

LAS ASPIRACIONES DEL DERECHO INDIANO Y LOS RESULTADOS CONSEGUIDOS

Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ

En otra oportunidad procuré poner en evidencia las bases del derecho indiano,¹ es decir, los principios que le dieron nacimiento y sobre los cuales se asentó este sistema jurídico. Se trataba, entonces, de destacar los grandes temas que forman ese conjunto, su procedencia y su encadenamiento conceptual y lógico, para mostrar que fue un ordenamiento metódico y planificado en sus líneas fundamentales.

En este nuevo ensayo trataré de contemplar al mismo régimen jurídico desde otro punto de vista: el de los fines que persiguió o los objetivos que se propuso realizar. Y esto con el propósito de analizar, como una consecuencia de lo anterior, en qué medida fueron alcanzados o cumplidas esas finalidades.

Aquel estudio sobre las bases fundamentales del derecho indiano lo contemplaba en sus orígenes doctrinarios y en su desenvolvimiento lógico. En esta oportunidad la mirada ha de dirigirse más hacia la realidad de su contenido y de sus resultados. Ambas indagaciones se complementan, pero aquélla buscaba preferentemente destacar la esencia orgánica del sistema, mientras en éste el interés ha de recaer sobre todo en los temas institucionales del régimen y en su funcionamiento. En el primer trabajo mostrábamos la etapa constructiva; en éste el lento proceso de su desnaturalización y de su decadencia.

Pero antes de abordar estas cuestiones me parece necesario precisar qué debe entenderse por derecho indiano. Aunque este sistema ha suscitado - espe-

¹ Las bases fundamentales del derecho indiano, en RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, Estudios de historia del derecho, II, Buenos Aires, 1990.

cialmente en las últimas décadas - un intenso desarrollo,² parecería que el concepto mismo de esta especialidad no ha sido analizado con la debida atención.

1. Hacia una definición mas precisa del derecho indiano

Un sistema jurídico puede ser considerado desde el punto de vista de su origen, o teniendo en cuenta el ámbito de su vigencia, o contemplándolo en función de su contenido. Cuando nos referimos al *common law*, pensamos en un conjunto de normas establecidas o aceptadas por los tribunales ingleses, independientemente del *statute law* que provenía de las autoridades políticas. Si hablamos del derecho francés o del derecho argentino, naturalmente comprendemos que se trata del que está o estuvo en vigencia en estos países. Y en cuanto mencionamos al antiguo derecho mercantil, o al canónico, o al feudal, es evidente que sólo aludimos a los respectivos contenidos normativos, prescindiendo de sus orígenes y de su ámbito de aplicación.

El sistema indiano puede ser analizado desde esos distintos ángulos. En lo que se refiere a su origen, no cabe duda alguna de que fue un derecho creado y sancionado por los reyes sucesivos, aunque con ciertas limitaciones que luego serán mencionadas. Fue por lo tanto un derecho real. Las más altas autoridades debían organizar las expediciones, las conquistas, el establecimiento de los españoles en el Nuevo Mundo, sus relaciones con los indígenas, la condición de estos últimos, la creación de un sistema de gobierno, y muchas otras cuestiones que se fueron presentando. Todo ello era novedoso, y el derecho castellano resultaba insuficiente. Fue necesario elaborar una legislación cada vez más copiosa para resolver esos múltiples e intrincados problemas, para muchos de los cuales no existían precedentes. Esa fue la obra de los reyes, que contaron lógicamente con el asesoramiento jurídico de sus consejeros. Fue por lo tanto un derecho real, elaborado en España, impuesto al Nuevo Mundo que no participó ni en su creación ni en su desenvolvimiento.

² Destacan este desarrollo - que atribuyen principalmente a la obra del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano - ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, Balance de la historiografía sobre Iberoamérica (1945-1988), Pamplona, 1989, y ALBERTO DE LA HERA, ANA MARÍA BARRERO y ROSA MARÍA MARTÍNEZ DE CODES, La historia del derecho indiano, Madrid, 1989. Este último analiza la obra del referido Instituto y publica los índices de los ocho Congresos realizados hasta entonces.

Dijimos que los reyes no fueron los autores de todo el sistema. Deben, en efecto, señalarse algunas normas muy importantes que provenían de la Santa Sede. Las bulas alejandrinas de 1493 concedieron a Fernando e Isabel el señorío (es decir, el dominio y el gobierno) de las regiones que descubrieran, y les aseguraron además la exclusividad de la empresa, imponiéndoles el deber de procurar la conversión de los aborígenes. Otras bulas de 1501 y 1508 les dieron además los diezmos y el derecho de Patronato, los cuales crearon las bases del gobierno eclesiástico que aquéllos y sus descendientes ejercieron. En el mismo sentido, la Santa Sede siguió legislando para las Indias en las materias que le correspondían y que eran ajenas a la competencia de los monarcas. Es difícil, por consiguiente, caracterizar al derecho indiano únicamente como una obra de los reyes, tanto más si se tiene en cuenta que hasta la misma autoridad de éstos derivaba de actos pontificios, y que el mismo origen acusaban los poderes que éstos tenían para el gobierno de la Iglesia.

Por lo demás, los mismos reyes legislaban simultáneamente para Castilla, Aragón, Navarra y las demás regiones que conquistaron, de modo que considerarlos como los autores del derecho indiano, si bien es en gran medida cierto, no es suficiente para caracterizar con exactitud este sistema jurídico.

