

LA LEGISLACION INDIANA COMO ELEMENTO DE LA HISTORIA DE LAS IDEAS COLONIALES ESPAÑOLAS

§ 1º

El precepto legal como expresión de ideas jurídicas

1. De todos es conocida la oposición corriente que los autores suelen establecer entre la legislación y la doctrina (teoría) en materia de Derecho. Esa oposición es fundada en algunos respectos, especialmente si la legislación se considera desde el punto de vista puramente normativo o de precepto. La ley es idea hecha norma exigible por el Estado, como la cláusula contractual es precepto entre las partes contratantes; mientras que la "doctrina" jurídica es opinión más o menos científica, que busca su realización en la vida social, si se refiere a las relaciones de este orden, o se mantiene en la esfera de la especulación teórica, ajena a toda posibilidad de aplicación práctica.

No quita, esta diferencia indiscutible, que la palabra "doctrina" posea otra acepción en que una gran parte de su diferencia con la ley se borra o se amengua. En efecto, aun convertida en norma, por aceptarla así la autoridad, la doctrina no pierde todas sus cualidades de origen; sigue presente en las normas legales y comunica a la particularidad de éstas una nota de conjunto, en virtud de la cual puede hablarse propiamente de una "doctrina legal". No hace falta acudir al ejemplo clásico de los ju-

risconsultos romanos, cuyas consultas incorporó un emperador, tal como ellas eran, al cuerpo preceptivo de su Código. Este ejemplo es más aparente que otros por el hecho de no haber pasado en aquel caso las opiniones científicas por la elaboración formal que las reduce a términos de ley; pero el cambio es, en él, análogo al que se produce en cualquier manera de incorporación de doctrina al acervo legal, como es común a todos los casos el hecho de añadir, a la original condición puramente científica de la doctrina y sin perderla (puesto que por ello no desaparece de la historia de las ideas jurídicas en que fué concebida), la de norma obligatoria de conducta.

A la vez, es indudable que siempre queda, en la realidad de la vida de cada pueblo y junto a la masa de sus leyes, otra de doctrinas que nunca pasarán de esta condición. Todavía se puede analizar más profundamente el concepto, si queremos descender a sus más finas modalidades, si añadimos la observación de que, fuera del campo propiamente científico de los teorizantes, la política también crea doctrina jurídica: unas veces, por obra de las masas (partidos políticos, prensa, reacciones inorgánicas de opinión pública), y otras por la de los técnicos o profesionales de la política oficial. Por muchas que sean las notas comunes de ambas "doctrinas", la científica y la política, así como de sus relaciones con la ley, no cabe duda que las separan diferencias grandes. Esas diferencias no son siempre de calidad (verdad, acierto, altura de miras), pero sí de método o proceso en su creación y, sobre todo, de motivos. Estos son puramente desinteresados, especulativos, en el jurista científico; utilitarios y prácticos en el político, ya sea simplemente ciudadano, ya diputado, senador, ministro o funcionario administrativo. Igualmente, los motivos que actúan para adoptar como norma una idea o doctrina a través de todas las vicisitudes y trámites por que pasa la producción de la ley, son ya, muchas veces, en esos dominios de las elaboraciones parlamentarias o de cualquier otro órgano legiferante, de cualidad esca-

samente jurídica, puesto que suelen responder a conveniencias de pura política, muy distantes, en algunas ocasiones, del principio de derecho que se pensó aplicar sin adulterarlo.

2. Las precedentes consideraciones, puramente teóricas, han sido escritas para desembarazar el camino de la presente investigación, de los argumentos preliminares que pudieran detenerla o exponerla a equívocos, en realidad secundarios. Pero sean las que fueren las relaciones internas entre doctrina y ley, lo que importa retener ahora como punto de partida es el hecho evidente de que el precepto expresa por sí mismo una doctrina (una idea) jurídica; y por tanto, que constituye una fuente de conocimiento de la ideología jurídica del pueblo que lo creó, y a la larga, de los cambios y vicisitudes (la historia) de esa ideología. Esto último sería lo propiamente histórico, puesto que nos daría la sucesión, la dinámica intelectual y política de la metrópoli con respecto al régimen colonial, tal como los españoles fueron concibiéndolo y juzgaron conveniente, o justo, ordenarlo. A la vez, nos mostraría en la debida confrontación de la curva legislativa (si es que la hubo, porque no es forzoso que se produzca siempre) con los problemas reales que la vida social y las influencias físicas iban suscitando, hasta qué punto vió y comprendió la España gobernante esos problemas; si alguno o algunos le pasaron inadvertidos o si, aun advirtiéndolos, les concedió la importancia que merecían; en suma, el balance de comprensión de la vida legislable alcanzada por el órgano legislador, punto que hasta el presente casi ningún investigador jurista ha abordado, aunque se encuentran, en los historiadores generales, de vez en cuando, apreciaciones críticas de este sentido. Esas apreciaciones son, naturalmente, más numerosas en los autores hispanófobos y en los de las colonias emancipadas, sobre todo en los tiempos de lucha y en los inmediatos a la independencia: cosa muy lógica puesto que el movimiento

