

# ESTUDIOS SOBRE LAS FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO INDIANO

## *Parte Tercera*

### *(Conclusión)*

#### PENETRACION DEL DERECHO CASTELLANO EN LA LEGISLACION INDIANA

##### 28. *De los casados y desposados en España y Indias.*

Esta materia, tan descentrada en el Libro VII, preocupó mucho a los legisladores de Indias, en razón a la resistencia porfiada, y a veces picaresca, que oponían los casados para no regresar a la Península y reunirse con sus mujeres respectivas: asunto que es de lamentar no hubiere tentado la *vis cómica* de nuestros autores de aquellos siglos, porque en las mismas leyes del XVI y el XVII hubieran encontrado hechos muy a propósito para divertir el público.

En cuanto al objeto de la presente investigación, parece a primera vista que se pueda alegar la ley 8 del título tercero que ordena a los Virreyes y demás autoridades de Indias, que obliguen a los maridos residentes allí a volver a sus hogares respectivos, usando con ellos "del mismo rigor, que con los casados, que las tienen [las mujeres] en España". Bien mirada esta ley, suscita sin embargo dudas en cuanto a la significación de esa frase, dado que el texto alude a los casados "de aquellas Provincias, que se hallan en España", después de re-

cordar "todo lo que está advertido, y mandado, sobre que los casados en España sean obligados a venir de las Indias". Pero luego parece aludir tanto a éstos como a los otros. En todo caso, lo que importa aquí es la aplicación del "rigor" empleado respecto de los segundos, que se halla consignado en otras leyes del mismo título donde sólo se encuentran disposiciones especiales de Indias.

Las otras dos materias extravagantes del Libro, que respectivamente se ocupan de los mulatos, berberiscos e hijos de Indios (título quinto), y de los vagabundos y gitanos (título cuarto) no contienen ninguna penetración de Derecho castellano o de la especie que ahora investigo.

### 29. *Hacienda Real e Impuestos.*

El Libro VIII es uno de los más homogéneos de la Recopilación, puesto que todos sus títulos y leyes hacen referencia a la organización y funcionamiento del fisco español en Indias y a los impuestos que pesaban sobre los españoles y los indios. Convendrá sin embargo no perder de vista el recuerdo de que ambas materias, y sobre todo la segunda, han sido abordadas ya por leyes de los Libros anteriores. De todos modos, no parece justificado formar grupos diferentes dentro del VIII.

En el título primero, la ley 32 ordena que en la toma de cuentas que cada tres años debe realizar en la Caja Real de Potosí un contador de Cuentas de Lima, "se guarde la ordenanza de la Contaduría mayor". Esta Contaduría era la establecida en Castilla, según dice al comienzo la misma ley y como repiten luego la 48 y la 50, que también aluden al orden, estilo y práctica de aquella superior oficina. En este título son muy abundantes las leyes que hacen referencia particular a otras del mismo Libro o título, y los restantes de la Recopilación. También existe una, ley 35 que, al hacer posible en los pleitos de Cuentas la segunda suplicación, man-

da guardar "en el tiempo, cantidad y forma lo dispuesto por las leyes de estos Reynos de Castilla y de esta Recopilación". La ley 1a. del título segundo, que habla del juramento que "los Contadores de Cuentas, Resultas y Ordenadores" han de hacer, dice que conviene "se observe, practique y execute en los Tribunales de Cuentas de Lima, México y Santa Fe", lo ordenado por "un capítulo de la Cédula de reformatión de nuestro Consejo de Hacienda y Contaduría Mayor que mandamos despachar el año de mil seiscientos y veinte y seis". La ley 15 declara que "en las recusaciones de los Contadores de Cuentas se deben proponer causas en la forma, que por las leyes de estos Reynos de Castilla, y tit. 11, Lib. 5 de esta Recopilación está dispuesto".

En el título cuarto, la ley 16 dispone que se cumpla "la ordenanza 21 de las generales". No puedo todavía precisar si estas ordenanzas son de Indias o de Derecho castellano, aunque me inclino a lo primero.

La ley 3 del título quinto es un traslado de la instrucción dada por el emperador D. Carlos en 1534, sobrecartada por Felipe II en 1565, y que se aplica a "todos los [Escribanos mayores de Minas y Registros] que en las Provincias de las Indias le usaren [el dicho Oficio de Escribano] y exercieren". Esa instrucción se dió primeramente, sin duda, para los de Castilla; pero en el traslado de la dicha ley 3, se mencionan los Virreyes y otras autoridades coloniales.

La ley 2 del título octavo manda que los Libros Reales por menor se lleven "como se practica en nuestra Contaduría Mayor de Hacienda". La 3 del título diez, comienza invocando el "Derecho, y leyes de nuestros Reynos" en materia de rescate de prisioneros de guerra, y en cuanto lo que de ese rescate pertenece al rey; pero al aplicar ese principio a las Indias, reduce esa parte, en unos casos, al tercio (dando los otros dos a los pacificadores) y en otros casos, a la mitad. Es, por tanto, una ley especial indiana en esto.

La ley 3 del título trece ordena que al fraude en materia

de pago de la alcabala, se le apliquen las "penas impuestas por leyes de estos Reynos de Castilla". Por caso excepcional en cuanto a las penetraciones del Derecho castellano, ésta se halla motivada en el texto de la Recopilación. La ley 1a. del mismo título dice, en efecto, que "la Alcabala de lo que se vende, y compra universalmente por todos, es un derecho tan antiguo, y justificado de los Reyes de Castilla, como es notorio, y por esta razón debido en los Reynos de las Indias, desde el tiempo que se hizo la incorporación de los unos con los otros". La razón es convincente, y explica el porqué, en materia de Derecho público y principalmente del que puede llamarse Real, es donde se halla una gran parte de las penetraciones (tanto como en lo relativo a la administración de Justicia), de la forma que estudia el presente capítulo.—Por la ley 8, el fraude cometido por los Silleros, Freneros, Pellejeros, Guarnicioneros "y otros oficiales", será castigado con "las penas establecidas por las leyes del quaderno, y de estos Reynos de Castilla". El "quaderno" aludido<sup>36</sup> era, casi seguramente, el "Cuaderno de alcabalas" que se ve citado en varias otras leyes, como indica la nota de esta página. La 45 del mismo título ratifica la vigencia en Indias de la prohibición establecida "por leyes de estos Reynos de Castilla", de que los arrendadores de alcabalas, Puertos Secos, y otras rentas, se valgan de censuras para cobrarlas". Ignoro si la voz "censura" designa aquí otra cosa que la pena eclesiástica conocida por este nombre.

En el título catorce, que es el de Aduanas, se castiga la infracción de las prohibiciones de paso por la Aduana y Puertos secos de Tucumán, de oro, plata, monedas y otras especies de metales ricos, con "las penas impuestas por nuestras leyes Reales contra todos los que saquen oro, plata, ó moneda de estos Reynos de Castilla".

<sup>36</sup> Vuelve a citarlo ("libro y quaderno original que tuvo el Receptor de Alcabalas el año antecedente") la ley 35. Ver también las 14, 34, 41 y 50: todas, sin calificarlo.—Sobre la diferencia entre *libro* y *cuaderno* ver el *Vocabulario* de la Parte novena.

En materia de evaluaciones, la ley 20, última del título dieciséis ordena que los oficiales Reales “tengan presentes las leyes de este título, Instrucciones, y Cédulas nuestras”. Es discutible si las Cédulas aludidas, y en menor escala las Instrucciones, que eran por lo común, reglas especiales (por lo tanto, en estos casos, particulares de los Oficiales de Indias), pudieran ser de Derecho de la metrópoli.

La ley 9 del título diecisiete ordena que en los descaminos (contrabandos) de mercaderías que se aprehendieren, se aplique “el comiso, conforme a derecho, y ley 21, tít. 9 Libro 3, de la Recopilación de leyes de estos Reynos de Castilla, y ley 11 de este título”. La precedencia de la ley castellana respecto de la de Indias —forma viciosa de citar que ya hemos advertido más de una vez anteriormente—, aparece aquí corregida por el hecho de que, a continuación de esa ley 9 tal como la sancionó Felipe III en 1610, la Recopilación haya incorporado una segunda ley, de Felipe II, en 1571, que dice: “Asimismo es nuestra voluntad, y mandamos que nuestros Oficiales de los Puertos de las Indias guarden en los descaminos lo que está ordenado, respecto de los de Cartagena, y *no fuere contrario a las leyes de este título*”. Es indudable que Felipe II no podía decir “asimismo” con relación a una ley de su hijo Felipe III; por lo que es probable que esa palabra la añadieran los recopiladores del siglo XVII; pero lo más interesante en esa duplicación de leyes bajo un mismo número (el 9), es que contenga la fórmula que “no fuere contrario a las leyes de este título”, fórmula que por sí misma subordina el Derecho de Castilla al Derecho especial indiano, como se ve en las disposiciones pertinentes del Título primero, Libro II. A la ley 11 de este mismo título hice ya referencia en el No. 27.

