas cuya finalidad puede ser:

— Asegurar el cumplimiento de la política de protección al indio y en consecuencia se declara el endurecimiento de las penas con que pudiera sancionarse la comisión de un delito en sus personas; delito tenido por público.

— Facilitar el proceso de civilización y cristianización y por ello se moderará en su intensidad la penalización que mereciera su conducta delictiva al tiempo que se persigue la práctica de la idolatría o de la hechicería, aspectos respecto de los cuales parece dejarse cierta libertad para aplicar la pena que se estimara conveniente. En línea con la práctica de unas buenas costumbres, y en este caso no tan sólo aplicable a la población indígena, se sancionan amancebamientos y borracheras con penas también dejadas al buen criterio del juez pero con exclusión

de la condena a servicios —Real Cédula de 21 de junio de 1567 para la Real Audiencia de México— y siempre que por su práctica reiterada se encontraran en la cárcel.

— Evitar que la desocupación y la mendicidad llegaran a ser notas características de la sociedad indiana, para frenarla se optó por condenar con destierro a todo aquel que no se insertara en la comunidad ejerciendo un oficio, prestando un trabajo. No obstante, todavía en los momentos de la expansión castellana podía ser obligado a participar en empresa de descubrimiento o de una nueva población.

— Perseguir la práctica del juego, lo que daría lugar al incremento de las penas pecuniarias en el Perú por Real Cédula de 12 de mayo de 1551 o a que en Nueva España el 24 de agosto de 1529 se permita hasta una cierta cantidad, a partir de la cual la Audiencia estaría facultada para actuar sobre el jugador y sus bienes. El juego iba a ser precisamente una práctica de fuerte incidencia en el mundo indígena según se desprende de una Cédula de 16 de noviembre de 1595 y la discrecionalidad que quedó en manos de jueces eclesiásticos dio lugar a situaciones abusivas como la de proceder a su prisión y así mantenerlos hasta que pagaran sus condenaciones, llegándose incluso a su entrega a los particulares que se hubieran hecho cargo del abono. Prohibida la condena a servicios personales desde 1609, en 1618, y retomando criterios normativos anteriores, se permitiría que sí pudieran serlo para el servicio de conventos y repúblicas pero no para el de particulares, lo que en su momento pasaría al texto recopilado.

— Suprimir el amancebamiento como práctica tan introducida entre la población de origen peninsular fue también un objetivo perseguido por el derecho, tanto por sujeción a la disciplina canónica matrimonial como por ejemplo que se suponía debería darse en las costumbres a la población indígena; introducida la práctica de sancionarlo económicamente se resolvió ya por Real Provisión de 14 de septiembre de 1519 que se doblara su cuantía respecto de lo que se llevaba en Castilla «así por quitar atrevimientos de pecar como por otras causas que convino», medida que se aplicaría a toda actividad delictiva que en Castilla estuviera sancionada pecuniariamente.

— Imponer el cumplimiento de las obligaciones anejas al goce de encomienda determinaba que se sancionara con su pérdida a quien maltratara injustamente con derramamiento de sangre a los indios integrados en la misma; y por la necesidad de asegurar los fines de la

institución la ausencia de su titular sin licencia o una vez transcurrido el tiempo de licencia daría lugar a la privación *ipso iure* de la misma previa citación y, en su caso, posterior formación de proceso.

— Mantener a los oficiales reales —ampliamente entendidos— al margen de las relaciones sociales en el entorno ciudadano en que desempeñaban su función fue, como es sabido, uno de los principios más insistentemente mantenidos por la administración indiana. Especial interés se mantuvo en sancionar a quienes trataran y contrataran: privación de oficio y sanciones económicas exigibles sobre sus bienes e incluso a sus herederos aun en el caso de que en vida no se le hubiera puesto demanda o comenzado la pesquisa, visita o residencia desde el momento en que se tenían como penas impuestas *ipso iure*; la pena de muerte, incluso, estaba prevista para los oficiales de la hacienda en las ordenanzas para su régimen de gobierno de 1572. Y en tanto que el matrimonio tenía una faceta contractual y habiéndolo contraído sin licencia se estaría sujeto a la privación de oficio y a la devolución del salario que se hubiera percibido a raíz de su celebración.

— Mantener la operatividad de las armadas, para lo que se penaría con azotes y destierro, en algún caso a galeras, a los soldados que abandonaran sus naves y, en parte, estas medidas se extendían a los clérigos de misa en tanto que se les sancionaba con el destierro, lo que en general tenía vigencia para los soldados enfermos.