político que ejecutaron estos últimos, reposaba sobre un conjunto de quejas, críticas e imputaciones más o menos exactas, como siempre ocurre en casos tales. Es cierto que parte de esas apreciaciones han sido ya discutidas ampliamente. Su discusión constituye la más que secular campaña de reivindicaciones que se viene haciendo desde el siglo XVIII en punto a la imagen real de la colonización española; pero si estudiamos atentamente esa campaña, notaremos que lo más frecuente en ella es, de una parte, la estimación de las razones absolutas de justicia en cuanto a la apreciación de los hechos y, de otra parte, la depuración de la exactitud de estos últimos. Lo menos frecuente es el punto de vista a que me he referido antes y que expresa, a mi juicio, una de las cuestiones más interesantes en la penetración de los valores históricos de carácter jurídico que pueden presentar las ideologías nacionales. Es, por tanto, esa correspondencia mayor o menor entre las necesidades reales del hecho colonizador y su comprensión y satisfacción por el legislador, lo que conviene estudiar, porque sólo en él pueden llegarse a percibir aspectos de la espiritualidad jurídica directora de la conducta gubernativa y explicaciones de esta misma que desde otros puntos de vista no son perceptibles. Más adelante volveré sobre este punto, que comporta una más honda consideración.

3. Queda sentado en las anteriores observaciones que el punto de arranque para poder estudiar esa cuestión se halla en el conocimiento de la ideología expresada por las leyes, es decir, por los preceptos; sin ese conocimiento, el del otro factor—la realidad colonial—tampoco basta. Pero a la vez, ambos poseen valor propio, por sí mismos, independientemente de su aplicación comparativa.

Hay, pues, que empezar por el estudio de las leyes. Esto es lo que han venido haciendo principal (y, a veces, únicamente) los historiadores de la colonización, juristas y no juristas, como todos sabemos. A base de textos le-

gales (casi siempre los de la *Recopilación* de 1680) se han trazado los cuadros, ordinariamente estáticos¹ de nuestro régimen colonial, salvo en algunas monografías de instituciones muy particulares en que se ha tenido, más o menos intensamente, la preocupación dinámica o genética a través de todo el proceso de su historia.

Pero todos sabemos también que si en líneas generales esas investigaciones genéticas—que son las propiamente históricas—pueden algunas veces tenerse por exactas, la perfecta exactitud no se ha logrado casi en ninguna. Para que esto fuese posible sería preciso realizar un trabajo preliminar que no existe sino en casos muy particulares y poco numerosos, a saber: la reunión de todos los textos legislativos completos (la *Recopilación* de 1680 y otras colecciones, así como los inventarios antiguos, los dan truncados o en resumen, la mayoría de las veces), desde el origen de la colonización hasta los últimos tiempos de ella en cada país donde se ejerció. Esto supone una labor de papeletas que, empezando por lo impreso—que no se ha utilizado todavía con toda la amplitud necesaria—, acometiese a fondo lo inédito conocido y la búsqueda de lo todavía oculto en algunos archivos y bibliotecas, y nos diese así todos los materiales necesarios para que no quedase olvidado ningún eslabón en la larga cadena legislativa de Indias. Bien se comprende que aun en el caso de limitarnos a lo inédito conocido por catálogos e inventarios, la labor será larga y pesada; pero hagámonos desde ahora a la idea de que mientras no esté cumplida, las conclusiones a que lleguemos serán provisionales nada más.²

4. Esto no quiere decir que carezca de utilidad el estudio del material que tenemos actualmente a nuestra disposición. Su abundancia e importancia dentro de la historia jurídica, son suficientes para que nos proporcione

¹ Ver el desarrollo de esta observación en mi *Técnica de la investigación de la Historia colonial española*.

² Ver mi estudio sobre *Los cedularios*.

un resultado considerable y digno de tenerse en cuenta. Por de pronto, no tendrá menos valor, sino más, porque lo mostrará en aspectos nuevos, que todo lo que constituye hasta ahora el fondo del saber aceptado como ciencia histórica colonial, aunque la sepamos deficiente en muchos puntos. Además, esa labor, que puede emprenderse desde ahora, nos suministrará un ejemplo (o por lo menos, un tanteo), una lección, sobre lo que podrá llegar a ser semejante estudio aplicado a documentación más extensa o a la totalidad de ella, si algún día la alcanzamos. Ello nos dará, a la vez, la primera base para ir incorporando las rectificaciones y novedades que su ampliación nos proporcionará en mayor o menor medida. La obtención de un núcleo semejante, iniciará y facilitará la obra total.

Pero aun en ese núcleo, el texto de las leyes no representa más que una fase de la doctrina que buscamos (que debemos buscar) en la presente investigación. Nos dice la fórmula normativa en que cristalizó el pensamiento del legislador, más o menos rápidamente, una vez conocida su necesidad, o bien a través de vacilaciones y ensayos mentales; pero no nos da a conocer este proceso intelectual, tan interesante para la historia de las ideas. ¿Dónde podremos encontrar los elementos de ese hecho para conocerlo exactamente?

Tenemos que plantearnos este problema concretamente, es decir, en el cuadro de la legislación colonial y, más precisamente aún, del período de tres siglos, año más o menos, que comprende esa legislación en el continente americano y en las islas hasta la emancipación de aquél. Sólo reduciéndolo así podremos abrazarlo fácilmente y ver con claridad sus características, tan diferentes de las que presentan los hechos posteriores a 1812, es decir, al primer momento constitucional de la metrópoli. En efecto, durante los siglos XVI a XVIII, ambos inclusivos, y los años iniciales del XIX, la estructura gubernamental española, y singularmente la del reino de Castilla a que