La ley 4 del título diecinueve, que procede del reglamento de 1664, incluye una detallada historia de la legislación del título llamado “media anata”, iniciada en 1631. Por esa historia sabemos que tal reglamento contenía algunas dispo-

siciones "generales, y otras especiales, que tocan a oficios, y mercedes de nuestras Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano. . . y son del tenor siguiente". A continuación vienen diez reglas especiales de Indias y una (la 29) cuya especialidad consiste en prohibir que rija en los Reynos de Indias la disposición que en ella se copia y que "se entenderá solo en los oficios de esta calidad en estos nuestros Reynos de Castilla". Se trata pues de un ejemplo de ley general, común a España y a las Indias, pero con normas independientes para uno y otro sitio, y de la que acertadamente no se incorporaron a la Recopilación más que las últimas.

El título veinte es un ejemplo más bien contrario al que vengo de señalar y que se refiere a la Regalía de la venta de Oficios públicos; pues si es cierto que la larga enumeración de oficios vendibles que contiene su ley 1a. están (no obstante su calidad genérica) referidos especialmente a "todas nuestras Indias, é Islas adyacentes", no lo es menos que, con referencia a ellos, se dice ser "nuestra voluntad, y mandamos que corran, y se regulen por las reglas, y leyes, que tratan de los oficios vendibles, y renunciabiles, calidades, y condiciones con que se han de efectuar las ventas, renunciaciones, y confirmaciones, y todo lo demás"; en lo cual no puede caber duda que la ley se refiere a las reglas generales vigentes en España. A continuación vienen 27 leyes especiales para las Indias y una (la 6a.) en que se sanciona por regla general, "conformándonos con la *costumbre universal de nuestras Indias*, y la que se observa en estos Reynos de Castilla", que los Oficios de Regidores no se provean por elección, o suerte. Pero de esa generalidad se aparta evidentemente la frase final de la ley, según la cual, "donde fuere posible se beneficien, y los exerzan Descubridores, o Pobladores, o sus descendientes": calidad especial de las Indias.

La ley 6 del título veintiuno contiene la frase "en tal caso [el de renuncias "ante Escribanos nombrados, en despoblado, caminando"] se ha de guardar lo proveído por dere-

cho, y leyes Reales”, frase que pudiera aludir a las castellanas. . .

La ley 16 del título veintitrés ordena “que en las Indias haya, y se entable el Estanco de el Soliman, de la forma y suerte, que se observa en estos Reynos de Castilla”.

La 3 del título veintinueve manda que los Oficiales Reales den Relaciones juradas de la Real hacienda, “con la pena del tres tanto, conforme a nuestras leyes Reales, uso y costumbre de nuestra Contaduría Mayor de estos Reynos de Castilla”. Lo mismo dispone la Ley 31 del citado título en punto a la toma de cuentas al Correo mayor.

La proporción resultante del número de leyes que expresan, con más o menos seguridad, penetraciones de Derecho castellano, en relación con las 794 que contienen los treinta títulos del Libro VIII, es muy escasa, no obstante lo propicio de las materias a que aquellos se refieren; y como el lector habrá advertido, algunas son muy equívocas en cuanto a su verdadera significación.

### 30. *La Casa de Contratación de Sevilla.*

También fué institución nueva y netamente indiana la Casa de Contratación de Sevilla; pero la naturaleza jurídica de los actos en que hubo de intervenir le señalaba, necesariamente, una base anterior de Derecho castellano (contratos civiles y mercantiles p. e.) y de Derecho comercial marítimo español y extranjero. Al Derecho mercantil principalmente hacen alusión algunas de las leyes de los catorce primeros títulos del Libro IX de la Recopilación, formados con las leyes referentes a la Casa.

Las que muestran o parecen mostrar penetraciones concretas de Derecho castellano, son las siguientes:

La ley 31 del título primero ofrece tan sólo una sospecha de que pudiese aludir a leyes de la metrópoli. Después de referirse a la administración de justicia en que era compe-

tente la Casa, dice la ley: "y en quanto á las materias generales de gobierno se guarde lo dispuesto por las Ordenanzas, *que no fueran contrarias á esta Recopilación*". A primera vista se podría creer que esas Ordenanzas fuesen de origen castellano y no de especialidad indiana; pero más bien creo que la frase se puede interpretar como alusiva a las Ordenanzas anteriores de la Casa en lo que, las confirmadas y contenidas en la Recopilación, hubiesen introducido un Derecho diferente. Así me lo permiten presumir las dos fechas de esa ley 31 (1584 y reinado, sin precisar año, de Carlos II) y su comparación con los finales de las leyes 5 y 23 del mismo título. Bueno es recordar, para comprender esta interpretación, que las Ordenanzas de la Casa de Sevilla fueron cambiadas o corregidas varias veces en el mismo siglo XVI, lo que facilitó que una ley de 1508 (la 23 del mismo título) se refiriese a la jurisdicción del Presidente y Jueces de la Casa, respecto de la cual fué la voluntad del rey (Fernando V) que "la tengan, usen, y exerzan, según, y en la forma que hasta ahora lo han tenido, y se contiene en nuestras leyes, y Ordenanzas": es decir, las leyes y Ordenanzas relativas a la Casa y anteriores a la temprana fecha de 1508.<sup>37</sup>

La mayoría de las leyes de este título primero, ratifican, ya las otras contenidas en él, ya el conjunto de la Recopilación y de las Ordenanzas especiales de la Casa. Lo mismo ocurre con las del título segundo.

En éste, la ley 35 ordena que los Jueces y demás Ministros de la Casa no reciban dádivas, ni presentes, "y guarden [en esto] las leyes de estos nuestros Reynos de Castilla, y Ordenanzas". Si esta última palabra alude, como es más probable, a las Ordenanzas de la Casa, esa ley sería nuevo caso de cita del Derecho castellano anterior a la del Derecho de Indias. La 37 repite la regla (ya encontrados en otros títulos) de que las penas correspondientes a ciertas clases de delitos sean "las de derecho, y leyes de estós Reynos de Castilla". Al

<sup>37</sup> Sabido es que la creación de la Casa se cree fué en 1503.



final de ella, la ley, refiriéndose particularmente a los llaveros del arca de caudales de la Tesorería, otros que el Tesorero mismo, incurre en igual particularidad que la ley 35, al decir "que se guarde lo mismo" [es decir las leyes de Castilla], y *lo ordenado por las leyes de este libro*". En el último de los párrafos de la ley 41, se halla nueva aplicación a los Contadores de la Casa de Sevilla, de "las penas impuestas por Pragmáticas, y Leyes de estos nuestros Reynos de Castilla".

El título tercero, que trata "de los Jueces letrados; Fiscal, Solicitador, y Relator de la Casa, contiene más casos de penetración del Derecho de Castilla que los dos anteriores. Refiriéndose al despacho de los pleitos que sigan los dichos Jueces, dispone que sea "guardando el estilo de nuestra Audiencia de Grados de la Ciudad de Sevilla".—La ley 4 es muy interesante a ese respecto. Cita y aplica al procedimiento en causas criminales y tormentos, "los casos de la ley del Ordenamiento, que son de muerte natural, mutilación de miembro, u otra pena corporal, y vergüenza pública, *como más en particular se especifica* en la ley I, tít. 7 de los Alcaldes del Crimen, y lib. 2 de la Nueva Recopilación de Castilla". Esta última cita inclina a considerar que el *Ordenamiento* antes citado es uno de los entonces vigentes en Castilla y mencionado en las leyes de Toro. Más adelante, la misma ley vuelve a citar las "leyes del Ordenamiento"; pero añade "y Ordenanza", planteando la duda de si ésta es o no una de las de la Casa.—La ley 8 ordena que "los Pleytos de la Casa se vean en Audiencia pública. . . y esto se haga con la solemnidad, y forma que está dispuesto, y se practica en nuestras Audiencias de Valladolid, Granada y Sevilla".—La 14 manda que en la aplicación de las penas, y condenaciones, se guarde "lo que está dispuesto por derecho, y leyes de estos Reynos de Castilla".—La 26 dispone que el Relator de la Casa guarde, en punto al Arancel de los derechos, "muy precisamente las Ordenanzas, y leyes de estos Reynos de Castilla, y el Arancel de los Derechos". Este Arancel parece ser el general de la metrópoli.

En el título cuarto, la ley 20 aplica lo resuelto en “un capítulo de Cortes”: fuente de Derecho castellano rarísima en la Recopilación de 1680.

### 31. *El Consulado y Universidad de Mareantes.*

La ley 25 del título sexto ofrece la singularidad de darnos a conocer una intromisión del Consejo Real de Castilla en la competencia judicial del Consulado, contra la cual reacciona la ley confirmando la dependencia única de aquella entidad respecto del Consejo de las Indias.—La 28 establece que, en caso de faltar alguna persona al acatamiento y respeto que corresponden al Prior y Consules, con “más que palabras”, se proceda contra ella “conforme a las leyes de estos Reynos de Castilla, como persona que injuria á quien por Nos administra justicia”.—La 29 establece el pago de ciertos derechos para “Dotación del Consulado” y otros gastos, conforme a lo que “se guardaba en el Consulado de Burgos”. Esta ley no tiene fecha. Procede de la 21 Ordenanza de no sabemos cuando, pues no consta en la Recopilación.