Un segundo modo de contemplar un sistema jurídico consiste en señalar el ámbito territorial (o personal) de su vigencia. En el caso que nos ocupa, es frecuente creer y afirmar que el derecho indiano era el que regía en el Nuevo Mundo hispánico. Pero al considerarlo de esta manera se incurre en dos errores que invalidan ese criterio simplificador: en primer lugar, el derecho indiano se aplicaba también en España, porque allí funcionaban los órganos superiores del gobierno, la justicia, el ordenamiento militar, etc. En segundo término estaban también en vigencia otros sistemas jurídicos distintos, como el castellano y el canónico, que no deben identificarse ni confundirse con aquél. Es indispensable, por consiguiente, establecer las necesarias precisiones.

Todos los autores distinguen un derecho indiano propiamente dicho y el castellano que era general. Aquél recibió también la denominación de derecho municipal (a imitación tal vez de los fueros locales de la península), y éste constituía el derecho común, como si se tratara del que derivaba del romano y se había difundido por toda la Europa occidental. Pero aquí aparecen las confusiones. El eminente historiador Alfonso García Gallo sostiene que "el Derecho indiano de raigambre española vigente en América constituye un sistema único,

aunque las normas aplicables procedan unas del Derecho de Castilla y otras del especial de Indias". Y antes había afirmado que "dentro de él (el indiano) hay que incluir no sólo el Derecho castellano trasplantado al Nuevo Mundo... sino también cualquier otro que haya tenido vigencia en aquellas partes".³

Lamento mucho no coincidir en este aspecto con mi distinguido amigo y colega de tantos años. Pienso que García se ha dejado influir por el problema didáctico: no pueden explicarse separadamente, en efecto, uno y otro derecho al exponer el sistema que regía en el Nuevo Mundo. Pero fuera de este punto de vista que sin duda es importante, creo que el derecho castellano no dejaba de ser castellano por el hecho de aplicarse del otro lado del océano, y que el indiano seguía siendo indiano al regular el funcionamiento del Consejo de las Indias, de la Casa de la Contratación, de los viajes y expediciones, del comercio de ultramar, del tránsito de pasajeros que embarcaban para la Indias, etc., así como la designación de los obispos y el ejercicio de otras funciones vinculadas con la Iglesia, para poner algunos ejemplos notorios.

El problema consiste en distinguir, por un lado, el sistema jurídico sancionado especialmente para organizar el Nuevo Mundo hispánico, y por el otro el conjunto de normas que estuvo en vigencia en ese mismo ámbito territorial. No hay coincidencia entre ellos. Ni el derecho indiano fue sancionado exclusivamente para regir en América (pues también se aplicó en España), ni fue el único conjunto de normas que se impuso en las posesiones o dominios de ultramar. Por consiguiente, es necesario descartar la idea -muy cómoda por cierto- de que fue el sistema vigente en el Nuevo Mundo hispánico, y también el criterio de que en América éste y el castellano formaban un conjunto único comprensivo de todo el ordenamiento jurídico. El problema es mas complejo, y ya hemos señalado las principales dificultades que se oponen a considerarlo como un régimen de aplicación exclusivamente territorial, tal como concebimos hoy los derechos nacionales.

Una tercera forma de contemplar un ordenamiento jurídico consiste en hacer referencia a su contenido normativo, es decir, a los problemas que trata de resolver y los temas que le interesa considerar. Por este camino nos vamos aproximando a la exacta caracterización del derecho indiano. Sus múltiples normas fueron sancionadas porque se presentaba la necesidad de prevenir o

³ ALFONSO GARCÍA GALLO, *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, 1970, p. 18-19.

solucionar conflictos o de implantar formas de organización. El indiano nunca pretendió ser un sistema completo de reglas destinadas a ordenar toda la vida jurídica de las Indias, como podría serlo el derecho moderno. Se limitó a legislar en las materias que no estaban previstas en el derecho de Castilla, y sólo más adelante se dictaron algunas grandes ordenanzas referentes a ciertas instituciones importantes. En síntesis, el indiano fue un sistema complementario, destinado a llenar los vacíos de la legislación castellana en todo aquello que no servía para afrontar eficazmente las nuevas situaciones surgidas en las regiones de ultramar. Y como éstas eran variadas y complejas, fue necesario sancionar numerosas disposiciones, pero siempre dentro del concepto limitado de formar un derecho simplemente complementario del que regía en Castilla.

Consecuencia de esta situación fue que el derecho indiano sólo abordara determinados temas. Es cierto que esos temas fueron numerosos, y que la legislación llegó a ser muy abundante a medida que crecía el afán reglamentario de las autoridades. Pero subsistió, no obstante, el propósito de ordenar únicamente los problemas que no encontraban solución en el derecho existente. Este contenido limitado nos permite considerar a ese sistema desde el punto de vista de su contenido normativo.

Podemos entonces definir al derecho indiano como un sistema de leyes, doctrinas y costumbres creado para organizar el gobierno espiritual y temporal del Nuevo Mundo hispánico, regular la condición de sus habitantes, dirigir la navegación y el comercio y, sobre todo, procurar la conversión de los indígenas a la religión católica.

Dentro de estos enunciados muy generales quedan comprendidos los temas que forman el contenido principal del derecho indiano, y que fueron recopilados en 1680. Al definirlo de esta manera, eliminamos el criterio de su vigencia territorial, que no es totalmente correcto, y también dejamos de lado la indicación de su origen o de su autor, que no siempre era el rey. Por lo demás, el derecho castellano se mantiene como tal, aunque estuvo en vigor en América hasta muy avanzado el siglo XIX.