pertenecían las Indias, no se prestó a que se produjesen los hechos que el régimen constitucional y ministerial trajo consigo y que nos permiten conocer documentalmente la preparación de las leyes, tanto en su elaboración gubernamental (proyectos que el jefe del Estado autoriza), como en la parlamentaria (discusiones, contraproyectos, enmiendas, transacciones). Tan sólo en el orden de la legislación internacional (tratados, convenciones) nos pueden ofrecer, los siglos XVI a XVIII, documentación relativa a lo que hoy llamamos "trabajos preparatorios" (negociaciones diplomáticas; discusiones de los plenipotenciarios encargados de redactar el tratado). En la legislación nacional, ni proyectos de ley presentados al monarca antes de ser sometidos al Parlamento, ni exposición de motivos para aquél y éste, ni discusión en la asamblea; todo se pasa en la intimidad y el secreto de la Corte y su camarilla, si existe. Las Actas de las Cortes castellanas correspondientes al siglo XVI y parte del XVII, no nos revelan nada que pueda reemplazar a los documentos antes citados. Sólo a veces nos dan la expresión del pensamiento de un grupo parlamentario (los procuradores de ciudades), en punto a ciertas cuestiones coloniales; pero los casos son pocos, y la profundidad de su manifestación exigua. Ello no autoriza, sin duda, a prescindir de esos hechos, pero debemos saber que son de poco alcance para lo que quisiéramos averiguar en cuanto a la gestación de las leyes.³ En la mayoría de los casos, pues, carecemos de esa especie de informes.

En cambio, los siglos XVI a XVIII ofrecen al investigador una abundante cosecha de informes, consultas y peticiones, espontáneas unas veces, solicitadas, otras, por

³ La documentación relativa a la materia indiana de las Cortes ha sido reunida y clasificada por uno de mis alumnos y constituyó una tesis doctoral, aprobada por la Facultad de Derecho de Madrid. Los dos volúmenes que la constituyen forman parte de los libros y materiales de trabajo de mi pertenencia que no sé si algún día podré recobrar.

los monarcas, y que muestran algo análogo a las discusiones parlamentarias o de consejos y juntas administrativas del período constitucional. La riqueza de esa clase de documentación, es muy grande. Se percibe bien pronto en cuanto se pone uno a reunir papeletas *ad hoc* y a seguir el rastro de la idea primitiva (de origen oficial o de origen privado) hasta que cristaliza en una fórmula preceptiva final. El ejemplo más conocido de esta especie es el de la elaboración de las llamadas *Leyes de Burgos* (1512) y otras semejantes, en que se acusan fuertemente la influencia de Las Casas, el choque de oposiciones y el forcejeo para llegar a un resultado aceptable y eficaz. En ese mismo tipo pueden citarse, entre otros muchos, el *Memorial informativo anónimo* (1517 ?) sobre el repartimiento de indios en la Isla Española, y las reglas y procedimientos para su buena ejecución, que publicó la *Colección de documentos inéditos del Archivo de Indias* y que será preciso estudiar a base del original; la *Carta de los Priors al Cardenal Cisneros* (fecha de 20 de enero 1517); los informes y memoriales de un tal G. González sobre igual materia; la propuesta de los frailes Jerónimos al Emperador (18 de enero, 1518); y otros documentos relacionados con la cuestión batallona de la "habilidad de los indios", de cuya resolución pendía una base importante de las leyes protectoras⁴; el llamado *Memorial de Ochoa*,⁵ y, para dar un solo ejemplo del siglo XVIII, el *Dictamen* del virrey Rivillagigedo "sobre la precisión de adicionar la ordenanza de intendentes de 1786" que se halla en la sección de manuscritos de la Biblioteca Nacional de París. No hay para qué decir la importancia que a ese respecto poseen las iniciativas y las propuestas al rey del virrey de Toledo.

Es indudable que si no se reúnen todos estos materiales—y ello exige una labor larga y tal vez insuperable pa-

⁴ Ver mi *Técnica de la investigación*, ya citada, cap. VI, donde hay otros ejemplos.

⁵ Ver mis *Documentos primitivos*, cap. IX.

ra un solo individuo—será imposible conocer esa parte relativa a la formación de las leyes, que tanto ayuda a comprender el valor circunstancial de un precepto y el sentido de la fórmula de redacción empleada. Y no debe pasar inadvertido el hecho de lo que se enriquece con esas investigaciones el ideario de los legisladores, explícito en la norma obligatoria, con la incorporación de los idearios teóricos de las personas que sugirieron principios o reglas, comentaron proyectos, o informaron acerca de las conveniencias y las dificultades de la realidad que se pretendía reglamentar: nuevo caso de los cruces entre la doctrina y la ley, quizá más perceptible (a lo menos a mí me lo parece, tal vez porque no conozco los otros tanto como éstos) en el orden indiano que en el de la legislación peninsular.

5. Pero con esto, todavía no se agotan los aspectos que es necesario considerar para el completo conocimiento de todo lo que la legislación indiana puede aportar a la historia de las ideas coloniales españolas en los siglos XVI-XVIII. En el § que sigue detallaré lo que corresponde a uno de los más sustanciales de estos aspectos.

§ 2º

La motivación de las leyes indianas

6. En el número cuatro del § anterior se han deslizado incidentalmente referencias respecto de la motivación de las leyes, mezcladas a las de su origen y preparación. Conviene distinguir claramente ambas cosas, con tanto más motivo cuanto que, inevitablemente, la documentación allí citada ofrece, junto a las ideas iniciales de una regla determinada o a las conclusiones contenidas en informes y controversias, las razones en que se funda la preferencia de la opinión sustentada por unos y otros. No creo que sea necesario insistir en la diferente naturaleza

de ambas cosas. Los documentos referidos nos pueden dar, pues, muchas noticias respecto de las razones que abonaron la proposición de una determinada regla; y en el caso de que sea ésta la aceptada luego por el legislador, quien la convierte en precepto, quizá también los motivos de su adopción.