Viene a cuento hacer aquí la observación del silencio que guardan las leyes recopiladas del Libro IX, singularmente las de este título sexto que ahora analizo, y el veintitrés que trata de los exámenes de pilotos, acerca del famoso “Colegio Seminario de la Universidad de Mareantes”, también dicho “Escuela de Náutica de San Telmo” y “Colegio o Seminario de Huérfanos de San Telmo” (variantes tal vez caprichosas de los autores modernos que de él hablan o expresivas de distintas épocas de aquel establecimiento docente). Ni una sola vez lo mencionan aquellas leyes, aunque él fué centro de la formación técnica de los pilotos. Este vacío procede, sencillamente, de que el Colegio, fundado a propuesta de la Universidad de Comerciante de Sevilla y de la Casa de Contratación, tuvo su arranque en una Real Cédula fechada el 17 de junio de 1681 y que la primera piedra del edificio a él dedi-

cado se puso el 10 de marzo de 1682; es decir, respectivamente, trece meses y un año y dos meses, después de haber sido aprobado y promulgado por el rey el texto de la Recopilación de las leyes de Indias. No obstante lo cual, es de notar que la ley de "licencia y facultad" para que el Consejo imprimiese el dicho Código, autorizó para incorporar "en él las Cédulas, Provisiones, Acuerdos, y Despachos que convengan, y sean necesarios para el gobierno, y administración de justicia, guerra y hacienda, y todas las demás materias que tocan, y son de la jurisdicción, y cuidado del dicho Consejo de Indias, y convenientes para el despacho de los negocios". Esa ley lleva fecha de 1 de noviembre de 1681: un año y cinco meses posterior a la ley que aprobó la Recopilación y que se dió en Madrid a 18 de mayo de 1680. Sin duda, el Consejo no creyó necesario añadir ni modificar nada en los dos títulos del Libro IX a que me referí antes; y por eso la Recopilación llegada a nosotros no habla del Colegio de San Telmo.

### 32. *Correo Mayor de la Casa de Contratación.*

La ley 22 del título séptimo autoriza al correo mayor de las Indias para que nombre correos particulares "con las preeminencias, que puede nuestro Correo mayor de Castilla". Es la única aplicación de Derecho castellano que en ese título se encuentra.

### 33. *El Derecho de Averías.*

Se desarrolla en dos títulos (el octavo y el noveno) esta materia:

La ley 5 del octavo aplica a la toma de cuentas de ese Derecho las Ordenanzas de la Contaduría mayor "que por estas leyes no estuvieren revocadas, o fueren diferentes": modo retorcido de expresar la pura condición subsidiaria de esas Ordenanzas con respecto a las leyes de Indias. La 19

podiera referirse a una Instrucción general (de 2 de octubre 1620) de carácter castellano y no de Indias. En todo caso, la dicha ley ordena que se guarde esa Instrucción "en lo que no fuere contrario a nuestra ley", que es plenamente indiana. La 24 ordena que la cuenta de Avería por tanteo "se haga con la misma forma, y con la misma pena, que está ordenado por leyes de estos nuestros Reynos de Castilla, y se practica en nuestra Contaduría mayor de Cuentas". La 55 manda que los Contadores de cuentas de Avería de la Casa las tomen "según el estilo que hay en nuestra Contaduría mayor".

La ley 1a. del título nueve ordena que "se administre, cobre y pague la Avería conforme á las leyes de este libro, en lo que no estuviere revocado, ó dispuesto en otra forma por último asiento". La ley reconoce que "para cada administración de estas hay, y son menester diferentes leyes, órdenes, y mandatos", entre los cuales pudo haber alguno de Derecho español interno, aunque bien se ve que prevalecieron los de carácter colonial.<sup>38</sup>

#### 34. *De otras materias concernientes a la Casa.*

Del título diez al catorce (con excepción del trece, de que hablaré luego), el libro IX de la Recopilación vuelve a tratar de otros funcionarios de la Casa de Contratación distintos de los que en títulos anteriores hemos visto y de la

<sup>38</sup> De pasada, llamo la atención hacia el primer párrafo de esta ley primera del título nueve, que suministra una noticia importante en cuanto al censurado régimen de Flotas (los convoys de ahora, tan ensalzados por las mismas razones que entonces motivó su creación). La porción del párrafo que contiene esa noticia, dice así: "Habiéndose aumentado el comercio y navegación de las Indias, y crecido en los enemigos de esta Corona, Piratas, y Corsarios la codicia y deseo de robar el oro, plata, y géneros que se traen á estos Reynos de aquellas Provincias, pareció forzoso mandar que los Navios fuesen, y viniesen juntos en Flota, con alguna defensa. . ." La dicha ley fué dada en tiempo de Felipe IV cuando estaba preparada para su publicación la Recopilación de Indias tan deseada. Acerca de la fecha exacta de las leyes de aquel rey señaladas en la frase "en esta Recopilación", véase lo que digo en la *Parte Primera* de estos *Estudios*.

administración de bienes de difuntos en la parte correspondiente al referido centro sevillano.

La ley 24 del título diez ordena que los varios Escribanos existentes en la Casa de Contratación, Consulado, etc. "guarden y cumplan en los Derechos que deben de percibir, precisa y puntualmente el Arancel siguiente, *el qual se asiente, y ponga en los libros, y en las demas partes* que disponen las leyes de estos Reynos de Castilla". Es evidente que esas leyes de Castilla sólo se refieren al asiento del Arancel. Me queda por averiguar si éste mismo, que la ley copia a continuación, fué especial para los asuntos indianos o era el mismo que regía en otras oficinas castellanas. El último párrafo o artículo del Arancel impone a los Escribanos, en caso de faltar a un deber que allí se fija, "las penas contenidas en las leyes de estos Reynos de Castilla".

La ley 2 del título once autoriza a los Alguaciles de la Casa para que cobren "los derechos que se acostumbra y perciben los Alguaciles de Sevilla".

La 16 del título catorce manda que el Presidente y Jueces de la Casa, en cuanto al empleo acostumbrado de bienes de difuntos para obras pias, "provean lo que fuere justicia, como se hace y se estila en nuestro Consejo de Cámara, y Hacienda sobre bienes vinculados, y obras pias". La ley 20 es interesante por la derogación que expresa en su comienzo, de "qualquier pretensiones, Cartas Cédulas, o Provisiones, despachadas por nuestro Consejo Real de Castilla, o por otro Tribunal, *que serán obedecidas y no cumplidas*".

En el título trece, dedicado a los Compradores de Plata, no hay ley alguna que contenga penetración de derecho castellano en Indias.

### 35. *Flotas y Armadas.*

Comprendo en este epígrafe todos los títulos del libro IX, a partir del quince, relativos a la navegación y comercio

marítimo, Flotas y Armadas de las Indias y sus instituciones públicas y privadas; y haré número aparte con los dos títulos (el veinticinco y el veintiseis) relativos a los pasajeros y licencias para las Indias, de nacionales y extranjeros.

La ley 5 del título quince ordena que las fianzas que deben dar "los Capitanes, y otras personas, que tuvieren cargos, y oficios de por vida, o perpetuo", habrán de ajustarlas a lo que "se dispone por las leyes de estos Reynos de Castilla.—La 53 dispone que los bienes de toda clase que se aprehen a piratas, se repartan "conforme a las leyes de estos Reynos de Castilla".—No puedo, de momento, precisar si la Cédula de 24 de mayo de 1664 que cita en su capítulo 12 la Instrucción de generales y compone la ley 133 del título quince, perteneció al Derecho castellano o al indiano.—El capítulo 16 de la misma Instrucción manda que en las presas de barco pirata o corsario, se le reserve al rey lo mandado "según las Ordenanzas del repartimiento de presas", verosimilmente castellanas o generales del Reino.—El último capítulo (61) de la referida Instrucción declara legislación subsidiaria respecto de las materias de que se ocupa, las Ordenanzas "que tenemos dadas para la Armada y Ejército del Mar Océano", en los casos "no comprendidos en los capítulos de esta Instrucción, ni en las Ordenanzas de la Casa de Contratación de las Indias"; con lo cual confirma una vez más la doctrina del título primero, Libro II. A continuación incluye, en la misma categoría de derecho subsidiario, "las (Ordenanzas) contenidas en las leyes de este título, y libro". Es difícil comprender esta última disposición, que parece convertir en subsidiarias de una disposición indiana, otras disposiciones también indianas. A menos que se trate de un defecto de redacción, sólo creo razonable interpretar aquella frase en el sentido de que los yacíos de la Instrucción contenida en la ley 173 pueden llenarse con las disposiciones pertinentes (o parte de ellas) que sobre los mismos asuntos ofrezcan las demás leyes del mismo título

quince; pero entonces se produciría la situación inverosímil de que el derecho indiano, citado aquí en segundo lugar, sería de categoría inferior, como subsidiario, que el Derecho español que le precede en el capítulo 61; es decir, que las Ordenanzas de la Armada y Ejército del Mar Océano. De un modo u otro, se trata de una de esas leyes (de que ya hemos encontrado otros ejemplos) que anteponen al Derecho castellano, o español, al especial de Indias.