Paralelamente al sistema indiano, es indispensable mencionar al derecho canónico, es decir, el que regula la vida de la Iglesia y la disciplina de los fieles. Naturalmente el ordenamiento eclesiástico entró en vigor en las Indias desde el principio, conforme estaba legislado en las Decretales y en las demás disposi-

ciones que integraron el *Corpus Juris Canonici*. Pero hubo, asimismo, un derecho canónico indiano, sancionado especialmente por la Santa Sede, los Concilios Provinciales que se reunieron en América y los Sínodos convocados por algunos obispos. Este conjunto de disposiciones debe quedar fuera del derecho propiamente indiano por su diverso contenido y origen, no obstante su importancia. Así resulta también del hecho de que la Recopilación de 1680 no lo incluyó entre las "leyes de los Reynos de las Indias". Y esto a pesar de que las disposiciones sancionadas para el Nuevo Mundo requerían la conformidad real.

En cambio, el régimen indiano se integraba positivamente con las ordenanzas y otras disposiciones menores que podían dictar algunas autoridades (virreyes, gobernadores, cabildos) del Nuevo Mundo. Esta facultad correspondía a ciertas autoridades o bien era concedida en casos especiales. Pero se entendía siempre que el supremo y único legislador era el rey, que podía delegar esta función en determinadas personas u organismos.⁴ Y también era un principio tácitamente establecido que tales ordenanzas no debían alterar el derecho impuesto desde la península. Fue un derecho que en el siglo XVI, sobre todo, tuvo mucha importancia, pero que no fue incorporado a la Recopilación.

Se ha difundido mucho la idea de llamar derecho indiano criollo o ese conjunto heterogéneo de ordenanzas sancionadas en América. El nombre no me parece acertado, pues criollo era el hijo de españoles nacido en el Nuevo Mundo, y los principales autores de ese derecho fueron oriundos de Castilla. Más correcto y sencillo es llamarlo derecho indiano local, no sólo porque era sancionado únicamente para una provincia sino también porque sus autores eran siempre autoridades regionales.

Por último, y para concluir con este asunto, agregamos que el ordenamiento indiano se completaba con un derecho consuetudinario surgido en América o procedente de la península, que tenía cierta importancia especialmente en materia mercantil y en otros casos en los cuales no existía una legislación precisa. El derecho se nutría además con las enseñanzas doctrinarias de los autores, que exponían los principios generales y las soluciones convenientes. En el último extremo estaban las costumbres de los indígenas, que al ser aceptadas en la legislación se convirtieron en derecho indiano. Poco cabe decir acerca de este

⁴ "Emperador o Rey puede facer leyes sobre las gentes de su Señorío, e otro ninguno no ha poder de las facer en lo temporal: fueras ende, si lo ficiesen con otorgamiento dellos" (Partida la. i. 12).

tema, pues no se ha avanzado mucho en la investigación de su contenido normativo ni acerca de su aplicación.

2. Clasificación de los temas y caracteres generales del derecho

Las consideraciones precedentes conducen naturalmente a la contemplación de ese ordenamiento parcial y complementario, pero sistemático, desde el punto de vista de su contenido y de sus peculiaridades.

Ese conjunto de temas ya aparece enunciado -aunque esto podría sorprender- en las bulas alejandrinas de 1493. Allí se establece, en primerísimo lugar, la obligación de los Reyes Católicos de promover la conversión a la fe católica de los naturales que existieran en las regiones nuevamente descubiertas. Este era un deber de la Santa Sede, impuesto por Jesucristo a sus apóstoles,⁵ y transferido a los monarcas de Castilla teniendo en cuenta su conocida vocación religiosa. Este mandato era exigido "en virtud de santa obediencia", es decir, como una obligación de conciencia. Esta es la premisa mayor que dirige todo el desarrollo y el contenido de las bulas. De ese encargo derivan, como lógicas consecuencias destinadas a facilitar su cumplimiento: 1) la concesión del dominio de esas tierras; 2) la atribución del señorío sobre ellas, es decir, la soberanía y el gobierno territorial con todas sus derivaciones y con plena autoridad; 3) la obligación de enviar personas expertas para instruir a los aborígenes; y 4) la prohibición universal de llegar a esas regiones sin licencia de los reyes y de comerciar en ellas.

Adviértase que en esas normas generales se encuentran ya implícitamente comprendidos la mayor parte de los temas que luego habrá de desarrollar abundantemente el derecho indiano. Y estos asuntos están expuestos en las bulas en un orden lógico, pues cada tema era una consecuencia del principio inicial.

⁵ Mat. 28, 19; conf.: Marc. 16,15. Años más tarde el Papa Paulo III iba a insistir en esa misma orden de Cristo. En la bula *Sublimis Deus* (2 de junio de 1537) recordó que el Salvador "dijo 'Id y enseñad a todas las gentes'. A todas, dijo sin ninguna excepción, como quiera que todas sean capaces de la disciplina de la fe". En consecuencia consideraba obra del Demonio sostener que los indios eran "animales brutos" incapaces de la Fe católica (ALFONSO GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, II, Madrid, 1959, No. 956, p. 773).

Pero la cuestión es distinta cuando debemos considerarla en función del ordenamiento jurídico.

Este último debe adoptar también una disposición lógica. Lo más importante y necesario, previo a todo lo demás, consiste en organizar el gobierno, como presupuesto indispensable para cumplir los demás objetivos. En el sistema que nos ocupa, el gobierno se bifurca en espiritual y temporal. El primero comprende las funciones derivadas de las facultades concedidas por la Santa Sede, así como las demás atribuciones que se adjudicaron los reyes. El segundo abarca el manejo de todos los organismos y autoridades que tanto en España como en América han de dirigir y ordenar los asuntos de las Indias.