— Exigir el cumplimiento de las normas reguladoras del tráfico naval con Indias llevó a imponer la confiscación de los bienes embarcados sin previo registro y la condenación a penas pecuniarias en una determinada cuantía y destierro para los españoles y extranjeros que sin licencia pasaran a alguno de los puertos indianos. En algún supuesto incluso se contempló la pena de galeras para el extranjero, así como una sanción económica tanto para caballeros e hidalgos como para gentes del estado llano o pecheros, arbitrándose la posibilidad de la confiscación de la mitad de los bienes más destierro por diez años para el noble y de azotes para el plebeyo —Ordenanzas de la Casa de la Contratación de 1552—.

La riqueza minera, su importancia y la conveniencia de mantener su explotación en conjunción quizás con la crítica al servicio mitayo, determinó la adopción de medidas como las de condenar al trabajo en los yacimientos a los negros y mulatos libres por la comisión de delitos. Y la necesidad de lograr o mantener unos niveles de seguridad para

las poblaciones caribeñas y de Tierra Firme de los ataques piráticos posibilitó que en Indias se conociera, si bien dentro de esos límites espaciales, el servicio penado de galeras al que iban no sólo los expresamente condenados a la zona sino incluso los meramente desterrados en principio a España así como los también condenados para ese servicio y defensa de las costas peninsulares.

Por la importancia que en determinadas ocasiones llegó a tener debe citarse el delito lesa majestad o de traición al rey —y a la república—. Solórzano Pereira lo menciona como causante de infamia para los hijos y demás descendientes directos de los implicados bien como responsables principales bien como cómplices. Considerado como el más atroz de los delitos públicos su penalización por las leyes revistió una fuerte severidad: muerte y destierro perpétuo más infamia.

II

EL DERECHO PROCESAL

Tanto en su variante civil como en la criminal o penal, el estudio del proceso en Indias no presenta diferencias básicas respecto del castellano, informado a su vez por la impronta romano-canónica. Como elementos fundamentales del proceso enumera Abelardo Levaggi los siguientes: la escritura —que en su momento supuso introducir un obstáculo a los excesos del libre arbitrio al tiempo que facilitaba la posibilidad de apelar al papa—, la mediatividad en tanto que el juez delegaba el examen de testigos en funcionarios menores, la presentación de las partes del material del proceso, ejercicio por el juez de un poder de dirección del proceso que le permitiría interrogar a las partes en cualquier momento, la importancia concedida al arbitraje y a la conciliación y la división del proceso en fases cerradas. Caracterizándose el proceso civil por ser acusatorio y en consecuencia iniciado por las partes el juez podía actuar como lo considerara conveniente para la averiguación de la verdad si las pruebas aportadas por las partes no se consideraban suficientes, en tanto que el proceso criminal se manifestaba, precisamente, por la incidencia del Derecho Romano-Canónico como procedimiento inquisitivo, lo que, por otra parte, fortalecía el poder real al tener bajo su autoridad un entramado burocrático a través del cual asegurar el mantenimiento de un orden social y político; en el desarrollo de ese proceso penal el juez asumía la averiguación de los delitos —salvo los de interés privado—, detenía y juzgaba a quienes en principio aparecían como acusados, obtenía las pruebas y procedía en su caso a dictar sentencia condenatoria.

Tanto en uno como en otro supuesto quien juzgaba lo hacía en nombre del rey previa obtención del nombramiento que le atribuía el

derecho y el deber de conocer; se hacía así partícipe de la jurisdicción real, potestad suprema constituida por una doble modalidad de imperio: mero y mixto, por el primero se reconocía en el príncipe la facultad de decidir en las causas criminales, en las civiles por el segundo.

Designado el juez, su jurisdicción era tenida como ordinaria en razón de su oficio, pero, a su vez, podía delegar para actuaciones concretas en quienes serían conocidos como Jueces Comisionados. Por otra parte, la diversidad de justicias que en un momento dado podrían pretender conocer de una determinada litis llevó a distinguir entre jurisdicción privativa y jurisdicción acumulativa, por la primera quien la ejercía desplazaba a los demás en cuanto a su conocimiento por ser atribución aneja a su designación, en tanto que por la segunda dándose en principio la posibilidad de que varios jueces pudieran pretender la causa para su enjuiciamiento, conocía aquél ante quien se iniciaran las actuaciones con lo que se excluía a las restantes justicias al tiempo que se materializaba lo que potencialmente era hasta ese momento una competencia jurisdiccional indeterminada en cuanto a su concreción, ya que abstractamente no excluía en principio a una justicia en beneficio de otra.