La ley 9 del título dieciséis sujeta la forma de "alistar las plazas de la gente de Mar y Guerra" a la "orden que se observa en la Armada del Mar Océano".

La 4 del título veinte deja en suspenso, por falta de precisión, la procedencia, castellana o indiana, de las leyes "que prohíben llevar derechos indebidos", que aplica al Escribano mayor de Armadas y Flotas.

La ley 36 del título veintidós concede una licencia de armas común a todos los artilleros "en todas las Ciudades, Villas, y Lugares, y partes de estos nuestros Reynos de Castilla, y de las Indias". Ley común a la metrópoli y las colonias.

La 33 del título veinticuatro aplica a los blasfemos y jugadores, las "penas contenidas en las leyes de estos Reynos de Castilla".

La 6 del título veinticinco, muestra varios casos de privilegios existentes en Castilla y que se aplican en Indias a beneficio de la gente del mar.<sup>39</sup> La 7 recuerda la obligación de respetar la "nobleza, libertades, y execuciones, que por derecho y leyes de estos Reynos de Castilla" pertenecen a los Hijosdalgo, aunque sean marineros o de otros oficios marinos inferiores.

<sup>39</sup> Esta ley y la siguiente mencionan datos de Derecho antiguo castellano (pechos, pedidos, moneda forera, nobleza hijodalga, etc.) que muy rara vez se leen en la legislación indiana y de que volveré a tratar en el Tomo II de la *Parte sexta*. Recuérdanse con esto las que hablan de *pleito homenaje*, como la 8, tít. 21, Libro IX, la 6, 6, IV y las 2 y 4, tít. 8, Libro III.

La ley 22 del título veintiocho contiene unas Ordenanzas de fabricación de navíos que corrigen las de 1613 anteriores a ellas (las de la ley son de 1618, con intervención posterior de Carlos II "en esta Recopilación") y que son comunes a España y a las Indias, como expresamente lo declara el artículo 106 de ellas. La ley 23 los complementa por una disposición del mismo Carlos II y la 28, por otra de Felipe IV. Igual carácter de leyes comunes tienen las Ordenanzas de arqueo y mediación de navíos que componen la ley 25 (1613-1614).

La ley 37 del título treinta y cinco, como otras muchas que antes vimos, aplica a los que introduzcan en las Indias pistoletes y arcabuces menores de marca, "las penas que por leyes y pragmáticas de estos nuestros Reynos de Castilla están impuestos".

La ley 16 del título cuarenta, al conminar con ciertas penas en casos de incumplimiento de una prohibición, las indica como "siendo las demás penas de derecho, estatuidas contra nuestros Ministros". Surge la duda si se refiere a los de Indias o a los de España.

La ley última (31) del título cuarenta y dos, ordena que se castigue el incumplimiento de la prohibición de ir navíos a Buenos Aires sin licencia Real, "guardando las leyes Reales, y sus prohibiciones, y penas sobre las cosas prohibidas de entrar, o sacar de estos Reynos, y las de esta Recopilación"; nuevo caso de inversión de la procedencia de Derechos en Indias.

La ley 1ª del título cuarenta y seis (último del Libro IX y de la Recopilación de 1680) expresa la aprobación y confirmación real de la fundación de consulados realizada por los Virreyes de Perú y Nueva España, respectivamente en Lima y México. Dice la ley que esas fundaciones se hicieron a *imitación* de los Consulados de Sevilla (véase número 31) y Burgos; no obstante lo cual, esa misma ley manda que los de Lima y México "se conserven y continúen como ahora están



fundados, y el Prior, y Cónsules usen, y exerzan la jurisdicción de sus oficios, *conforme a las leyes de este título*". Ello quiere decir, sin duda alguna, que esas leyes fueron especiales para ambos Virreinos y que muy fundadamente se pueda suponer, sin necesidad de confrontarlas con las Ordenanzas respectivas que dictaron los Virreyes, que reproducen sustancialmente el texto de estas últimas. En todo caso, debe notarse que sólo una ley del presente título (la 28, que luego examinaré) vuelve a citar el Consulado de Burgos, mientras que son varias las que se refieren al de Sevilla, entidad de Derecho indiano, como sabemos.

La mencionada ley 28 fija la competencia de el Prior y Cónsules de Lima; y después de enumeradas las materias, añade que pueden conocer "de todo lo demás de que pueden y deben conocer los Consulados de Burgos y Sevilla"; pero inmediatamente dice: "guardando, y cumpliendo primero y principalmente lo dispuesto, y ordenado por las leyes de este título, y Recopilación"; con lo cual sigue la buena doctrina de la precedencia de derechos (con referencia al Consulado de Burgos, que no era indiano, como el de Sevilla) y se segrega del grupo de las de fórmula viciosa que hemos examinado ya varias veces. La repetición con que otras leyes de este título cuarenta y seis advierten que se ha de proceder "conforme a *estas* leyes y Ordenanzas de el Consulado" (el de Lima o el de México), o "las leyes y ordenanzas de este título", es nueva prueba de la voluntad manifestada en la ley 28. A mayor abundamiento, la ley 75 del mismo título, ratifica la condición de subsidiaria que había de guardar el derecho vigente, no sólo en Burgos, sino en Sevilla mismo, al decir, de conformidad con la Ordenanza 47 de Lima y México: "En todo lo que por *leyes de este título* fuere omiso, y no comprendido, se guarden las leyes, y ordenanzas de los Consulados de Burgos y Sevilla".

38. *Licencias de nacionales y extranjeros para ir, volver y comerciar en Indias.*

Según ya dije en el comienzo del número precedente, estas materias se hallan intercaladas en los títulos veintiséis y veintisiete del Libro IX. No son en él enteramente extravagantes, puesto que se refieren a normas de derecho que afectaban a los viajes de ida y venida a las Indias y por tanto, a la reglamentación de Armadas y Flotas y la del Comercio y la guerra marítima; pero exceden, en parte, de lo que caracteriza la totalidad de los títulos restantes.

No he encontrado en esos dos títulos ley alguna que exprese una verdadera y clara penetración de Derecho castellano.

La 29, que prohíbe a los portugueses de la India que comercien con Filipinas, se refiere a "lo que está ordenado por nuestras leyes Reales" sin puntualizar más. Deja, pues, la duda de si esas leyes son de cualidad metropolitana o indiana; pero solamente la duda. Y es todo lo que allí puede advertirse. En cambio, la ley 15, título doce del Libro IV, que trata de la composición o revalidación de tierras a favor de los que sin licencias habían emigrado a las Indias y se habían establecido allí ilegalmente, ordena que las tierras que "estuvieren por componer, absolutamente harán que se vendan. . . y rematen en el mayor ponedor, dándoseles a razón de censo al quitar, conforme a *las leyes y pragmáticas de estos Reynos de Castilla.*

\*

\* \*

Tomando en conjunto el Libro IX cuyo examen vengo de terminar, sus 46 títulos nos dan la suma de 1,840 leyes. Frente a esta cantidad no podemos alegar más que 38 leyes que expresan penetraciones de Derecho castellano, más de una vez dudosas o imposibles de interpretarse en ese sentido;

y algunas en que la aplicación de aquel Derecho va acompañada de de la del indiano también supletorio.

Reuniendo a esa cifra de 38 las correspondientes a los otros Libros, a saber: 40 en el I; 66 en el II; 16 en el III; 60 en los IV y V; 6 en el VI, 14 en el VII, y 21 en el VIII, obtenemos una suma total 261 leyes en que se encuentra motivo para asegurar, o presumir, el hecho de una penetración concreta y explícita de Derecho castellano a los asuntos de Indias. La proporción de esa suma con la masa de más de 11,000 leyes que contiene la Recopilación, hace de aquella forma de imponer el Derecho común de la metrópoli, en vez de un derecho especial, un hecho de mediana importancia jurídica.

### 37. *Penetraciones acusadas por las referencias y notas.*

Réstame examinar las referencias legales y las *Notas* que llevan algunos títulos de la Recopilación a su final, una vez terminados los textos de las leyes numerados que les corresponden. Acerca de la significación y valor jurídico de esos apéndices, véase lo que escribí en el *Análisis de la Recopilación de 1680*. Naturalmente, prescindiré de las puras referencias a leyes contenidas en otros Libros y títulos del Código, puesto que esas van ya analizadas en los números anteriores del presente capítulo. Mi examen, pues, se reducirá a los Decretos Reales y a los Autos y otras decisiones del Consejo que estime pertinentes.

En el título segundo, Libro II, el Auto 39, de conformidad con el Derecho Real de 2 de Marzo de 1613, ordena que en materia de licencias a navíos extranjeros para navegar a las Indias, "se observen puntualmente las Ordenanzas de la Casa y fábricas de Navíos del año 1607". Sospecho que se encuentren en la *Nueva Recopilación* de Castilla; pero no tengo a mi alcance ese Código y no puedo, por tanto, hacer el oportuno registro.