Inmediatamente aparece el tema de la condición y tratamiento de los indios. Esto resulta lógico. Eran los habitantes vernáculos del nuevo continente y por lo tanto el apoyo necesario para el establecimiento de los españoles. Y eran, además, los destinatarios del encargo hecho por el Pontífice. El problema de su conversión dependía principalmente del gobierno espiritual, pero también existía - y sumamente discutido - el problema de su situación en la sociedad indiana. Múltiples debates y controversias, opiniones y proyectos surgieron en torno a este asunto, que la legislación trató de resolver mediante numerosas disposiciones. Pero siempre resultó difícil separar lo concerniente a la evangelización de los naturales y lo que interesaba simplemente a la convivencia de ambas razas.

Un principio fundamental de la legislación indiana -autorizado en las bulas- fue el de prohibir a los extranjeros la navegación, el comercio y su establecimiento en los lugares ocupados por los españoles y aún en todas las Indias. Esto originó una serie de normas muy estrictas, que incluían severas penalidades a los transgresores. De esta manera se creó un Estado hermético, cerrado a todo contacto con el mundo exterior, que sólo podía vincularse y comerciar con España. Con lo cual tuvo un estatus internacional propio, distinto al que tenían las naciones de Europa occidental.

Muy importante también, desde un punto de vista general, fue el tema del tráfico entre España y las Indias. En este aspecto varias cuestiones aparecen estrechamente vinculadas: la organización de los viajes y expediciones, el control de pasajeros y mercaderías, la protección y defensa de los navíos contra los corsarios en tiempos de guerra, el control que debía ejercerse en los lugares de destino, la defensa de los puertos, etc. En todo ésto intervenían múltiples au-

toridades militares, políticas y de hacienda, ya en España, ya en América, para cumplir una vigilancia que no siempre resultó eficaz.

Otro tema, de menor categoría jurídica aunque sí de mucha importancia económica, fue el del ordenamiento de la producción y del comercio, la explotación de las minas, el cultivo de las tierras y el tráfico mercantil fueron cuestiones minuciosamente legisladas, en las cuales intervenían el Estado para favorecer los intereses de España o los de algunas regiones de las Indias. El comercio de importación y exportación estaba permitido o prohibido según los lugares y las épocas, pero siempre sujeto a numerosas reglamentaciones.

Además de estos temas que abarcan la mayor parte del ordenamiento indiano, aparecen otros de menor categoría o importancia, de los cuales podemos prescindir.

¿Cuáles eran las características principales de este sistema jurídico? En primer término es forzoso señalar su contenido genérico. Puede afirmarse que casi en su totalidad estaba formado por disposiciones de derecho público. Dentro de esta clasificación cabe incluir las normas relativas al gobierno, las que ordenaban la protección y buen tratamiento de los indios, porque las autoridades tenían la obligación de imponerlas y vigilar su cumplimiento, las que establecían normas para la navegación y el comercio, pues dependían también de ciertos organismos y funcionarios, etc. Todas éstas eran normas de "subordinación" que obligaban a la intervención del Estado. Las relaciones llamadas de "coordinación", características del derecho privado según el criterio moderno, generalmente eran regidas por el derecho castellano.⁶

Coincidiendo con esta "publicización" del derecho indiano surge, como una peculiaridad notable, la del estatismo de sus disposiciones. La intervención del Estado, a través de sus distintos órganos, era una norma que se imponía en toda clase de actividades y relaciones regidas por ese ordenamiento. Tanto, que al contemplarlo en su conjunto parece que todo ese inmenso cúmulo de disposiciones hubiera sido sancionado cada vez que se creía necesario ordenar,

⁶ ANTONIO DE LEÓN PINELO dividía al derecho indiano "en público, privado y casi público". El público comprendía los tres primeros libros de la Recopilación que proyectaba, el privado los cinco siguientes y el casi público el último (Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, n. 8, Buenos Aires, 1957, fol. 16). En cambio, RODRIGO DE AGUIAR Y ACUÑA sostuvo que en las Indias "casi todo es político y de gobierno", es decir, derecho público (Sumario de la Recopilación General de las Leyes para las Indias, Madrid, 1628, prólogo).

prohibir, incriminar o controlar determinadas situaciones. Esta presencia autoritaria del Estado llegaba a extremos que hoy nos parecerían insoportables y hasta vejatorios. Si se lo compara con el derecho europeo contemporáneo, el de las Indias acentuaba mucho más su afán intervencionista. El sistema impuesto especialmente para el Nuevo Mundo hispánico aspiraba a controlar todas las actividades que de alguna manera podían considerarse relacionadas con los fines que aspiraba a cumplir la monarquía. Y como éstos eran muchos y diversos, esos controles se iban multiplicando al infinito, a medida que aparecían los casos que interesaba ordenar autoritariamente.

Otra característica del mismo régimen jurídico consistía en que, contrariamente a lo que ocurre normalmente, este derecho era un sistema impuesto desde fuera, desde España, generalmente por quienes carecían de conocimientos especiales acerca de los problemas y de las situaciones que existían en las regiones de ultramar. Es cierto que el Consejo de las Indias procuraba recoger informaciones y pedir la opinión de los funcionarios locales, pero en definitiva quienes tenían el poder de decisión eran los españoles.⁷ Por consiguiente, el indiano era un sistema creado desde fuera, impuesto a quienes debían cumplirlo, sin que éstos tuvieran ninguna participación en su establecimiento. Claro está que siempre ocurrió lo mismo en todos los sistemas coloniales, y que durante el primer siglo, por lo menos, las disposiciones tenían necesariamente que ser elaboradas en España; pero con el transcurso del tiempo y la organización de la sociedad en las provincias indianas, pudo darse a éstas una cierta participación en el gobierno, consultando también con ellas las normas jurídicas que podían interesarles. Pero se hizo todo lo contrario.