No es, sin embargo, seguro que en todos los casos la norma legislada responda exactamente a la motivación de quien la sugirió. Al pasar del sugeridor al legislador, las palabras con que la norma se expresa pueden seguir siendo las mismas o muy análogas y, sin embargo, no ser iguales los motivos. Este hecho es bien sabido por los políticos, y también por los juristas. En la jurisprudencia, que revela sus razones como explicación y justificación de la sentencia propiamente dicha (el *dispositivo* que dicen los franceses), sabemos a qué atenernos respecto de la correspondencia entre ambos factores; pero las leyes no están siempre en el mismo caso.

7. En efecto, la historia legal moderna nos ofrece, por lo general, el tipo de leyes cuyo texto no comprende su motivación, sino la fórmula preceptiva tan sólo. Como ya dije antes (Nº 4), la motivación de ellas suele existir en forma de preámbulo, a veces doble preámbulo o exposición de motivos del proyecto (proyecto de ley formulada o de bases para una ley) y preámbulo del texto promulgado. Lo primero es muy común, tanto en las disposiciones que han de afectar la forma y categoría de leyes *strictu sensu*, como en las que se reducen a ser órdenes de las autoridades ejecutivas (órdenes ministeriales y decretos que no pasan al Parlamento). Lo segundo no suele existir más que en leyes de gran envergadura, ya sean de las llamadas "orgánicas" con referencia a la Constitución, ya las de materia especial muy importante (Código Civil, Ley Hipotecaria, etc.) En todo caso, constituyen un texto adjunto, pero independiente, de la ley propiamente dicha, y que pronto cae en olvido para el gran pú-

blico; pero su valor para el conocimiento pleno del sentido y alcance de las leyes, es decir de lo más hondo de su ideología, es evidente.

Esa forma explícita de motivación no existe en las leyes indianas, y mucho menos en las compilaciones, empezando por la de 1680 que, además, con su recorte de las cédulas, ordenanzas, pragmáticas, etc., que la forman, borró todo enlace entre el precepto y sus causas y razones. Afortunadamente, no ocurre siempre lo mismo en los textos originales (por tanto, completos) de aquéllas. Esos textos comprenden muchas veces—continuando la tradición de *Las Partidas* y otras leyes medievales—la indicación de los motivos de cada precepto, es decir, motivos perfectamente individualizados.

8. Esa motivación es, por de pronto, la *auténtica*, puesto que la da el legislador mismo. Permite su comparación con las motivaciones de otros trámites y estados de redacción del precepto, si es que existieron; pero, sobre todo, nos ofrece la explícita aducción de las razones que tuvo el legislador para adoptar, promulgar y hacer así obligatoria la norma que les corresponde.

A este interés general, la motivación de las leyes indianas une el de mostrarnos, no sólo las razones de orden estrictamente jurídico a que obedece el precepto (y que son las que sobresalen en los preámbulos modernos), sino también las que pertenecen a las causas extrajurídicas de éste. Ya he dicho antes la importancia que, a mi juicio, tiene esta clase de motivación como causante de ley. No insistiré ahora sobre este punto, que he tratado especialmente en mis *Cuestiones preliminares de Historia del Derecho español*.⁶ Me bastará con advertir que la situación de ese factor como esencial en la génesis de la ley *latu sensu*, no es cosa moderna, aunque haya recibido de los

⁶ Madrid, 1903; y antes, en mi artículo *La distinción de la Historia interna y la externa del Derecho*, publicado en la *Rev. Jurídica de Cataluña*. Barcelona, 1902.

estudios y especialmente del punto de vista sociológico, a partir de Comte (tal vez de Montesquieu; pero, en este caso, sin efectividad inmediata), un impulso cada vez más intenso. En el siglo XVII, la doctrina de la motivación extrajurídica se encuentra ya formulada por Leibnitz y quizá por otros contemporáneos; pero es curioso el hecho de que los juristas no la acogieron y desarrollaron como parece natural que hubiese debido suceder. El punto de vista puramente legal les absorbía la atención preferentemente y les limitaba la percepción de la dependencia en que el derecho (la norma de derecho) se halla con respecto a las necesidades extrajurídicas de la vida individual y social.

Nada de esto fué obstáculo para que los políticos legisladores de Indias se dieran cuenta del gran valor práctico de ese elemento. Una demostración cumplida nos la ofrecen las leyes indianas de fines del XV y del XVI, como la dieron en el XIII *Las Partidas*. Es probable que los legisladores de entonces no tuvieran conciencia de la relación entre esos motivos y la ley, y por eso no llegaron, que sepamos, a formular la doctrina; pero que ésta se halla implícita en las expresiones de las cédulas reales y otras formas normativas, es un hecho que salta a la vista en los textos.

9. Vengamos, pues, al examen de algunos de los testimonios que he encontrado en mis investigaciones hechas para la selección de las leyes primitivas del régimen colonial.⁷ No creo naturalmente que sean éstos los únicos del período. La investigación sigue abierta. Mi intención actual es de llamar la atención de los juristas de la historia indiana hacia la necesidad de impulsar ese estudio y de agotar la documentación que pudiera convenir al inventario de la motivación jurídica y no jurídica en que basaron sus preceptos los legisladores del régimen colonial.

⁷ Los textos se encuentran en el ya citado libro *Documentos primitivos de legislación colonial española*.