En el mismo título, el Auto 190 cita como fuente de

“las penas de tres tanto que ocurrieren en el Consejo”, el “Derecho de estos Reynos”. Es probable que la misma procedencia corresponde al Decreto de 9 de febrero de 1658 que también cita el indicado Auto. Igualmente, el Auto 67 se apoya en las Ordenanzas militares para determinar qué soldados “hubieren de ser Alféreces en los galeones de la Armada de la Carrera de Indias”. Conjeturo que esas Ordenanzas son las del ejército español.

En el título tercero del mismo Libro II, el Auto 33 se funda en un Decreto Real de 27 de noviembre de 1609 que se refiere a todos los consejeros, fiscales y secretarios de “qualquier Consejo”, en punto a la prohibición de ciertas visitas de ellos y sus mujeres. Se trata pues de una ley general castellana que alcanza al Consejo de Indias como a todos los demás. En el mismo título, el Decreto Real de 13 de julio de 1630 y su correlativo Auto 75, mandan que “el Consejero de Indias, que fuese substituto en el de Cruzada, acudiese siempre que estuviese impedido el propietario sin limitación alguna, *como los del de Castilla y Aragón*”. Cosa análoga deciden, respecto de la aplicación de ciertas propinas permitidas “a los de sus Consejos”, el Decreto Real de 3 de mayo de 1631 y su Auto 76. En el título quinto, el Decreto del Consejo de 7 de noviembre de 1651, y el Auto 168, parecen expresar, a primera vista, una ley castellana común a todos los Consejos; pero pudiera ser lo contrario, por tratarse de un Decreto del Consejo y no Real. En cambio, es netamente general el Decreto Real de 11 de septiembre de 1631, repetido por el Auto 78.

Al final del título segundo, Libro III, una respuesta del rey, a Consulta del Consejo, y un auto (138) de éste, ratifican una ley especial de Indias contraria a lo dispuesto “por leyes de estos Reynos de Castilla”.

En el título once del Libro VI hay una respuesta del rey a consulta del Consejo (Auto 103), con una curiosa referencia a las encomiendas de Castilla, expresada en la siguiente forma: “que siempre que he dado renta particular de Indias

en encomienda con suma señalada, aquella no se ha de entender útil,<sup>40</sup> sino como acá se da en las encomiendas en Castilla, con sus cargas, y rentas también”.

En los otros Libros no he hallado ningún otro dato que pueda añadirse a los que acabo de mencionar. Estos son 8, que sumados a los 261 antes citados, aumentan en bien poco esta cifra y, por tanto, no alcanzan a rectificar el juicio formulado antes.

Es preciso, pues, buscar en otros aspectos de la relación entre ambos Derechos, una respuesta que permita afirmar positivamente cuál fué la relación exacta que hubo, en la vida jurídica de las colonias indianas, entre la legislación especial que sus condiciones exigían, y la asimilación a las leyes internas españolas. En el capítulo siguiente se hallarán las indicaciones que corresponden a esta otra investigación.

\*  
\* \*

38. Aparte del camino ya indicado y seguro, aunque largo y no siempre abordable para la investigación a que obliga mi supuesto, conviene también ver si acaso nos sugiere u ofrece un medio más asequible, lo que Pinelo dijo en su *Tratado de las Confirmaciones Reales* (Parte I, capítulo VIII, folio 49-50 de la edición original) en punto a la manera como el Consejo de Indias pudo incorporar al Derecho indiano las leyes castellanas subsidiarias: hecho que él pudo observar muchas veces dada su convivencia en aquel alto centro gubernativo. La importancia de ese dato sería grande si la consiguiésemos: no sólo porque la mayor parte de la legislación colonial en que cabía aquella incorporación pasaba por las manos del Consejo, mas también porque el modelo de

<sup>40</sup> Sobre la exacta significación de esta palabra, véase el *Vocabulario* tantas veces citado aquí.

éste había de influir en la práctica de las autoridades subalternas.

El texto de Pinelo en que tal vez podamos encontrar esa información, es como otros muchos suyos, difícil de entender, y requiere una atención muy alerta. Los pasajes que parecen ser más directamente aplicables a esta nueva pista que trato de ver si posee toda la importancia que de primera intención cabe atribuirle, son los siguientes: "...está ordenado, que no se execute ley, prematica, ni despacho alguno,<sup>41</sup> que no sea *emanado* de su Real, i Supremo Consejo, ó pasado por él. Que como cada uno de los [Consejos] que gobiernan esta poderosa Monarquía, es Supremo en lo que le está *privativamente* cometido, no es licito á ninguno exceder los limites de su poder; porque sería confundir las jurisdicciones, ocasionar competencias, i causar irreparables daños, si cada uno fuesse Supremo, i gobernassen, i se entremetiessen en todo; ... I como las materias de Indias son tan singulares, estan *privativamente* reservadas, no solo al Consejo, como la Casa de la Contratación en Sevilla, el Juez Oficial en Cádiz i los Jueces de Registros en las Islas de Canarias;<sup>42</sup> todos con inhibición a las justicias destos Reynos. I assi se practica cada dia, darse sobrecartas, i cédulas de cumplimiento por el Consejo de Indias, para que se executen en ellas despachos de otros Consejos, aunque sean del Supremo de Castilla".

Este primer pasaje nos proporciona dos datos de importancia. El primero es el de la intromisión privativa del Consejo de Indias en la redacción definitiva de los textos que no hubiesen sido preparados por él; aparte el mayor peso de su opinión que habría de ejercerse en los que emanasen de él mis-

<sup>41</sup> Nótese como esta manera de citar las fuentes del Derecho indiano, no puede aludir más que a las leyes dictadas y salidas del gobierno metropolitano. Subrayo luego algunas palabras inexactas en parte, o equívocas, que usa Pinelo y que, precisamente, ratifican la interpretación que acabo de consignar.

<sup>42</sup> Esta enumeración de autoridades puramente peninsulares, confirma lo dicho en la nota anterior.

mo.<sup>43</sup> El segundo dato consiste en la coyuntura que ofrecían los despachos de otros Consejos que el de Indias (empezando con el de Castilla) mandados ejecutar por éste, para producir penetraciones de derecho castellano, único que cabía en la competencia de aquéllos otros centros consultivos.

Veamos ahora otro pasaje de Pinelo en los mismos folios citados antes: “. . . las leyes de Castilla *todas* estan mandadas guardar en aquellos Reynos, *no absolutamente*, sino *en lo que no estuviere decidido por las suyas propias y particulares o no fuere contrario a ellas*.—I aunque se ayan de guardar todas, en éste caso, se ha de entender las reducidas a los cuerpos del derecho Real como son las de la Recopilación [la de Castilla, promulgada por Felipe II], ordenamiento, i Partidas, *no las que después acá se han promulgado, i se van promulgando cada día*, que estas *no se deven, ni aun pueden executar en las Indias*, sin que vayan passadas, i mandadas guardar por su Consejo, de que ay bastantes exemplares en las prematicas de las Cortesias, de la subida del oro, de los censos, la concordia con el Santo Oficio, las setenta i dos horas de las execuciones, i otros, para cuya execución i observancia, se han despachado sobre cartas”.—El lector habrá observado la riqueza de informaciones que este pasaje de Pinelo nos brinda, aparte su repetición de la doctrina de la especialidad indiana a que no habían de oponerse nunca las leyes internas que se aplicaran en Indias. La primera información de importancia consiste en excluir de la condición de leyes posibles de ser supletorias en Indias, las no incluídas en las fuentes del Derecho castellano reconocidas por la ley del Toro: regla general que inmediatamente corrige con la excepción de aquellas que “vayan pasadas” y “mandadas guardar por el Consejo”, excepción que abre un amplio portillo a nuevas penetraciones

<sup>43</sup> Lo que dice Pinelo y yo transcribo no basta, sin embargo, a resolver la cuestión crítica que ya planteé en el *Análisis de la Recopilación*, referente a la correspondencia efectiva entre las resoluciones del Consejo y los Decretos Reales, que no cabe discutir aquí.

de derecho castellano. Y digo "penetraciones" y no adiciones al grupo de las supletorias (con todo el valor restrictivo que éstas debieron tener), porque las palabras usadas por Pinelo dicen "pasadas y mandadas guardar"; lo cual supone la mención concreta de esas leyes con relación a un asunto u orden de asuntos en que ya existía legislación especial indiana. A esta primera información añade Pinelo, a título de ejemplo, una lista de disposiciones que muestran como hubo muchos casos de practicar la excepción susodicha, tanto más cuanto que el texto añade a los ennumerados el etcétera que designan estas palabras: "i otras". Estas noticias nos imponen el deber de averiguar cuántas y de qué materias fueron esas "otras"; sin saber lo cual, no podríamos establecer una conclusión acerca del aporte de penetraciones que aquella facultad del Consejo llegó a producir.<sup>44</sup>

A esta observación capital uno la cuestión referente a la medida real con que se ejecutó, no sólo en la legislación de la metrópoli, sino también en la colonial, reserva que constantemente hemos visto repetida en leyes recopiladas: la de condicionar la introducción del derecho castellano en todas sus formas (incluso la supletoria) con la norma de que se redujesen esas agregaciones al derecho colonial, a "lo que fuere *practicable* en Indias". La cuestión que con ello se plantea es averiguar, hasta donde sea posible, el rigor efectivo con que se cumplió esa condición. Las leyes recopiladas no dejan traslucir, por su mismo carácter, ningún caso de esa especie. Pero el historiador se debe preguntar si los hubo, e investigar su cuantía y su materia; a menos que la investigación no le dé un resultante negativo. En todo caso, no debe aceptarse

<sup>44</sup> Pinelo no escribió los párrafos que he transcrito y comentado, por pura especulación científica. El motivo de ellos fué una ley, no promulgada por el Consejo pero sí (parece) por el rey y, además "*implícitamente*. . . pasada por el Consejo, por estar inserta en cuerpo de derecho Real". Hecho que sugiere una nueva fuente de aplicaciones ilícitas del derecho castellano, que también exige su singular investigación.



una hipótesis más o menos verosímil, sino buscar la verdad de los hechos.