En conexión con lo expuestos debe hacerse notar cómo la determinación de quién fuera el juez legítimo y competente para conocer de una causa estaría condicionado por su posible sujeción a fuero privilegiado. Hevia Bolaños escribió que fuero era el lugar del juicio, en donde se trataba del derecho y justicia de las partes que litigaban y pudiendo distinguirse básicamente entre fuero secular, eclesiástico y mixto en razón bien de la naturaleza de la causa bien porque su conocimiento perteneciera a ambas jurisdicciones, el derecho conoció situaciones de privilegio de exención de fuero, por éste el enjuiciamiento de la litis o causa correspondería al juez de fuero, si bien, siempre, en función de matizaciones relacionadas bien con la naturaleza de la cuestión planteada, bien con aspectos fijados en las leyes y que podían determinar, para ese supuesto tan sólo, la pérdida del privilegio: clérigos, caballeros de órdenes militares, soldados, estudiantes, mercaderes, familiares del santo oficio, religiosos, viudas, pobres y menores, empleados de la Real Hacienda en asuntos relativos al cumplimiento de su obligación, así como quienes estuvieran implicados en causas sobre rentas reales, y cirujanos, físicos y boticarios en causas civiles y criminales, por razón de sus oficios, eran exentos.

Si estas jurisdicciones especiales tenían sus propios tribunales la jurisdicción real ordinaria respecto de Indias estaba integrada por tribunales de carácter central —Consejo y Casa de Contratación— e indianos: las Audiencias, en las cuales los oidores a su vez podían ser designados jueces a título individual para determinados asuntos, gobernadores y sus tenientes, alcaldes de cabildo y jueces de indios completaban básicamente el organigrama para la administración de la justicia en Indias.

Iniciado el proceso mediante presentación de demanda se procedía al emplazamiento del reo a fin de que procediera a la contestación so pena de ser declarado en rebeldía, siendo éste el momento para que, en su caso, llevara a cabo la presentación de excepciones bien, según los casos, con la finalidad de paralizar, al menos momentáneamente, la acción del demandante, bien para extinguir de raíz el derecho de quien reclamaba. En el primer supuesto la excepción era dilatoria en tanto que en el segundo de los supuestos sería conocida como perentoria. De ambas tomaban carta de naturaleza las mixtas. Entre las primeras destacaban la de competencia de jurisdicción y la de recusación de juez; las segundas variaban en función de la naturaleza de la acción: real, por la que se pediría el dominio de la cosa, personal o reconocimiento de derecho derivado de contrato, o mixta, en tanto que participaba de una y otra, como sería el caso de una acción personal en conjunción con hipoteca; las excepciones mixtas podían presentarse como dilatorias antes de la contestación o como perentorias posteriormente, sería el caso de que se alegara la existencia de una transacción entre las partes.

Las pruebas aportadas a través de juramentos, testigos, escrituras públicas o privadas y confesión eran los cauces usuales para que el juez se formara la opinión que le permitiera dictar sentencia.

De la resolución cabía la interposición de recurso: alzada o apelación ante la instancia judicial superior a la que había conocido primeramente pero no siendo ésta una de las audiencias o el mismo consejo, pues en ese caso sólo cabría el de súplica desde el momento en que representaban al príncipe, y siempre que antes no se hubieran dado tres sentencias conformes sobre idéntico asunto, después del recurso de súplica cabía al interesado la posibilidad de revista ante el mismo tribunal, siempre que no se hubiera dado el supuesto de tres sentencias concordes; la segunda suplicación, en razón de la materia o la cuantía económica del objeto de litigio, ante el consejo concluía con el básico

esquema de recursos; junto a éste el de injusticia notoria –introducido a principios del siglo XVIII– para aquellos casos en los que no pudiera hacerse uso del de segunda suplicación y el de nulidad, que podía interponerse únicamente con alguno de los usuales que antes se han citado, completaban los medios puestos al alcance de los pleiteantes para recurrir del fallo judicial que consideraran negativo para su presumible derecho. Mención aparte merece el llamado recurso de fuerza a fin de que la autoridad eclesiástica se apartara del conocimiento de una causa tenida como propia de la jurisdicción secular.

Propio del proceso penal era su inicio bien por acusación particular bien por pesquisa derivada de denuncia o de oficio; prisión como medida cautelar a fin de evitar que el delincuente quede sin castigo, confesión del reo y, siendo necesario, aplicación del tormento como medio de prueba eran características propias del proceso criminal.

Como es sabido, el Derecho Indiano conoció de la visita y del juicio de residencia como cauces de carácter administrativo a través de los cuales se controlaba, y en su caso se sancionaba, la acción de gobierno y justicia de los oficiales y tribunales regios.

Característico del Derecho Indiano fue el tratamiento que merecieron los pleitos de indios: resolución breve y sumaria, intervención de protectores –los fiscales lo eran por razón del oficio– y competencia de los virreyes para conocer en primera instancia. En asuntos de menor cuantía eran sus alcaldes quienes hacían justicia ateniéndose a sus costumbres, debiendo proceder a la denuncia de los españoles que delinquieran en el repartimiento para que el corregidor, una vez enterado, procediera a su prendimiento y castigo. Podrían conocer de causas criminales entre indios siempre que la pena aplicable fuera tan sólo de azotes o de trasquilamiento.