Debemos señalar también algunas características en cuanto al contenido del sistema. En primer lugar, debe reconocerse cierta originalidad en sus soluciones, así como una indudable perspicacia en encontrarlas, sobre todo en los tiempos iniciales. La existencia de un Nuevo Mundo, tan lejano y tan distinto de Europa, planteaba interrogantes a los cuales era difícil responder. Y no existían precedentes en los cuales apoyarse. Se impusieron ideas novedosas y con ellas se

⁷ JUAN DE OVANDO, al principio de su visita al Consejo de las Indias (hacia 1568) pudo comprobar "que en el Consejo no se tiene ni puede tener noticias de las cosas de las Indias sobre que pueda y debe caer la gobernación" (MARCOS JIMÉNEZ DE LA ESPADA, *El código ovandino*, Madrid, 1991, p. 869; JUAN MANZANO, *Historia de las recopilaciones de Indias*, I, Madrid, 1950, p. 69). Para remediar esta situación OVANDO dio orden a muchos funcionarios para que enviaran minuciosas relaciones y redactó una extensa ordenanza en 135 capítulos sobre la forma de hacer las descripciones, que fue sancionada el 3 de julio de 1573 que ha permanecido inédita.

fue organizando un régimen distinto que no dejaba de tener sus vínculos con el derecho conocido.

Al principio, como era lógico, los juristas encargados de elaborar las normas se inspiraron en el derecho de su época, que era el que conocían. España salía apenas de la Edad Media y a este sistema recurrieron, ya fuera siguiendo sus propios criterios o por indicación de los reyes. El espíritu medieval se pone en evidencia hasta mediados del siglo XVI. Lo demuestran la implantación de las encomiendas, o el régimen de las capitulaciones vitalicias y hasta hereditarias, o los títulos nobiliarios y los señoríos otorgados por Carlos V a Cortés y a Pizarro, o los premios prometidos a quienes cumplieran los compromisos contraídos al organizar las expediciones. Los encomenderos pretendían conseguir la perpetuidad de sus beneficios, se llamaban "feudatarios", y aun aspiraron, al principio, a tener jurisdicción sobre sus indios.

Pero simultáneamente España, por obra de Isabel y de Fernando, se va convirtiendo en un Estado moderno. Los reyes asumen las funciones que antes compartían con los grandes señores. La monarquía se fortalece y se impone a los demás estamentos de los reinos. Entonces surge otra tendencia que procura acentuar el predominio del Estado eliminando a los otros factores de poder. Suprimidos el privilegio de Colón y el de su hijo Diego, van apareciendo los gobernadores, luego las audiencias y por último los virreyes, que reemplazan paulatinamente a los adelantados, y conforman un sistema que sólo depende de la autoridad central. Carlos V, si bien favoreció en parte aquellas inclinaciones señoriales, también consiguió afirmar la unidad y la subordinación de las regiones conquistadas. Y además creó el Consejo de las Indias como organismo destinado a dirigir ejecutivamente a todas las provincias que hasta entonces estaban un poco dispersas. Esta política se tornó más acentuada bajo Felipe II, que convirtió a las Indias en un organismo exclusivamente estatal.

En esos momentos en que se iba formando el derecho indiano, los juristas adquirieron una relevante situación en el reino como jueces, asesores y funcionarios. Su preparación se debía a los estudios realizados en las universidades, en donde les enseñaban principalmente el derecho romano y el canónico. El primero se había difundido por gran parte del occidente europeo, convirtiéndose en el sistema supletorio o complementario de los derechos locales y, sobre todo, en el que presidía la formación intelectual de los letrados. Mucho se habla actualmente de ese derecho común, al cual se atribuye una influencia decisiva

sobre el indiano.⁸ Creo que esta idea es exagerada. El derecho común, o civil, podía considerarse como un sistema de derecho privado, derivaba del estudio del Digesto, que los glosadores y los comentaristas habían explicado hasta formar la ciencia jurídica por excelencia. Pero el derecho público romano ya no se estudiaba ni tenía vigencia, y los de las naciones contemporáneas no formaban un conjunto doctrinario. El ordenamiento indiano era, como ya lo señalamos antes, un sistema de derecho público o de orden público, con una fuerte injerencia del Estado. Por eso considero que la influencia del derecho común sobre el indiano no pudo ser relevante, porque ambos se ocupaban de regular instituciones distintas.

Desde otro punto de vista, el derecho común era un derecho laico, ajeno a toda preocupación religiosa. En cambio, el indiano estuvo impregnado de un espíritu en el que prevalece la influencia del catolicismo y de los principios morales derivados de él. Los juristas no podían apartarse de ese fundamento inmovible sobre el cual estaba edificado el sistema.

Para delimitar con precisión el alcance de esa influencia -la del derecho común sobre el indiano- es importante distinguir o separar a aquél del ordenamiento castellano. Este último, formado principalmente por las Partidas y la Recopilación de 1567, estaba en gran medida nutrido de las enseñanzas y de las doctrinas de los glosadores y comentaristas y en cierto modo pertenecía al gran movimiento que más tarde se llamó "la recepción del derecho romano", es decir, del derecho común. Pero por otro lado el sistema de Castilla tenía desde antiguo una individualidad perfectamente definida, que permitía y aun obligaba a distinguirlo del otro sistema científico difundido en Europa occidental. Para los castellanos, el suyo era el derecho "propio".