## CAPITULO SEGUNDO

*Legislación no recopilada en 1680, legislación posterior a ese año y Derecho castellano supletorio*

### I

#### LEGISLACION INDIANA ANTERIOR Y POSTERIOR A LA RECOPILACION

1. Parece ocioso advertir que la investigación contenida en el capítulo anterior dista mucho de haber agotado la materia del presente *Estudio*. Aun suponiendo lo que no es exacto, a saber: que la Recopilación de 1680 acertase a reunir todo el Derecho verdaderamente positivo entonces en las Indias españolas, quedarían siempre fuera de ella las leyes que anteriormente rigieron en las colonias durante más o menos tiempo, y luego cayeron en desuso o fueron derogadas.<sup>45</sup> Ahora bien, no puede dudar nadie que esas leyes dejaron de marcar vicisitudes jurídicas que el historiador no puede desdenar sin reducir la Historia a un solo lapso de tiempo y hacer así, de lo que por propia naturaleza fué dinámico, algo estadizo. Debemos pues investigar si en esos tiempos anteriores a 1680, la penetración del Derecho castellano fué, en igual forma que la comprobada en los textos de la Recopilación, más extensa que la encontrada en ese Código o, por el contrario, más reducida; y en qué materias jurídicas se fué produciendo la diferencia.

Grupos importantes de esa clase de leyes que sería inútil buscar en la Recopilación de 1680, fueron las que ya señaló

<sup>45</sup> Por ejemplo, las Instrucciones dadas a Cristóbal Colón, Bobadilla, Ovando y Diego Colón; las escritas para los Padres Jerónimos y Figueroa, (unas y otras desde 1493 a 1513-14), etc.; las vacilantes y contradictorias que abundan hasta bien avanzado el reinado de Carlos I en lo tocante a los Indios, y otras muchas.

Zorita en el prefacio de su proyecto, como disposiciones que terminaron su existencia y eficacia con su mismo cumplimiento: ya por no referirse a situaciones y necesidades permanentes, o ya por tener un breve alcance, de condición personalísima. En el mismo o semejante caso y en otro orden de cosas, se hallaron las que vemos simplemente mencionadas en la Recopilación a título (algunas veces) de todavía vigentes, o bien de ratificadas por la voluntad real pero sin presentar su texto. De ellas son ejemplo las Ordenanzas de Tlaxcala que cita la ley 40, título primero del Libro IV; ciertas disposiciones de los Virreyes Toledo, Conde de Chinchon, en Perú y del de Nueva España, mandadas a observar, pero no transcritas en las leyes 9, título 44, y 78 título 45, ambos del Libro IX. Por otra parte, las mismas Ordenanzas e Instrucciones de fecha antigua que contiene la Recopilación, están allí incompletas en su mayoría o con textos corregidos<sup>46</sup> que imponen la labor de buscar y estudiar el original completo.

Todas esas investigaciones exigen, en primer término (como con respecto a la plenitud de la Historia del Derecho Indiano he dicho en el *Estudio sobre los Cedularios*), que registremos los textos de las recopilaciones intentadas y sólo conseguidas, a veces, de modo fragmentario, desde Juan de Ovando y quizá antes, para recoger en ellas todos los testimonios aprovechables para mi actual propósito. Desde luego, puedo decir que el proyecto de Recopilación más completo que conocemos (incluyendo en la cuenta los *Libros de Encinas*, y los *Sumarios* de Aguiar) es decir, el anónimo de 1599,<sup>47</sup> ofrece a ese respecto una cosecha importante, así bien en los casos auténticos de penetración del Derecho castellano, como en los simples acuses o llamadas de la condición supletoria de esa legislación. A título de ejemplo cito ahora

<sup>46</sup> Véase, para estas correcciones, el *Análisis de la Recopilación*, Capítulo Quinto.

<sup>47</sup> El manuscrito de *Gobernación espiritual y temporal de las Indias*, estudiado en el *Análisis* y en un capítulo especial de la Parte Quinta, tomo I.

el N° 24 de su título 5, Libro VI (página 130 del tomo V, edición de la Academia de la Historia) que señala la aplicación en Popayan de “las leyes del Reyno “que determinaron” las penas de Cámara y que no está declarado a quien se ha de aplicar”. Además y como tantas veces, el texto de esas leyes falta en el proyecto.

Lo mismo debe decirse de otras colecciones, publicadas o inéditas, de documentación propiamente legislativa o simplemente de ejecución administrativa, que se limitan a presentar las papeletas de cada documento cuyo texto no fué, en general, transcrito. De esa clase de fuentes es ejemplo modernísimo el *Epistolario* de Nueva España reunido por Paso y Troncoso, ya puesto a contribución, hasta donde cabe, en otros escritos míos. Ver, como muestra, el documento 16 (tomo I, pág. 13).

Hasta aquí me he referido casi siempre a las fuentes impresas, pero aludiendo igualmente a las inéditas, ya sean de papeletas bibliográficas (como la de Paso en su *Epistolario*), ya de textos completos. Aunque nos limitásemos, para empezar, a este grupo de documentación, la cantidad de material utilizable para el cuadro completo de las penetraciones aumentaría considerablemente, aunque la cosecha fuese, relativamente tan escasa como la hemos visto que es en la Recopilación de 1680 en cuanto las penetraciones propiamente dichas. Indudablemente es que no deberíamos limitarnos a ese grupo de fuentes de fácil encuentro. La investigación debe sustancialmente abrazar los archivos en que hay documentación indiana absolutamente inédita, es decir que no cuenta con el apoyo de catálogos y colecciones de fichas bibliográficas. En el capítulo cuarto diré cómo creo yo que debería acometerse esa ingente y larga investigación indispensable, si es que queremos llegar a una conclusión reposante sin el peligro de la espada de Damocles que representa la atormentadora pesadumbre de una rectificación con que el aprove-

chamiento de lo desconocido amenaza a toda afirmación prematura.

2. Hay, en fin, toda la legislación posterior a 1680, de cuya importancia hablo en la monografía de los *Cedularios* (Parte cuarta de los *Estudios*) y que examinaré de nuevo, especialmente, en la octava parte. El largo espacio que cubre esa legislación abraza los veinte últimos años del siglo XVII, todo el XVIII y los comienzos del XIX, y en él se produjeron notables modificaciones del régimen colonial y una acentuación marcadísima de la sustantividad del Derecho indiano frente al de la metrópoli. El conocimiento pleno de esas novedades que sólo en ciertos aspectos ha sido estudiado a fondo, debe darnos, entre otros elementos útiles para la presente finalidad histórica, una más clara imagen de la motivación que guió los movimientos de independencia de la población colonial y, particularmente, el hecho de si existió entonces en todas o algunas colonias y en una o varias direcciones diferentes, una desviación mayor del sentido jurídico castellano en la legislación indiana, del que existió hasta 1680. Carecemos aun de una respuesta convincente de esta última cuestión; y por las condiciones desfavorables respecto del manejo de fuentes capitales para poder llegar a esa respuesta, en que me encuentro todavía, tampoco puedo yo acometer la investigación exigida por esa respuesta. He de limitarme pues, en punto a esa legislación posterior a 1680, a indicar las fuentes que quedan por examinar (tarea ya desempeñada en los últimos capítulos de *Cedularios*, y la que añadiré en la Parte Octava), y el género e intención de los *Estudios* que requieren para completar el aludido conocimiento de las penetraciones directas y completas del Derecho castellano en la vida jurídica indiana: tanto en lo correspondiente a la legislación producida en la metrópoli, como en la nacida en las colonias mismas en uso de autonomía de que gozaron, en mayor o menor proporción, casi todas las autoridades coloniales.

3. A las fuentes que he mencionado en los dos números

anteriores, hay que añadir los dos grandes grupos de normas correspondientes a la costumbre jurídica y al Derecho privado. Como de ambos me ocuparé en la *Sexta Parte* (Tomos I y II) de los *Estudios*, a ella me remito.