Expongo los textos en orden cronológico, sin preocuparme ahora de la clasificación y la importancia relativa de ellos. Me limitaré a señalar la existencia de un grupo bien determinado que se refiere al reconocimiento de la imposibilidad de legislar o de ejecutar actos de gobierno desde la metrópoli, así como al margen consiguiente de autonomía que se concedió a las autoridades coloniales.⁸

I. En la Instrucción al Comendador de Lares (Nicolás de Ovando), fechada en Granada a 16 de septiembre de 1501, se lee una estimación especial de "la calidad de la tierra" (es decir, de la diferencia de costumbres y condiciones de vida económica entre la Península y las Indias) para razonar la necesidad de una modificación de las reglas vigentes en aquéllas: "porque nuestra merced e voluntad es que los yndios nos paguen nuestros tributos e derechos que nos han de pagar como nos lo pagan nuestros suditos vecinos de nuestros rreynos e señorios, *pero porque la forma como acá [en España] se pagan e cobran a ellos seria graue segund la calidad de la tierra*, hablareys de nuestra parte con los caciques... e de su voluntad concordareys con ellos lo que nos ayan de pagar... de manera que ellos conozcan que no se les fase ynjusticia." Por tanto: reconocimiento, como ya dije antes, de la diferencia de situaciones, base de motivación para otra diferencia legal; apreciación de que el criterio de justicia, en este caso, depende de la especial situación de las poblaciones indias y de la conciencia que ellas, consiguientemente, tengan de lo que aquélla impone por razón natural.⁹

II. En la misma Instrucción, párrafo siguiente al de los tributos, se motiva el trabajo obligatorio de los indios en una necesidad que al legislador le parece imperiosa, re-

⁸ De esta materia me ocupo especialmente en la citada *Técnica de la investigación*.

⁹ Para facilitar la lectura de estos textos, me permito añadirles la puntuación especial que en los originales falta, y corregir la ortografía de los nombres geográficos.

lativa a la mano de obra: "porque para coger oro e faser las otras labores que nos mandamos hazer *sera necesario aprouecharnos del servicio de los yndios, compelerlos heys a trabajar, etc.*" No es, por tanto, el ordeno y mando concebible en el gobierno de la época, sino el precepto razonado en virtud de una necesidad económica. La verdad de esta razón, si cupiera discutirla, no quita nada a la concepción jurídica de la norma adoptada.

III. En la respuesta al comendador mayor de Alcántara, de 23 de diciembre de 1504, se explica el hecho de confiar al Gobernador la busca en la isla de persona capaz de ejercitar algunas obras de albañilería; y esto, por la razón que "enbiar de aca a quien lo hiziese, allende de ser mucha costa, no se aparejaria tan ayua."¹⁰

IV. Una cláusula de otra respuesta al mismo comendador (es también Nicolás de Ovando), fechada el 15 de septiembre de 1505, fundamenta una excepción a la prohibición general de pasar a Indias los extranjeros, en un puro motivo económico añadido con otro de orden personal fuertemente extrajurídico: "Escrevis que vn extranjero trabaja mucho en las minas del cobre, que seria bien darle licencia para que quedase alla, *pues desis que es persona provechosa e de buena conversacion*: quedese alla, que yo le doy licencia para ello."

V. La apreciación de los inconvenientes administrativos que presenta la distancia entre la metrópoli y las colonias, se alega en muchas disposiciones de la época como motivo de autonomía en Indias. Ejemplos: la cláusula que sigue a la citada en el número IV y que se refiere a los caminos que era preciso recomponer (*adobar*), para el Puerto de la Plata; la regla 24 de las Instrucciones dadas en 1509 (3 de mayo), a Diego Colon: "*porque aca no se puede sauer*, si sera bien cercar las poblaciones que hoy

¹⁰ Con esta disposición hállase relacionada otra de 1505, comunicada al mismo Comendador.

están o si se será necesario hacer algunas más”; la Instrucción para el Gobernador de Tierra Firme (4 de agosto de 1513), al tratar de las precauciones que es necesario tener para el establecimiento de pueblos tierra adentro, dice: “*Y porque de aca no se os puede dar regla cierta ni aviso particular para la manera que se ha de tener en fazerlo, sino que la ispiencia de las cosas que alla sucedieren os han de dar la avilantez y aviso de quando y como se ha de fazer, solamente se os puede decir esto generalmente . . .*” etc.

VI. El número 19 de las ya citadas Instrucciones del 3 de mayo de 1509, razona la prohibición de pase y permanencias en Indias a “moros, ni erejes, ni judios, ni reconciliados, ni personas nuevamente convertidas a nuestra Santa Fe”, por el cuidadoso deseo que tuvieron los reyes de convertir a los indios “a nuestra Santa Fe Catolica, como arriva digo, y si alla fuesen personas sospechosas en la Fee, podrian ympedir algo a la dicha conversion”. Este motivo de contagio es muy conocido y, además, se repite en otras cédulas; pero su conocimiento anterior no le quita la condición de pertenecer al género de ejemplos que expongo ahora.