Establecida esta separación, creemos que el derecho indiano se inspiró principalmente en el más próximo y conocido, o sea el castellano, introduciéndoles los cambios que parecieron necesarios en atención a las nuevas circunstancias y a las características especiales de estos territorios y de sus habitantes. Ya señalamos la ascendencia medieval de algunas soluciones. Cuando se trató de dar forma definitiva al ordenamiento gubernativo, se utilizaron las mismas instituciones que ya existían en la península, introduciéndoles los cambios que se

⁸ BERNARDINO BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, p. 13, sostiene que "la elaboración de las nuevas formas jurídicas propias del derecho indiano se hace a menudo a partir del derecho común". Sin duda el autor incluye, dentro de este último, al derecho castellano.

consideraron necesarios. Lo mismo podría decirse de todo lo referente a la justicia, la hacienda o el sistema defensivo. Por cierto que en algunos casos los juristas, o los gobernantes, tuvieron que aguzar su capacidad creativa para producir las innovaciones que les parecieron indispensables. Pero esto no quiere decir que recurrieron al derecho común, pues se trataba de cuestiones muy específicas ajenas al derecho europeo. ¿Qué les podía decir este último acerca del tratamiento de los indios o de la organización de las expediciones, del reparto de tierras o del régimen de las encomiendas?

Sin embargo, no es posible olvidar que en las universidades se enseñaba principalmente el derecho común, y que los letrados tenían una formación reformista que impregnaba su actividad profesional. En consecuencia, cabe asignar alguna influencia a aquel sistema, no tanto en la génesis del derecho indiano cuanto en la doctrina que lo acompañó, en la interpretación y aplicación de las leyes y en la vida práctica de ese conglomerado jurídico.

A principios del siglo XVIII se quiso reaccionar contra esta tendencia que entonces se consideró extranjera. El Consejo de Castilla dictó, en 1713, un auto acordado que ordenaba utilizar exclusivamente las leyes del reino, porque "las Civiles no son de España leyes, ni deven llamarse así, sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de lei, i en quanto se ayudan por el Derecho Natural, i si confirman el Real, que propiamente es el Derecho Común".⁹ Así quedó marcada claramente la separación entre el derecho castellano y el que predominaba en la doctrina.

Cuando el derecho indiano estaba en plena elaboración, surgió una preferencia por el derecho natural, no el de los romanos sino el que derivaba de las enseñanzas de San Agustín y de Santo Tomás de Aquino. Fue tal vez Bartolomé de las Casas el primero que llamó la atención sobre esa doctrina, luego difundida por los teólogos españoles del siglo XVI, que renovaron las teorías de la Escuela. Entonces el derecho indiano buscó soluciones inspiradas en esos principios. El sistema se humanizó, se hizo más auténticamente cristiano, reconoció la personalidad de los indígenas y procuró defenderlos y protegerlos. La legislación quedó impregnada de ese espíritu humanitario.

⁹ Nueva Rec., auto 1, tít. i, lib. II, reproducido parcialmente en la Nov. Rec. III. 11. 11, nota. Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Las fuentes del derecho argentino (siglos XVI a XX)*, en *Revista de Historia del Derecho*, I, Buenos Aires, 1973, p. 329.

El derecho indiano quedó establecido en el siglo XVI. Los pocos cambios que se introducen en el XVII no son sustanciales, y en general sólo desarrollan o reglamentan los principios anteriores.¹⁰ En esa centuria, la que adquiere más importancia es la doctrina.

En el XVIII aparece una marcada tendencia reformista. En cuanto Felipe V se siente afianzado en el trono, organiza el gobierno Ministerial de los Secretarios de Estado, que priva a los Consejos (entre ellos el de las Indias) de gran parte de las atribuciones políticas y ejecutivas. El predominio de los juristas queda eliminado. Se crea el virreinato de Nueva Granada o Santa Fe (1721, y luego definitivamente en 1739). Pero las grandes reformas corresponden todas a la época de Carlos III. Un nuevo espíritu, el del Despotismo Ilustrado, las anima e impulsa. La monarquía se torna más autoritaria y abandona sus bases tradicionales para afirmarse en el derecho divino de los reyes. Se prohíbe la enseñanza de otras teorías políticas. El despotismo se acentúa, especialmente con respecto a la Iglesia. El dominio de España sobre América se afianza, y ambas porciones del Imperio comienzan a calificarse de metrópoli y colonias. La Compañía de Jesús es expulsada de todos los dominios (1767), con grave perjuicio para la cultura y para los indígenas. Razones internacionales determinan la creación del virreinato del Río de la Plata (1776). Antes y después se va implantando el sistema de las Intendencias para difundir y aplicar los principios de la Ilustración. Y durante esta época van desapareciendo, aventadas por el espíritu del siglo, las ideas tradicionales que habían predominado en la organización de las Indias: la afirmación de un régimen jurídico moderado con su correspondiente sistema de garantías; el equilibrio entre las autoridades, la Iglesia y los grupos sociales superiores; el buen tratamiento de los indios; el predominio de la religión y del espíritu que le infunde vitalidad; etc. Las dos porciones de la monarquía se van distanciando.

¹⁰ Es interesante destacar que la famosa Recopilación tardó casi todo el siglo en formarse, pero el derecho es siempre el mismo y aparece casi sin variantes en Encinas (1596), AGUIAR y ACUÑA (1628), PINELO y PANIAGUA (1680).

3. Las Aspiraciones del Derecho Indiano

Varios son los objetivos fundamentales que se propuso alcanzar el derecho indiano. Trataremos de analizarlos separadamente para definirlos con precisión y conocer de este modo cuáles fueron los propósitos y las esperanzas que lo guiaron.