Basta decir aquí, por ahora, que el campo de la costumbre simplemente tolerada o sancionada concretamente (fuese lícita o no, en si misma), parece haber sido bastante más extenso del que se puede presumir con el solo conocimiento de las leyes recopiladas que fijan las condiciones generales a que debían sujetarse las costumbres para ser lícitas; dado que esas leyes<sup>48</sup> no contienen nada preciso en cuanto a la materia de las costumbres mismas, que es lo que nos importa conocer. Conviene advertir también que, a este propósito, como a muchos más que importan en la Historia del Derecho indiano, los Autos y otras disposiciones del Consejo de Indias suministran muchas noticias y comprobaciones de hechos sabidos por otras fuentes, como ya hemos visto en el capítulo anterior en la exigua área de la Recopilación.

Aunque en obras muy modernas dedicadas al estudio general o regional del Derecho indiano se encuentran ya llamadas interesantes a la importancia de la costumbre jurídica en la vida colonial—cosa que faltó completamente en la literatura histórica anterior—las más de las veces no suelen pasar esas advertencias de afirmaciones generales y no siempre bien orientadas (como el lector habrá visto en la Introducción de este libro), a que no acompañan, casi nunca, datos concretos que justifiquen la conclusión afirmada. Quién, dentro de lo que yo conozco, ha puesto más de relieve en su *Historia del Derecho*, la importancia y peso real de la costumbre en Indias, es el profesor peruano Basadre, quien inicia, por lo que toca a su país, un estudio concreto de hechos consuetudinarios. Pero la exigüedad de estos ensayos

<sup>48</sup> Como ejemplo, véase la ley 21, título 2, Libro II, que con otras de su grupo he interpretado y comentado ampliamente en la *Parte Sexta* y otros escritos.

con referencia a la masa enorme de la extensión colonial, si aporta una cifra muy apreciable en sí mismo, ésta es aritméticamente insignificante para el conseguimiento total de lo que nos falta.

No hay para qué decir que me refiero ahora únicamente —y no podría ser de otro modo en la monografía presente—, a la costumbre de tipo castellano y origen Peninsular, ya que la de tipo propiamente colonial, nacida de las necesidades especiales y de la mentalidad de los colonos españoles y sus sucesores durante los tres siglos de régimen español, no pudo producir el hecho de penetración castellana, que es lo que únicamente nos interesa ahora. Apurando el rigor histórico dentro del campo de las posibilidades, el único caso en que una costumbre colonial podría equivaler, en efecto, a una penetración castellana (o aragonesa, catalana, vasca, etc.), sería el de la resurrección, en la colonia, de una modalidad consuetudinaria latente en la condición tradicional de uno o varios colonos peninsulares y que éstos se empeñasen en imponer, tal vez muchas veces modificando, suprimiendo o aumentando las aportaciones jurídicas hechas por las leyes internas castellanas o las costumbres de igual origen productoras anteriores de una penetración metropolitana. Pero la existencia de este caso —cuya posibilidad no niego—, aún está por demostrar (dentro de lo que yo sé) y, en consecuencia, sólo tiene, hoy por hoy, el valor de una hipótesis.

Lo mismo digo, pero desde un punto de vista muy diferente, de la costumbre de tipo indígena (indio o "amerindio", como han dicho algunos hispanistas norteamericanos) que representaría otra especie de penetración no comprendida en mi tesis actual y que estudiaré en la *Parte Séptima* de los *Estudios*. Vestigios de esta calidad pueden ya advertirse en la misma Recopilación de 1680.

Completando ahora lo concerniente a las fuentes de origen de las especies de penetraciones que aquí nos interesan, diré que en el orden de la documentación de proce-

dencia privada deben tenerse en cuenta, no sólo las de especie consuetudinaria que pueden existir, sino también las nacidas en el uso legal del margen de autonomía que las leyes han reconocido siempre en la esfera del Derecho de familia, del sucesorio y del contractual: materia que abordaré especialmente en el ya citado Tomo II de la Parte Sexta. Allí se verá con pruebas la necesidad de que atendamos cuidadosamente a un hecho que apenas si comienza a percibir la ciencia histórica y que excede del campo propio de la presente monografía. Me refiero a lo que va indicado en uno de los párrafos anteriores; a saber, la penetración de otros derechos españoles peninsulares que el rigurosamente castellano común (el legislado en la Corona de León y Castilla, única metrópoli política de las colonias, por la voluntad de los Reyes Católicos). Esos otros Derechos, escritos o consuetudinarios, pudieron ser lógicamente introducidos, en mayor o menor cantidad, por los grupos de emigrantes no castellanos y parte de los forales pertenecientes a la mencionada Corona, que también poblaron partes de nuestras colonias. Su principal origen debió verosimilmente proceder de la legislación autónoma municipal o de la costumbre de igual descendencia, y es posible encontrarlos, de una parte, en el Derecho privado de que hablo ahora y, de otra en las Ordenanzas y acuerdos de los cabildos indianos. A la búsqueda y comprobación documental de esas penetraciones he inclinado repetidamente a mis alumnos en los trabajos de Seminario de mi cátedra, a que he aludido varias veces en algunos escritos míos que anticipan algo del contenido de mi proyectada *Historia del municipio colonial*. El profesor Basadre antes citado, ha visto también la importancia que tiene esa investigación y ha señalado en su *Historia* algunos grupos de emigrantes que pudieron realizar penetraciones jurídicas de ese género.

## II

## EL DERECHO CASTELLANO SUPLETORIO

1. Vengamos ahora especialmente a la función normal supletoria del Derecho castellano interno en el régimen colonial, función que constituye una forma totalmente distinta de la estudiada en el capítulo primero y de la que analicé en los párrafos anteriores de este capítulo segundo. A ella me he referido muchas veces en aquel mismo capítulo primero, llamando la atención hacia las cualidades que caracterizan su manera de penetración respetuosa y conservadora con la especialidad legislativa indiana.

El principio que capitalmente rige lo que diríamos ser la medida del ambiente correspondiente a la vigencia de esa clase de Derecho en las Indias, es tan claro, sencillo y natural, que semeja a una perogrullada. En efecto, puede decirse con absoluta exactitud que todas las relaciones públicas y privadas, todos los servicios y actos especiales o de pormenor que cabe prever como necesarios (o simplemente como posibles) para el cumplimiento de la vida individual y social en las posesiones españolas de América y Oceanía, y que no contaron con una norma explícita en la masa especializada de la legislación colonial durante el régimen español, tuvieron que estar necesariamente regidas —puesto que una norma obligatoria les era indispensable—, por las leyes y las costumbres de Castilla. En otros términos, que en todos los casos en que los gobernantes españoles no previeron una regla jurídica especial para las Indias, o dejaron de dictarla por cualquier motivo o ignorancia de su necesidad, el Derecho interno español encontró la puerta abierta para que, sin violencia alguna, muy natural y lógicamente, viniese a dirigir la vida colonial.

Pero la comprensión de este hecho ineludible, no revela más que un criterio realista y de buen sentido, si bien carente de contenido práctico por sí mismo a los ojos del historia-



dor del Derecho. Para convertir ese criterio en saber histórico, necesita una larga operación intelectual capaz de determinar dos factores igualmente indispensables, si se aspira a trazar (a imagen, por lo menos, de un *Sumario de Recopilación*) el cuadro de las especies y motivos de aquellas normas que, no por ser supletorias, dejaron de formar parte sustancial del pleno cumplimiento del Derecho indiano positivo; y, por tanto, de su conocimiento íntegro que constituye la finalidad de la ciencia histórica jurídica.

Esos dos factores son: el Derecho castellano interno en su propia sustantividad (excepción hecha del que explícitamente hallamos consignado en las leyes indianas y que está muy lejos de ser el único que necesita conocer todo indianista); y el conjunto de la vida colonial en su doble dirección: la europea-criolla y la indígena americana. Ese conjunto de vida social debe ser, para su perfecto aprovechamiento en la investigación a que aludo ahora, conocido y dominado tan extensa e intensamente, que nos capacite para determinar cuales debieron ser, lógicamente, las normas castellanas necesarias para completar la satisfacción jurídica de las necesidades de este género. El saber hondo de esa doble vida colonial (propriamente, el fondo humano más interesante de la Historia indiana) no es una exigencia secundaria para el historiador del Derecho colonial. Por el contrario, seguirá siendo para él una necesidad principal aun en el caso de que el estudio de las fuentes de conocimiento que no son legislación de Estado, no llegue a procurarle, a través de la costumbre probada documentalmente o por testimonio de quienes la vieron practicada y de los instrumentos públicos y privados de aplicación del Derecho, una lista copiosa <sup>49</sup> de aplicaciones vivas de normas supletorias claramente derivadas del acervo metropolitano; o por lo menos, de mentalidad española que

<sup>49</sup> La aspiración a la lista completa me parece casi una utopía; y lo es, desde luego respecto de las formas desaparecidas en sí mismas o en el testimonio y su vigencia anterior.

no hallaron expresión legislativa en su propia tierra. Tan cierto es que el conocimiento de la vida prejurídica y extra-jurídica de los pueblos es sustancial para comprender su Derecho, y que las divisiones de la materia histórica a que nos obliga muchas veces la necesidad de especializar para poder ahondar nuestro saber, son expedientes hijos de nuestras incapacidades intelectuales, pero que no deben hacernos olvidar la unidad orgánica de la vida humana.