Por lo demás –y como ya se ha indicado– el ordenamiento indiano recogió el esquema procesalista castellano, siendo de destacar cómo fue preciso hacer frente a la realidad social y política del Nuevo Mundo recordando o especificando lo que la tradición jurídica habían ido conformando en la península pero al mismo tiempo aclarando aspectos derivados de esa nueva realidad. Y así por Real Cédula de 10 de marzo de 1553 se delimitaban las competencias de los jueces seglares con ocasión de especificar lo propio del fuero privilegiado de que gozaban los familiares del santo oficio, según esto la justicia secular conocería:

> en el crimen laesae maiestatis humanae, y el crimen nefando contra natura, y el crimen de vantamiento, o conmoción de provincia o pueblo, y en quebrantamiento de cartas, y seguros de su majestad o nuestros, o rebelión e inobediencia a los mandamientos reales, o en caso de aleve, o forzamiento de mujer, o robo de ella y de robador público, y de quebrantamiento de casa o iglesia o monasterio, o de quema de campo, o de casa con dolo, y en otros delitos mayores que éstos. Iten en resistencia o desacato calificado contra nuestras justicias reales.

Refiriéndose al conocimiento de las causas, las Ordenanzas de Audiencia de 1563 establecían que los oidores juzgaran de las causas civiles y criminales que llegan a la Audiencia en apelación de resoluciones dadas por los gobernadores, alcaldes mayores y otras justicias y determinándolas en grados de vista y revista; las ordenanzas privaban a las Audiencias de poder conocer en primera instancia de causas que no fueran casos de corte o derivados de la comisión de delitos en el término de la ciudad y de sus alrededores en cinco leguas, lo que conduce a señalar la formación de los juzgados de provincia en el seno de las Audiencias y a cuyo frente estaba un oidor para resolver precisamente sobre estos asuntos, en el mismo término, pero en lo civil, juzgarían también los alcaldes ordinarios, representativos de una justicia capitular que en Indias tendría mayor incidencia que en Castilla a lo largo de la edad moderna.

El incumplimiento de lo ordenado en 1563 en cuanto a no cumplir con que por meros delitos dentro del término de la ciudad y de las cinco leguas los oidores pudieran conocer en primera instancia sino los alcaldes del crimen, ocasionó la sanción de diversas cédulas como la que al respecto se dio el 4 de julio de 1570 para la Real Audiencia de México. Y por lo que también miraba al conocimiento de las causas otra Disposición de 18 de mayo de 1572 recordaba el principio de la viabilidad de la jurisdicción acumulativa. Y en relación con lo mismo una Cédula de 19 de diciembre de 1578 establecía que existiendo duda acerca de la naturaleza de una causa concreta, civil o criminal, la Audiencia debería atenerse a la decisión que mayoritariamente se tomara por una terna integrada por el presidente del tribunal juntamente con el alcalde del crimen y el oidor más antiguos.

El deseo de reservar al consejo en la medida de lo posible para funciones de gobierno llevó a que por las Ordenanzas del consejo de

1571 quedara establecido que tan sólo conociera como máximo tribunal de las visitas que se tomaran a los virreyes, presidentes y oidores y oficiales de Audiencias y de Hacienda y a los gobernadores que hubieran sido designados por el rey, de los pleitos en segunda suplicación, de los pleitos y demandas sobre repartimientos o encomiendas de indios —de lo que no podrían conocer las Audiencias—, y de las causas criminales que le llegaran en grado de apelación de los jueces de la Casa de la Contratación así como de las civiles que pasaran de una determinada cuantía. No podía advocar para sí, arbitrariamente, el conocimiento de causas que entraran dentro de las competencias de los tribunales audienciales, se hacía excepción respecto de aquéllas que fueran consideradas como de especial gravedad. Principios que se mantuvieron vigentes a lo largo de todo el período histórico indiano.

BIBLIOGRAFÍA

Para un encuadre general del Derecho Penal Indiano es de obligada consulta el análisis de Francisco Tomás y Valiente, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, 477 pp. Y ya en relación expresamente con Indias la visión de conjunto que da Abelardo Levaggi en su *Historia del Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, 1978, que fue recogido en su *Manual de Historia del Derecho Argentino*, tomo II, Buenos Aires, 1987. Igualmente Alamiro de Ávila Martel, *Esquema del Derecho Penal indiano*, Santiago de Chile, 1941. Y sobre delitos y penas concretos contamos con los estudios de Abelardo Levaggi, entre ellos «Las penas de muerte y aflicción en el Derecho Indiano rioplatense», en *Revista de Historia del Derecho*, n.os 3 y 4, Buenos Aires, 1975 y 1976, así «El delito de abigeato en los siglos XVII, XVIII y XIX», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n.º 24, Buenos Aires, 1978. Una cuestión muy concreta es la tratada por Carlos Díaz Rementería en «El delito de lesa majestad humana en las Indias. Un estudio basado en la sublevación de Tupac Amaru (1780-1781)», en *Anuario de Estudios Americanos*, vol. XXXI, Sevilla, 1974, pp. 229-242.