Todo régimen jurídico, cualquiera sea su naturaleza, procura alcanzar determinados fines que explicita o implícitamente aparecen en sus normas. Los fines del derecho -en su análisis filosófico- parten del estudio de la justicia como suprema aspiración que debe regir las relaciones humanas en la vida social. Aquí damos por supuesta la observancia o el deseo de cumplir, en el derecho indiano, esa y otras virtudes que informan este ordenamiento. Lo que nos interesa ahora es destacar la naturaleza de otros fines más concretos, aunque siempre de carácter general.

La enumeración de esos fines debe hacerse dando al sistema un ordenamiento lógico, y limitando sus objetivos a enunciados de gran importancia. Creo que conviene, ante todo, exponerlos escuetamente, para analizarlos después destacando su fundamentación y sus trascendencia. Estos fines son, a mi juicio, los siguientes:

- I. Formación de un gran imperio católico.
- II. Exclusión de las demás naciones.
- III. El buen tratamiento de los indios, que comprendía:
 - a) la evangelización de los naturales, y
 - b) la condición legal y social de los indígenas.
- IV. La buena gobernación y la justicia.
- V. El monopolio español de la navegación y el comercio.

Esta enumeración, desde luego, no pretende ser exhaustiva, pero me ha parecido preferible destacar solamente los objetivos principales y más conocidos, porque todos lo demás sólo podrían considerarse secundarios, o bien estarían comprendidos en aquéllos.

I. Formación de un gran imperio católico. El primero de esos fines, base ineludible de todo lo demás, tenía que ser el establecimiento de un gran imperio. De él derivan todas las otras aspiraciones que pudieron surgir, pues era en cierto modo la condición indispensable para su realización. La vasta empresa que se presentó ante el descubrimiento colombino requería un amplitud de los medios y de fines que era preciso encuadrar en un gran imperio, dentro del cual los demás objetivos encontrarán el campo para su cumplimiento.

La idea del imperio no pudo surgir en tiempo de los Reyes Católicos, pues en esa época sólo se conocieron unos pocos territorios sin recursos y sin perspectivas. El cambio se produjo con Carlos V. En 1519 Magallanes emprende su histórico periplo. Y el mismo año Hernán Cortés emprende la conquista de México. La del Perú concluye en 1535. Durante el reinado de Carlos V los españoles se instalaron definitivamente en México, toda Centroamérica, la Nueva Granada (Colombia), Quito, el Perú, el Alto Perú (Bolivia), Chile y Paraguay. Las regiones restantes del continente (Venezuela, y el Río de la Plata), se agregaron posteriormente en la época de Felipe II.

¿Podría darse la epopeya más rápida y brillante? Los españoles, en una movilización espontánea, se lanzaron a ocupar territorios, someter a los indios, fundar ciudades y organizar los distritos, impulsados por el afán de conquista que no conoció obstáculos ni se detuvo ante dificultades. ¿Qué los movía? El deseo de riquezas no alcanzaría a explicar la heroicidad de muchas hazañas, ni el coraje que demostraron sus ejecutores, ni su enérgica en el combate, ni la resistencia entre los sufrimientos y las privaciones. La explicación consiste en que estaban imbuidos de un espíritu imperial. Querían formar en América un imperio análogo al que Carlos V tenía en Europa, para ampliar los dominios del César admirado. Querían aumentar la grandeza y la importancia de los inmensos territorios que ellos mismos iban descubriendo y ocuparlos para entregarlos al Emperador, en un gesto magnífico de sumisión y de arrogancia. Y querían también convertir y civilizar a los indios que habían sometido, porque dentro de sus fiera era, a su modo, buenos cristianos. Tampoco lucharon para regresar a España con las riquezas adquiridas, sino para quedarse en el Nuevo Mundo y formar sociedades que imitaran las de su origen, pero también adoptaron las costumbres que imponía la convivencia con los naturales. Aspiraban, en síntesis, a crear nuevas sociedades en este escenario original y distinto que era su obra. Se habían americanizado.

Este imperio ni debía ser -ni fue- despótico, dominador o militarista, como no era Carlos V. El derecho lo moldeó cuidadosamente para que todas las autoridades estuvieran vigiladas, creando al mismo tiempo recursos jurídicos para conseguir la reforma o la derogación de las medidas ilegales o simplemente gravosas. No existían entonces declaraciones de derechos, pero los administradores contaban con un sistema de garantías que les permitía pedir se les hiciera justicia.

Pero si este régimen no era despótico, sí era evidentemente estatista. El Estado intervenía en todo y para todo. Se quiso crear un imperio hermético, cerrado a toda vinculación con el exterior. Los viajes, la navegación y el comercio estaban sujetos a un permanente control y dependían de las autoridades superiores. Y lo mismo ocurría en muchas otras actividades que sería largo enumerar.

El imperio indiano debía ser un imperio católico. La exclusividad religiosa fue una exigencia fundamental que en cierto modo derivaba de las bulas alejandrinas, pero que los reyes acentuaron hasta convertirla en un elemento esencial e integrante de esa construcción política. No sólo existía la obligación de procurar la conversión de los indígenas, sino que también entre los blancos estaba rigurosamente prohibida cualquier otra creencia, y hasta se practicaba cierta vigilancia al respecto. Para asegurar la unidad religiosa fueron excluidos de penetrar en las Indias a los extranjeros, los judíos, los moros, los herejes condenados por la Inquisición y los gitanos.¹¹ Todos los pasajeros debían registrarse ante la Casa de la Contratación, y en caso de duda debía hacerse una información que recibía el mismo organismo.