VII. En el número 36 del mismo documento, se fundamenta una prohibición que figura en otras varias disposiciones relativas a repartimientos de indios, a saber, la de dar indígenas a los clérigos, por el siguiente hecho de índole religiosa y, también, muy humana: “*Yo e seido ynformado que a cabsa de se dar Indios a los Curas que tienen cargo de administracion de algunas iglesias, no se rigen ni administran en ellas los Sacramentos, ni se celebra el culto Divino como conviene, por tener que granjear e tratar con los tales Indios, de lo cual Dios nuestro Senor es desseruido, por ende, etc.*”

VIII. La cláusula III del Despacho para las Indias, expedido en Monzón a 15 de junio de 1510, es un pre-

cioso ejemplo de multiplicidad de motivos acumulados para razonar un precepto. Dice así: "En lo que escreuis vos el almirante que trabajays como los indios esten y biuan en pueblos, aveyslo de mirar mucho, porque . . . *esto serya muy trabajoso por lo mucho que syenten en mudarlos de sus asyentos, e por el mal aparejo que avria de heredades (?) para mantenimientos, y porque de la mudança se perderian muchos dellos y moririan de coraje, y se perderia mucho tiempo en el coger del oro.*" Cuatro son los motivos que aduce la cláusula. El primero y tercero son, en el fondo, uno mismo, que primeramente aduce la causa fundamental (lo que en su salud y en su ánimo sufren los indios que se transportan de unas regiones a otras) y luego, las consecuencias concretas de la misma. Ambos se refieren al cuidado y protección de los indígenas. El segundo motivo expresa una dificultad de orden económico, basada en el hecho de que no en todas partes se hallan mantenimientos suficientes. El cuarto pertenece concretamente al orden fiscal y tiene un carácter marcadamente utilitario con respecto a la Hacienda pública.

IX. En el mismo documento, la cláusula XII da una razón para mantener los repartimientos de indios, que se enlaza con los argumentos aducidos por los interesados en la información hecha por los frailes jerónimos siete años más tarde (1517), y enviada al Cardenal Cisneros en 20 de enero. La cláusula de 1510 dice: "Ya sabeys con *quanto trabajo han estado los primeros pobladores que a essas yslas fueron y quanto bien ha rredundado a todas ellas de su estada, y porque mi merced e voluntad es que los semejantes sean en todo bien tratados y fauorecidos, yo vos mando, etc.*"

X. Por el contrario, las cláusulas XIX y XX exponen motivos contra el traslado de los indios de unas islas a otras, confirmando la doctrina de la N^o III, pero con otras razones, a saber: Cláusula XIX: "He seydo informado que algunas personas de los que estan en esa ysla Española y

en ella tienen yndios, se han probeydo y probehen de otros yndios en la ysla de San Juan y *porque sy asy besiesen la dicha ysla no se podria poblar tan bien ni tan breuemente como a nuestro serucio cumple, porque como sabeys avn ay pocos yndios para los que alli fueren a poblar e se avezindar*" (sigue la prohibición de aquel abuso); Cláusula XX: "Porque a mi es fecha relación que a nuestro serucio cumple que de la ysla de la Trinidad no se trayan al presente yndios, *pues ay otras yslas mas cerca donde se pueda traer, porque es una ysla algo grande y diz que tiene oro y esta en paz y trato con los yndios de las perlas, y escandalizando los de aquella ysla perderseya el trato de las perlas, y aunque no oviese alli perlas, por no aver al presente otros yndios de paz en toda la Costa de Tierra Firme es bien conseruarlos, quanto que es cosa provechosa aquel trato, y por otras cabsas*" (sigue la prohibición). Nótese la calidad puramente económica (utilitaria) de los motivos de esta cláusula, a diferencia de la política (conveniencia de la población española en San Juan) de la cláusula anterior.

XI. Esa motivación económica (no jurídica, como en el caso, v. gr., del título justo de la conquista, investigado por Vitoria), parece repetida en la segunda cláusula del Despacho enviado desde Sevilla el 6 de junio de 1511, al mandar al almirante (Diego Colón) que envíe la tercera parte de los indios a las minas, y basar esta medida en la razón de que, "*todo el cabdal (caudal) son ellos (es decir los indios); para conservallos e acrecentallos e yndustriallos en las cosas de la fee, se debe poner mucho rrecabdo e diligencia mas que en ninguna otra cosa*". La frase que sigue a la expresión "todo el cabdal", es equívoca. Lo mismo puede expresar una interpretación espiritual de esas anteriores palabras, que responder al deseo de colocar, al lado de la preocupación económica que las minas suponen, la preocupación religiosa que desde un principio manifestaron los Reyes Católicos. La mezcla de ambas co-

sas en una cláusula como ésta, es, sin embargo, muy extraña y no se compagina con la redacción general de aquélla ni con su evidente propósito.

XII. Sobre los peligros de trasladar a los indígenas de unas islas a otras, vuelve a razonar la cláusula que lleva (erróneamente) el N° 3 del Despacho antes aludido (16 de junio de 1511), repitiendo el argumento de la salud de los indios: "*porque ya sabes quanto dano e peligro rreciben los yndios en mudallos de una parte a otra*". Añade luego una razón ingenuamente utilitaria, para motivar la excepción eventual a la regla: "*e sy despues de sabido que no ay oro en ella (en la isla de la Trinidad), ni se puede rrecebir prouecho ni seruicio qual seria rrazon, y que no sera alterar a los de las perlas traer yndios de aquella ysla y todavia os pareciere que se deven mudar, mandad dar horden como se muden*". Pero aun en el consentimiento de esa excepción, aflora el cuidado constante de no causar a los indios más daño que el inevitable en el cumplimiento de la necesidad para que se les utiliza; y así advierte: "*como se muden de la manera que ellos rreciban menos trabajo y pena*". La fuerza del motivo económico (el provecho que implica toda colonización), es, sin embargo, tan fuerte, que a continuación de la frase que acabo de copiar, la cláusula añade: "y essas yslas pueden ser mas aprouechadas".