Sobre Derecho Procesal Indiano Abelardo Levaggi tiene unas interesantes páginas en su *Manual de Historia del Derecho Argentino*, tomo II, Buenos Aires, 1987; y es muy conveniente la consulta de Ricardo Zorraquín Becú en *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952, 219 pp.

Es una exposición de obligado estudio la que realizara Juan de Hevia Bolaños en su *Curia Philipica*, ed. de Madrid, 1797, ya citada.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Acevedo, Edberto Óscar, 17.
Acosta, José de, 42, 50, 177.
Adriano VI (papa), 276.
Aguiar y Acuña, Rodrigo de, 100.
Aguilar, Fernando de , 242.
Alburquerque, duque de, 242.
Alejandro VI (papa), 17, 110, 123, 125, 143, 146, 157, 261, 263.
Alfonso X, el Sabio, 303.
Altamira, Rafael, 15.
Álvarez de Abreu, José Antonio (marqués de la Regalía), 103, 267, 268.
Amat (virrey), 223.
Ansotegui, Juan Crisóstomo, 101.
Antúnez y Acevedo, Rafael, 104.
Aquino, Santo Tomás de, 47, 64.
Areche, José Antonio de, 225, 241.
Arenal Fenochio, Jaime del, 18.
Aristóteles, 49.
Arvizu, Fernando de, 16.
Arregui Zamorano, Pilar, 16.
Asso y del Río, Ignacio Jordán, 298, 300, 302, 303, 313, 334.
Austrias (dinastía), 194, 203, 219, 228, 240.
Avendaño, Juan, 361.
Ávila Martel, Alamiro de, 17, 94.
Avilés, Francisco de, 41.
Ayala, Javier de, 16.
Ayala, Manuel José de, 102.
Baños, Conde de, 223, 242.
Ballesteros, Tomás de, 172.
Barrero, Ana María, 16.
Basadre, Jorge, 18.
Bayle, Constantino, 16, 216.
Beaumont, Felipe de, 207.
Benavente, Cristóbal de, 217.
Benedict, B., 201.
Bermúdez Aznar, Agustín, 16.
Bernal, Beatriz, 18.
Bernard, G., 18.
Bonilla (visitador), 241.
Borah, W., 18, 226.
Borbones (dinastía), 240.
Boyl, fray Bernardo, 261, 262, 269, 273.
Bravo Lira, Bernardino, 17, 94, 95, 104, 154-156.
Briceño, Francisco, 194, 242.
Briceño, Mario, 211.
Bruno, Cayetano, 271, 272, 281, 289.
Burkholder, M. A., 18, 198.
Caballero y Góngora, Antonio, 202.
Calixto III (papa), 115.
Campos Harriet, Fernando, 17.
Carlos I (V de Alemania), 128, 136, 137, 139-141, 151, 153, 155, 159, 160, 193, 272, 286, 287.
Carlos II, 100, 136-138, 141, 193.
Carlos III, 100, 118, 125, 194, 198, 226, 235, 240, 241, 257, 277, 279, 280, 285.
Carlos IV, 101, 220, 226.
Castañeda Delgado, Paulino, 16, 325.
Castellar, conde de, 223.
Céspedes del Castillo, Guillermo, 16, 381.
Chaunu, Pierre, 213.
Chandler, D. S., 18, 198.