Como estas aspiraciones al exclusivismo religioso no se lograron totalmente, en 1569 Felipe II resolvió crear en Lima y en México tribunales de la Inquisición con amplísima competencia y sin depender de otras autoridades, a fin de extirpar los errores y las doctrinas heréticas, así como todo lo que atentara contra la pureza de la fe. Otro tribunal se estableció en Cartagena en 1610.

¹¹ Ya en 1501 se ordenó a Nicolás de Ovando, nuevo gobernador de la Española, que no admitiera a extranjeros ni "Moros, ni Judios, ni hereges, ni reconciliados, ni personas nuevamente convertidas a Nuestra Fe" (ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *las bases fundamentales del derecho indiano*, en *Estudios de historia del derecho*, II. Buenos Aires, 1990, p. 36-38).

Un estado imperial a la vez católico y sometido al derecho podría parecer un contrasentido. La mención del imperio evoca la idea de poder, de fuerza. La religión, en cambio busca la paz y la justicia.

Y naturalmente el conflicto se produjo. Carlos V, no obstante sus arrestos bélicos casi permanentes, era escrupuloso en extremo. El principal objetivo de sus guerras fue defender al catolicismo frente a los protestantes, los turcos y los sarracenos que ponían en peligro a la Cristiandad. Mientras esto ocurría, en España los dominicos, y especialmente Fray Bartolomé de las Casas, realizaban una activísima campaña contra la conquista de América, señalando los excesos de los españoles y la triste condición de los indígenas.

Carlos V intervino. Su profunda religiosidad sin duda se conmovió. Hasta se cree que pensó abandonar el Perú. Las Cortes de Castilla, reunidas en Valladolid, pidieron al emperador que "mande remediar las crueldades que se hacen en las Indias contra los indios". Entonces comenzó hacer una visita al Consejo de las Indias, que luego naturalmente tuvo que delegar. El mismo año (1542) se sancionaron las Nuevas Leyes, destinadas a eliminar los malos tratamientos que sufrían los naturales y la institución misma de la encomienda. Y aún años después, como continuaron las denuncias por la forma que se realizaban las conquistas, Carlos V ordenó suspender las expediciones en el Perú.¹² No cabe duda de que el Emperador quiso frenar la expansión territorial tal como se estaba realizando.

Es cierto que las expediciones fueron autorizadas nuevamente, a partir de 1556, pero esto se hizo con tantas limitaciones y cortapisas que el cumplimiento del avance imperial se tornó imposible. Los españoles de América habrán sin duda advertido que los reyes les reducían los beneficios que esperaban conseguir, y que en el conflicto con los indígenas eran éstos los que gozaban de la preferencia de las autoridades y los que contaban con su protección. Entonces, a mediados del siglo, por ese o por otros motivos, el ímpetu imperial que había impulsado la conquista fue desapareciendo. El sistema que debía promoverlo se tornó burocrático.

II. Exclusión de las demás naciones. Desde el principio las Indias tuvieron un estatus internacional propio, que no se confundía con el de España. Las bu-

¹² R. C. del 16 de abril de 1550, en Encinas, *Cedulario*, IV, 255.

las alejandrinas habían fijado su límite oriental y prohibido a las demás naciones navegar y comerciar en esas regiones exclusivas de los reyes castellanos. Las decisiones pontificias tenían entonces alcance internacional, en virtud de los poderes que ejercía entonces la Santa Sede en esa Cristiandad que continuaba unida por los vínculos de la religión común. En otra oportunidad hemos analizado este tema con la debida amplitud.¹³

La concesión pontificia comprendía, desde el punto de vista internacional, dos aspectos diferentes. Por un lado otorgaba a los reyes de Castilla el señorío -es decir, el dominio, o lo que hoy llamaríamos la soberanía- de las regiones ubicadas al occidente, y por el otro prohibía llegar a ellas a las demás naciones sin autorización de los mismos reyes.

El dominio exclusivo del Nuevo Mundo fue un título controvertido por Inglaterra y por Francia. Aquella sólo aceptaba la ocupación como hecho creador de soberanías en las regiones susceptibles de ser colonizadas. Estas dos naciones se instalaron en la América del Norte y fundaron prósperos establecimientos. En el tratado firmado con Gran Bretaña el 18 de julio de 1670 España tuvo que admitir que los ingleses conservaran los territorios que entonces poseían, Jamaica y las colonias de Norteamérica. Era el primer abandono formal del derecho fundado por las bulas y el reconocimiento, de la ocupación como título con validez internacional. Y en los tratados de 1750 y 1777 España cedió los inmensos territorios de la cuenca del Amazonas, que Portugal ni siquiera había explorado. En estos casos, era el convenio de Tordesillas el que perdía su antigua vigencia. No obstante, España siguió convocando el título pontificio como base fundamental de su dominación.

La exclusión de los extranjeros no impidió que los mismos reyes la derogaran en ciertas oportunidades importantes. Carlos V concedió a sus banqueros, los Welser, la colonización de Venezuela en 1528. La importación de esclavos negros estuvo a cargo durante mucho tiempo de empresarios o compañías foráneas, a quienes se otorgaba una concesión (asiento) que con frecuencia les daba el monopolio temporal de la trata. Al final del siglo XVIII comenzó a liberalizarse el comercio, incluyendo a veces la posibilidad de hacerlo con otros países. El exclusivismo mercantil fue muy difícil de mantener.

¹³ Ver RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *El sistema internacional indiano*, en *Estudios de historia del derecho*, I, Buenos Aires, 1988, p. 163.

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

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

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

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

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

¹⁶ *Recop.*, II. ii. 8.