Vese en todo ello el dramático conflicto que impone la obra colonizadora sobre territorio de razas que se vienen considerando inferiores desde hace muchos siglos, a saber: entre la utilidad económica y la razón de humanidad. La diferente medida en que los pueblos colonizadores han resuelto ese conflicto, dando la preferencia a uno u otro de aquellos elementos, es lo que caracteriza la intensidad de sus sentimientos respectivos en cuanto a la persona humana "inferior". Es cuestión de grado, porque en todos hay más o menos sacrificio del hombre a quien se utiliza; y quizá esto es desgraciadamente inevitable, como pretenden los economistas.

XIII. La cláusula siguiente del mismo Despacho, ilumina la comprensión de la complejidad que expresa esta clase de motivos. Se refiere esa cláusula a la traída de indios de la isla de Santa Cruz, que autoriza; pero a la vez ordena que si entre esos indios se hallaren algunos que fuesen naturales de la de San Juan, que se reintegren a ésta, "*porque en su naturaleza estaran mas contentos y mas sanos y seruiran de mejor voluntad; y en esto no haya dilacion ni disimulacion*".

XIV. En la Instrucción para el Gobernador de Tierra Firme (4 de agosto 1513) hay una larga cláusula que trata de la reglamentación de las encomiendas de indios por naborías ("*las hordenanzas que para ello llevays*"), cuyo cumplimiento y obediencia se manda categóricamente. La motivación de las reglas de prudencia y del mejor trato posible a los encomendados, se basa en los repetidos deseos de que "*de aquella manera [la de las Ordenanzas] seran mas conservados y mejor tratados y mas adoctrinados a nuestra santa fee catolica . . . antes si alguna vierdes de más de lo que en ellas se contiene, que se debe de fazer en provecho de los yndios y de su salud y conversión, sera bien que se faga para que ellos sean mejor tratados y vivan en mas contentamiento en compañía de los xpianos*". Después de un breve desarrollo de estos motivos básicos, la cláusula toma en consideración otros, si no sustancialmente distintos, expresivos de modalidades no consideradas antes. El primero es que "*los yndios son mal aplicados al trabajo* (es decir, el trabajo según lo conciben y practican los europeos) y an acostumbrado siempre a olgar"; es, por tanto, de temer que los indios de Tierra Firme huyan de modo (puesto que se trata de territorio continental y no de una isla), que sea mucho menos fácil alcanzarlos que en la Española. Por ello, "*parece muy dudoso y dificultoso que los yndios se puedan encomendar a los xpianos, a la manera que los tienen en la Española; y a esta causa parece que seria mejor que, por via de paz e concierto,*

aliviandolos lo mas que ser pudiese al trabajo en esta manera" (sigue el detalle de la reglamentación para Tierra Firme, ejemplo interesante de la flexibilidad con que la legislación de entonces se pliega a las circunstancias diferentes).

XV. La Respuesta del rey a los oficiales de la Casa de la contratación de las Indias, fechada en Toro a 5 de marzo de 1505, motiva la restricción de importaciones a la isla Española, en el parecer del Gobernador, según el cual "corre mucho rriesgo e peligro *a cabsa de las muchas mercaderias que alla se llevan por virtud de la licencia que para ella dimos*". En otros términos, el mercado no puede absorber más que cierto volumen de mercaderías, y sobrepasarlo es perturbador: razón de pura naturaleza económica.

XVII. En el grupo de las leyes referentes a la emigración a las Indias, que naturalmente plantean el problema general de la población de las colonias, se hallan muy interesantes motivaciones de esa política. A todas ellas domina, como es de suponer (y a pesar de las prohibiciones que de ciertas clases de personas se hicieron), la evidente necesidad de explotar aquellas tierras mediante la implantación de los diferentes cultivos y oficios; lo que implica cierta amplitud en cuanto a los permisos y a las ventajas en favor de los emigrantes. Por ello, las restricciones se reducen, de hecho, al mínimo indispensable para la satisfacción de las precauciones de orden religioso (véase N^o VI) y a la de no entregar el beneficio de las colonias a manos extranjeras, aunque en esto último también hubo mayor tolerancia de lo que se ha creído (un ejemplo se ve en el número IV). Estas reglas generales se observan bien en la temprana Real Cédula de 5 de mayo de 1495, expedida por Don Fernando y por Doña Isabel. En la siguiente, de 30 del mismo mes y año, se expresa como motivo para aplicar latamente el principio general de la licencia de ir a Indias "nuestros subditos y naturales", el hecho de que "*descobrirse la dicha tierra e yslas e rres-*

gatar [rescatar] en ellas e poblarse de xpianos la dicha ysla Española que esta descubierta, es servicio de Dios nuestro Señor, porque la conversacion dellos podria atraer a los que abitan en la dicha tierra al conocimiento de Dios nuestro señor e reducirlos a nuestra fee catholica", pero a continuación de este motivo religioso, que ya se ha visto expresado en otras varias cédulas de la época, se añade, como casi siempre, el utilitario: "Otrosy, *que es servicio nuestro e bien e pro comun de nuestros Reynos e señorios e de nuestros subditos e naturales"*.