Chevalier, François, 18, 215, 217, 221.
Cisneros (cardenal), 159.
Clavero, Bartolomé, 332.
Clodoveo, rey franco, 135.
Clonard, conde de, 236.
Codes, Rosa M.ª de, 16.
Coloma, Juan de, 121.
Colón, Cristóbal, 114, 117, 120-123, 146, 156, 157, 170, 196, 261, 262.
Colón, Diego, 145, 147, 196.
Colón de Larriategui, Félix, 104.
Comadrán Ruiz, J., 17.
Cortés, Hernán, 70, 176, 179, 233.
Corral Calvo de la Torre, Juan del, 102.
Cusa, Nicolás de, 64, 65.
Díaz del Castillo, Bernal, 217.
Díaz Rementería, Carlos, 16.
Díaz Trechuelo, M.ª Lourdes, 16.
Díez de Aux de Armendáriz, Lope, 201.
Domínguez Compañy, Francisco, 18.
Doucet, Gastón Gabriel, 17.
Dougnac, Antonio, 17.
Encinas, Diego de (Cedulario de), 79, 84, 99, 139, 140.
Enríquez, Enrique, 206.
Enríquez, Martín, 44, 201, 203.
Escalona y Agüero, Gaspar de, 45, 58, 60, 99, 103, 204.
Escipión, el Africano, 245.
Escobedo, Ronald, 16, 241.
Espinoza Soriano, Waldemar, 216, 224.
Esquivel Obregón, Toribio, 17.
Falcón, Francisco, 94.
Felipe, el Hermoso (rey de Castilla), 153, 158, 159.
Felipe II, 125, 128, 130, 136, 137, 140, 151, 155, 193, 194, 228, 237, 240-242, 259, 274, 276, 277, 280, 282, 284, 286, 288.
Felipe III, 93, 242.
Felipe IV, 180, 193, 198, 240, 282.
Felipe V, 180, 183, 199, 242, 267, 284.
Feria, duque de, 207.
Fernando III, el Santo, 204.
Fernández de Enciso, 150.
Fisher, J. R., 18.
Floridablanca, conde de, 236.
Francisco I, rey de Francia, 124.
Frasso, Pedro, 103.
Gálvez, José de, 194, 198, 220, 236, 241.
García Añoveros, Jesús María, 264, 266, 271, 277, 281, 282, 289.
García de Castro, Lope, 216, 222.
García de Loaysa, fray, 194.
García Icalzeta, 97.
García-Gallo, Alfonso, 15, 16, 92, 99, 103, 104, 110, 119, 120, 125-127, 130, 131, 157, 160, 173, 210, 211, 220, 233, 235, 244.
García-Gallo, Concepción, 16.
García González de León, Félix, 242.
García Martínez, Bernardo, 18.
Gelbes, 204.
Góngora, Mario, 17, 178, 206, 208, 313.
González, Antonio (gobernador), 205.
González, María del Refugio, 18, 222.
González de Cuenca, Gregorio, 216.
González San Segundo, Miguel Ángel, 16, 93.
Gregorio IX (papa), 52.
Gregorio XIII (papa), 226, 277.
Gregorio XIV (papa), 285.
Gullón, Ricardo, 148.
Gutiérrez de Rubalcava, José, 103.
Hanke, L., 18.
Haring, Clarence H., 244, 245.
Haro, marqués de, 207.
Haro, Juan de, 210, 242.
Hevia Bolaños, Juan de, 103, 355, 373, 374, 381, 396.
Hurtado de Mendoza, Andrés (marqués de Cañete), 151, 200, 216, 225, 238.
Icaza Dufour, Francisco de, 18.
Inocencio IV (papa), 64.
Inocencio VIII (papa), 273.
Jáuregui (virrey del Perú), 224.
Jiménez Paniagua, Fernando, 100, 135, 136, 140, 141.
Juan II, rey de Portugal, 122.
Juana la Loca, doña, 124, 136, 139, 147, 153, 154, 156, 158-160, 168, 274.
Julio II (papa), 264, 270, 271, 274.
Julio César, 245.
Justiniano (código de), 52.
Kuethe, A. J., 18.
La Bandera, Damián de, 44.
La Hera, Alberto de, 16.
La Mota Sarmiento, Íñigo de, 206.
La Palata, duque de, 201.
La Peña, Juan de, 84.