XVIII. La cédula de Carlos I, dada en Granada a 17 de noviembre de 1526, consigna tres razones para confirmar la licencia de pasar a Indias los súbditos y naturales, y también, "todos los subditos y naturales del ymperio, asi ginoveses como todos los otros". La primera razón es la religiosa, expresada en muy análogos términos a los de la cédula de 30 de mayo de 1495; la segunda es, "*porque todos nuestros subditos e naturales que de yuso sean declarados gozen el fructo de las dichas Indias y de su fertilidad y abundancia"*. La tercera, se funda en "*las continuas suplicaciones que nos han sido fechas por las cibdades e villas que estan pobladas en las dichas Indias, e personas particulares dellas"*. Es este último, como bien se comprende, un motivo de índole política.

XIX. La Instrucción dada por Diego Velázquez a Hernán Cortés para la expedición en busca de Grijalva, en Santiago (de Cuba), a 23 de octubre de 1518, fundamenta el hecho de que los Reyes "permiten descubrir tierras nuevas", en el mismo motivo religioso que tan repetidamente se ha visto expresado desde las disposiciones de 1495.

10. Los precedentes ejemplos sólo muestran una parte mínima de los muchos testimonios que ofrece la legislación indiana, restringida en el presente estudio, al período que va de 1492 a 1543. Pero el material necesario para poder llegar al trazado de un cuadro completo de la

motivación, debe contener, naturalmente, todos los ejemplos que una cuidadosa investigación de las fuentes (a base siempre de documentos auténticos y completos) es capaz de suministrar. Sin gran esfuerzo podríamos añadir aquí, a los diez y nueve que el lector acaba de ver, un número considerable emanado del grupo de cédulas que especialmente tratan de la libertad y protección de los indios y que, como es lógico, desarrollan con mayor amplitud las razones y las normas que las incidentales cláusulas de cédulas e instrucciones generales o de contenido complejo.¹¹ Sin salir de estas últimas, que son las utilizadas en el número anterior, se aprecian bien las oscilaciones del pensamiento legislador y la influencia, a veces contradictoria, de las diferentes razones y necesidades que les solicitaban. Como ya dije antes, esas vacilaciones señalarán, cuando conozcamos todo su proceso, la curva o curvas de la ideología española gobernante a través de tres siglos, y muy particularmente en el período que podemos llamar "de establecimiento" del régimen. Sólo entonces podrán formularse conclusiones acerca del sentido y alcance de esa ideología jurídica del Estado Español referida a la materia colonial de Indias, y será bien fundado confrontarla, de una parte, con la de la doctrina que alcanzó realización legal, y de otra parte, con el cumplimiento de las leyes por las autoridades coloniales y por los ciudadanos españoles (peninsulares y criollos) que habitaban las Indias, y que así mostraron su propia ideología.¹² Por mi

¹¹ La selección de las cédulas especiales a que me refiero ahora, me ha dado un grupo de 23 (de 1495 hasta 1543), algunas inéditas y otras de texto mejorado con relación a las publicaciones anteriores. Ese grupo constituye el capítulo XXII de mis *Documentos primitivos*.

¹² Esto no quiere decir que la determinación de la ideología de los gobernantes no exija también el examen de otras especies de documentación que las leyes, p. e. los epistolarios de reyes y funcionarios, si existen; los testimonios de los historiadores contemporáneos, como Las Casas, y otros análogos. En todo caso, el documento más inmediato, que marca el punto de partida de la investigación es, evidentemente, la legislación misma; y por eso le doy la importancia que el presente estudio significa.

parte, sigo trabajando en ese sentido; pero quizá no es tarea para llevada por un solo hombre. A mis discípulos directos toca reaccionar ante esta llamada mía.

11. Antes de terminar el presente estudio, creo oportuno plantear la cuestión que, a mi juicio, sugiere inmediatamente la existencia de esa motivación explícita en tantas leyes de Indias. ¿Por qué los legisladores se creyeron obligados a mezclar con el texto del precepto—que es el propio de la legislación—la exposición circunstanciada de las razones que lo explican o legitiman? La respuesta no puede ser más que hipotética, hoy por hoy.

Cabe suponer que operó en ellos el ejemplo de una buena parte de la legislación española medioeval, y singularmente de *Las Partidas*. Confieso que, sin negar la posibilidad de ese origen, no me satisface por completo. Es posible que el espectáculo de la polémica que desde un principio se produjo en cuanto a las más salientes normas de la política indiana, y particularmente de la libertad y de la aptitud del indio para la vida civil, y la preparación de consultas a los hombres calificados de entonces (teólogos, juristas) que los reyes mismos solicitaron como es sabido, señalase a éstos la conveniencia de expresar los motivos que les decidía por una u otra de las opiniones. En ciertos casos, p. e., el de la capacidad o "habilidad" de los indios, ese hecho parece evidente.

Por otra parte, no creo temerario apuntar que, desde un punto de vista más general que el de las polémicas y las consultas concretas de determinada reglamentación, puede haber influido en el ánimo de los legisladores, para consignar la motivación de sus normas, la preocupación clarísima que desde los primeros momentos sintieron los reyes españoles y los teólogos y moralistas, de justificar jurídicamente, o por otras razones de gran fuerza, la conquista, la colonización y la conversión en súbditos de la monarquía española, de las poblaciones indígenas de las Indias Occidentales. Esa preocupación, caso único en la

historia de las conquistas de todo género en aquellos siglos y los precedentes, y que tan noblemente caracteriza la posición de España respecto de sus nuevas colonias, y, sobre todo, de los hombres que en ellas encontró, debió lógicamente determinar la exigencia de exponer, en cada una de las leyes, la razón por la cual se había dictado. Pero no doy por ahora, a esa sugestión, mas que el valor que esta palabra contiene.

RAFAEL ALTAMIRA.

Bayonne, enero de 1938.