La Peña Cámara, José de, 98.
La Peña Montenegro, Alonso de, 321, 325, 326, 338.
Las Casas, Bartolomé de, 49, 50, 65, 66, 71, 125-128, 145, 150, 204.
Landecho (presidente), 242.
Lalinde Abadía, Jesús, 16, 173.
Lariccia, Sergio, 254.
Lebrón y Cuervo, José, 102.
Lemos, conde de, 201, 202.
León X (papa), 271.
León Borja, Dora, 18.
León Pinelo, Antonio de, 16, 45, 97, 99, 100, 103, 131, 135, 136, 138-141, 170, 198, 208, 329.
Lerín, condes de, 207.
Lerma, duque de, 242.
Leturia, 124.
Levaggi, Abelardo, 17, 311, 312, 334, 362, 364, 395.
Levene, Ricardo, 15.
Levillier, Roberto, 195.
Lira, Andrés, 18.
Lira Montt, Luis, 17.
Lohmann Villena, Guillermo, 18, 198, 214, 217, 222.
López, Gregorio, 45, 343, 365, 381.
López, y van Luis (marqués del Risco), 102.
López Bohórquez, Alí Enrique, 18.
López de Palacios Rubios, Juan, 48, 65, 148.
López de Velasco, 98.
Lorenzo Sanz, Eufemio, 228.
Los Cobos, Francisco de, 193.
Luján Muñoz, Jorge, 18.
Lynch, J., 18.
Maior, 48.
Malagón Barceló, Javier, 16.
Manuel y Rodríguez, Miguel de, 298, 300, 302, 303, 313, 334.
Manzano Manzano, Juan, 16, 94, 97-99, 122, 127, 128, 132, 134-138, 140, 141, 147, 148, 158.
Margadant, Guillermo F., 18.
Mariana, padre, 175.
Mariluz Urquijo, José María, 17, 200, 224, 238, 243, 347.
Martínez de Landecho, Juan, 204.
Martínez de Rozas y Boix, 102.
Martínez Gijón, José, 16, 373-375, 377, 378.
Martiré, Eduardo, 17, 160, 365, 366.
Matheu y Sanz, Lorenzo, 103.
Matienzo, Juan de, 102.
Matorras, Gerónimo, 55.
Mayorga, Fernando, 240.
McAlister, J. N., 18.
Mendoza y Enríquez, Antonio de, 78, 201.
Miranda, José, 16.
Molina Argüello, 209, 221.
Montalvo, fray Gregorio de, 288.
Montanos Ferrin, Emma, 16.
Montemayor (oidor), 223.
Montesinos, fray Antón, 54, 124, 145, 147.
Morazzani de Pérez Enciso, Gisela, 18.
Moreno Cebrián, 222.
Moreno de los Arcos, Roberto, 18.
Mörner, M., 18.
Morón, Guillermo, 211.
Moya de Contreras (visitador de Indias), 194, 204.
Murillo Velarde, Pedro, 103.
Muro Orejón, Antonio, 16, 101, 211.
Muro Romero, Fernando, 16, 204.
Navarro García, Luis, 16, 242.
Nicolás V (papa), 115.
Nieva, conde de, 201, 238.
Ochoa, Sancho, 207.
Olivares, conde-duque de, 193.
Ondegardo, Polo de, 94.
O'Reilly, Alejandro (mariscal de campo), 234.
Ots Capdequí, José María, 16.
Ovando, Juan de, 98, 99, 128, 130, 155, 171, 193, 194, 277.
Ovando, Juan de (código de), 16, 99, 151.
Ovando, Nicolás de, 233, 304, 308.
Oviedo Cavada, Carlos (monseñor), 17.
Padilla, Juan de, 202.
Palacios, Prudencio Antonio, 102.
Palafox, Juan de (obispo), 100, 135, 136, 201, 204, 223, 239, 240.
Panormitano (abad), 52.
Parras, Pedro José, 103.
Paulo III (papa), 50, 68, 150, 272, 325.
Paulo V (papa), 277, 325.

Pedrarian Dávila, 149.
Peña, Roberto I., 17, 98.
Peñaranda, conde de, 202.
Pérez Cantó, 215, 218.
Pérez y López, Antonio, 188.
Pérez-Prendes, José M., 381.
Phelan, J. L., 18, 244.
Pietschmann, H., 18, 223.
Pío IV (papa), 272.
Pío V (papa), 277.
Piña y Homs, Román, 16.
Pizarro, Francisco de, 150, 314.
Platea, Juan de, 61.
Ponce de León, Luis, 179.
Porras Muñoz, Guillermo, 18.
Porro, Nelly R., 17.
Purroy Turrillas, M.ª Carmen, 16.
Ramírez de Cartagena, 201.
Ramos Pérez, Demetrio, 16, 184, 232.
Recaredo, rey visigodo, 135.
Rees Jones, Ricardo, 17, 212.
Reig Satorres, José, 18.
Revillagigedo (virrey), 212.
Reyes Católicos, 120-124, 132, 134, 143, 146-148, 150, 153, 156-160, 168, 185, 193, 263, 265, 270, 271, 273, 274.
Rípodas Ardanaz, Daisy, 17.
Rivadeneyra y Barrientos, Antonio Joaquín, 103.
Rodríguez de Fonseca (obispo), Juan, 150, 193.
Rodríguez Vicente, Encarnación, 16, 231.
Rojas, Fernando de, 271.
Román, Yali, 222, 239.
Rubio Mañé, J. I., 18, 201.
Sabroso, marqués de, 206.
Salas, 102.
Salcedo Izu, Joaquín, 16.
Salinas Araneda, Carlos, 17.
Salvat Mongillot, Manuel, 17.
Salvatierra, conde de, 204, 206.
Sánchez Bella, Ismael, 135, 138, 141, 204.
Sandoval, Tello de, 240.
Santelices, 136.
Santisteban, conde de, 201.
Santos Martínez, Pedro, 17.
Saravia Viejo, Josefina, 222.
Sarmiento de Gamboa (gobernador), 208.
Sasoferrato, Bártolo de, 41, 343.
Schäfer, Ernest, 18, 98, 194, 195.
Séneca, 47.
Seoane, María Isabel, 17.
Sepúlveda, Ginés de, 48, 71, 126, 150.
Silva Figueroa, 207.
Silva Vargas, Fernando, 17.
Sixto IV (papa), 115, 120.
Soberanes, José Luis, 18, 227.
Solano, Francisco de, 16.
Solís, Juan de, 361.
Solórzano Pereira, Juan de, 42, 45, 51, 56, 58, 61, 62, 97, 99, 100, 102, 103, 125, 131-136, 138, 141, 142, 171, 177, 188, 200, 203, 221, 282, 287, 288, 323, 329, 330, 338, 345, 367, 373, 381, 394.
Suárez, Francisco, 175.
Suárez, Santiago-Gerardo, 18, 234.
Superunda, conde de, 215.
Szaszdi, Adam, 18.
Tauzi, H. J., 17.
Tau Anzoategui, Víctor, 17, 92, 94, 160, 335.
Tienda de Cuervo, Bartolomé, 209.
Toledo, Francisco de, 55, 56, 67, 74, 171, 172, 176, 201, 202, 216, 315, 366, 367.
Tomás y Valiente, Francisco, 16, 199, 387, 388.
Túpac Amaru, 63, 225.
Ubaldi, Baldo de, 343.
Urbano Salerno, Marcelo, 17.
Valderrama (visitador de Indias), 204.
Valenzuela Velázquez, Juan Bautista, 41.
Van den Linden, 117.
Vargas, Juan de, 207.
Vargas Ugarte, Rubén, 241.
Vas Mingo, Milagros del, 16.
Vasco de Puga (cedulario de), 97.
Vasco de Quiroga, 217.
Vázquez de Menchaca, 51.
Veitia y Linaje, José de, 103.
Velasco, Luis de (marqués de Salinas), 97, 201, 222.
Vila, Enriqueta, 206, 210, 242.
Villamanrrique y Baños, 201, 204, 241.
Villar, conde de, 241.
Villarroel, fray Gaspar de, 103, 282, 288.
Villena, marqués de, 204.

Vitoria, Francisco de, 65, 125, 127-129, 134, 142, 145, 150.
Zavala, Silvio A., 17, 179, 245.
Zorraquín Becú, Ricardo, 17, 93-95, 161, 207, 210, 214, 217, 227, 244, 245, 313, 316.
Zurita, Ferdinando, 42.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de Mateu Cromo Artes Gráficas, S. A.
en el mes de julio de 1992.

El libro *Historia del Derecho indiano,* de Ismael Sánchez Bella, Alberto de la Hera y Carlos Díaz Rementería forma parte de la Colección «Relaciones entre España y América», que analiza aspectos muy diversos de las relaciones entre ambos mundos, que han dejado huellas en las artes, la ciencia y la estructura de la sociedad.

COLECCIÓN RELACIONES ENTRE ESPAÑA Y AMÉRICA

- Relaciones diplomáticas entre España y América.
- Andalucía en torno a 1492.
- La cristianización de América.
- Sevilla, Cádiz y América.
- El dinero americano y la política del Imperio.
- La idea de justicia en la conquista de América.
- Influencias artísticas entre España y América.
- Los liberales románticos españoles ante la descolonización americana.
- Influencia del Derecho español en América.
- Juegos, fiestas y diversiones en la América española.
- Historia del Derecho indiano.

En preparación (entre otros):

- Linajes hispanoamericanos.
- El abate Viscardo (jesuitas e independencia) en Hispanoamérica.
- La agricultura y la cuestión agraria en el encuentro de dos mundos.
- Acciones de Cultura Hispánica en América.
- La Junta para la Ampliación de Estudios y América (1912-1936).
- Revolución Francesa y revoluciones hispánicas.
- Exiliados americanos en España.
- Exilio republicano.
- Relaciones científicas entre España y América.

DISEÑO GRÁFICO: JOSÉ CRESPO

La Fundación MAPFRE América, creada en 1988, tiene como objeto el desarrollo de actividades científicas y culturales que contribuyan a las siguientes finalidades de interés general:

Promoción del sentido de solidaridad entre los pueblos y culturas ibéricos y americanos y establecimiento entre ellos de vínculos de hermandad.

Defensa y divulgación del legado histórico, sociológico y documental de España, Portugal y países americanos en sus etapas pre y postcolombina.

Promoción de relaciones e intercambios culturales, técnicos y científicos entre España, Portugal y otros países europeos y los países americanos.

MAPFRE, con voluntad de estar presente institucional y culturalmente en América, ha promovido la Fundación MAPFRE América para devolver a la sociedad americana una parte de lo que de ésta ha recibido.

Las *Colecciones MAPFRE 1492,* de las que forma parte este volumen, son el principal proyecto editorial de la Fundación, integrado por más de 250 libros y en cuya realización han colaborado 330 historiadores de 40 países. Los diferentes títulos están relacionados con las efemérides de 1492: descubrimiento e historia de América, sus relaciones con diferentes países y etnias, y fin de la presencia de árabes y judíos en España. La dirección científica corresponde al profesor José Andrés-Gallego, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

EDITORIAL
MAPFRE

9 788471 005120

Ismael Sánchez Bella,
Alberto de la Hera y
Carlos Díaz Rementeria

HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

COLECCIÓN RELACIONES
ENTRE ESPAÑA Y AMÉRICA