Mientras no poseamos esa lista o registro, completado con las sugerencias que nos aporte el conocimiento de la historia general de las sociedades indianas, el Derecho castellano subsidiario en las colonias carecerá para nosotros de plasticidad histórica, y no alcanzará la precisión singularizada que lo convierte en afirmaciones concretas de sustancia jurídica. Hasta que no lleguemos a esas comprobaciones — y nos falta casi todo para decir que las poseemos — el “Derecho supletorio” en Indias será una frase vaga que no excederá del terreno de las posibilidades; salvo algunos casos que de antiguo nos son conocidos. Y la historia no se puede satisfacer con posibilidades.

Pero, hoy por hoy, debemos contentarnos con afirmar que el margen de ese Derecho debió ser muy amplio, incluso en el orden de lo que tradicionalmente se llama Derecho público; no obstante que la inmensa mayoría de las numerosísimas leyes indianas que conocemos (en la Recopilación, casi todas) son de esa especie, con algunas excepciones cuando rozan hechos de especie privada considerados, casi siempre, desde el punto de vista del interés fiscal. Todavía más campo abarca el extenso margen del Derecho civil o privado a que acabo de aludir, puesto que la legislación indiana apenas si lo señala directamente. Así, en punto al Derecho de familia, se encuentran en ella muy raros preceptos relativos, casi todos, al matrimonio y al cumplimiento de la vida conyugal común; el de propiedad alcanza tan sólo a ciertas formas de

ella, como la comunal y la parte civil de las encomiendas; el Derecho Sucesorio, casi se limita a los bienes de difuntos y a las herencias de encomenderos; y respecto del Derecho contractual, únicamente encontramos algunas normas de comercial y el marítimo *strictu sensu*, formuladas más bien desde un punto de vista de la vida jurídica colonial que se tuvo que amoldar automáticamente al Derecho de la metrópoli, aparte las desviaciones que el propio espíritu de los colonos españoles fué creando en costumbres jurídicas y en normas de legislación y que todavía desconocemos en su mayor parte.

2. Volviendo a la legislación, aun queda por examinar un elemento que sólo de manera incidental y por alusión he mencionado anteriormente. Me refiero al hecho posible de que, aparte las penetraciones explícitas estudiadas en el capítulo primero, hayan existido otras que a primera vista son imperceptibles, pero que pudieran revelarse mediante confrontaciones de textos que exigen una labor larga y difícil, puesto que tendría que abrazar un número considerable de preceptos españoles que no siempre es seguro encontrar en las recopilaciones nacionales, en colecciones de documentos inéditos, o en las publicaciones sueltas de ciertas disposiciones o grupos especiales de ellas que en siglos pasados se hicieron.

Me refiero con esto a la posibilidad de que algunas (quizá más de las que nos figuramos a primera vista) de las leyes coloniales conocidas y que tienen aspecto exterior de leyes especiales indianas y no contienen referencias a normas castellanas, reposen sin embargo en una base de Derecho castellano transportada a la legislación de Indias con ligerísimas modificaciones, o sin ninguna, y convertida en precepto especial indiano por creer que las normas que las constituían llenaban perfectamente el propósito de satisfacer las necesidades coloniales, como antes se creyó que satisfacían las de España.

Repetidas veces, al meditar sobre la interpretación de

algunas leyes recopiladas en 1680 y a su forma de redacción, me asaltó la duda acerca de su intención y me planteó, en plena crítica, este posible supuesto.

¿Se puede decir que las leyes indianas en que se hace mención de preceptos castellanos como supletorios de lo que no consta en la especialidad colonial, y que son más fáciles que se presenten en la práctica de ésta, sean las únicas en que la función subsidiaria tuvo lugar? Correlativamente, la cláusula habitual en los casos de concurrencia de ambos Derechos, que analicé ampliamente en el capítulo primero (v. gr. "como está ordenando *por las leyes de este libro y de estos Reynos de Castilla*", ley 24, título 31, Libro II), me sugiere con insistencia la hipótesis de si tales leyes "de estos Reynos", no expresan algo más u otra cosa, que la aplicación del Derecho castellano en el caso especial a que se refiere la ley en que figura;<sup>50</sup> o, por el contrario, se limitará a consignar la conformidad del precepto escrito para las Indias y el que ya existía antes en Castilla: lo cual querría decir que aquél constituyó, bajo la apariencia de una norma nueva y especial para las colonias, un simple traslado (penetración), a éstas, de un precepto de Derecho interior español. La generalización de esta hipótesis nos llevaría a la conclusión provisional de que el Derecho castellano se impuso muchas veces en las Indias sin decirlo claramente; con sólo repetir, en forma de una disposición especializada para las colonias, otra que ya regía en la Península. Comprendo bien la dificultad enorme que presentaría la prueba de este hecho, puesto que obligaría a buscar, con respecto a cada ley indiana que ostensible-

<sup>50</sup> En la ley 24 que cito, el caso concreto se limita a la entrega a los Escribanos de Cámara de las Audiencias de "los procesos y escrituras" que pasaren ante "los Escribanos de la visita de la tierra, y otras comisiones á que salieron los Oidores". La pequeñez del asunto no parece merecer la duplicidad de dos leyes o preceptos iguales y más bien hacen pensar que si en otras del mismo Libro se ordenó así, la ley en que se consignó, no obstante su apariencia de especial indiana, sólo representaba la aplicación de un precepto anterior castellano: en suma, una penetración.

mente no respondió a una necesidad jurídica imposible de haberse presentado antes en la metrópoli, su posible fuente castellana que pudo muy bien no existir.

En apoyo de no ser enteramente temeraria la hipótesis, parecen venir algunas otras leyes de la Recopilación, pertenecientes al grupo que he calificado antes de *equivocas* por la vaguedad de su redacción. Dado que de esto dije entonces lo que sería superfluo repetir, me abstengo de hacerlo; pero no de señalar que el equívoco se produjo en dos formas: la de no precisar el alcance supletorio del Derecho castellano, y la de emplear expresiones muy ambiguas como las de "conforme a derecho" (ley 38, título 6, Libro II) "leyes del Derecho (16, 20, I), "leyes de estas materias" (93, 15, II), "por leyes Reales (94 del título y Libro dicho antes).

Verdad es contra esas sospechas que integran mi hipótesis, tal vez inverosímiles a veces, predicán con fuerza los ejemplos de leyes como las relativas a la Media Anata; a la Armada de la carrera de Indias y otras análogas en que, no obstante la sustancial unidad de la materia con respecto a España y a las colonias, los legisladores metropolitanos cuidaron mucho de señalar minuciosamente las diferencias entre una y otra aplicación (la del Derecho indiano y la del Derecho de Castilla) y por ello dictaron normas especiales para los servicios correspondientes a los territorios americanos y oceánicos. De modo análogo, emplearon la minuciosidad, a pesar de la secundaria importancia de algunos casos, para la precisión de las penetraciones concretas y explícitas del Derecho castellano en disposiciones cuyo texto es, en su mayor parte, de clara especialidad indiana. Ambos hechos parecen oponerse al supuesto de que en otras leyes no se declare de hecho si existió la copia de una ley española cuya extensión a las colonias se estimaba conveniente; tanto más, cuanto que ningún obstáculo, constitucional o de doctrina, impedía al legislador soberano, manifestar su voluntad sin ambajes o

motivarla con razones suficientes, como tan a menudo hizo en muchos textos de la Recopilación.<sup>51</sup>

Así y todo, ninguna de estas contrapruebas es suficiente, ni aun todas ellas juntas, para borrar el escrúpulo de que la sospecha que vengo exponiendo pudo hallar justificación en algunos casos. Desde luego sabemos el relativo a un grupo de disposiciones de tan gran importancia para la gobernación de las Indias como son las relativas al modo de realizar la *Descripción* de aquellos territorios, y cuyas Instrucciones, mencionadas en varias leyes de la Recopilación de 1680, se calcularon en el procedimiento que para las *Descripciones* o *Relaciones geográficas* de Castilla se siguió desde 1575.<sup>52</sup> El texto de esas Instrucciones no fué reproducido en el código de 1680; sin duda, porque en esa fecha ya no tenían aplicación, puesto que las *Descripciones de Indias* se realizaron muy anteriormente en gran medida y no se creyó necesario continuarlas; pero no por eso dejan de ser elemento muy considerable en la legislación indiana. A ellas me he referido particularmente en la Parte cuarta de estos Estudios.

Semejante a ese caso es el de los Virreyes, cuya legislación inicial en cuanto a sus facultades y preeminencias, derivó de la vigente en Castilla para los funcionarios de igual denominación que existían en la Península y en dominios europeos de España, como ya se advierte en las Capitulaciones de Santa Fe de 1492. Cosa análoga puede decirse de las leyes relativas a los Almirantes, igualmente aplicadas en las Capitulaciones con Colón y que persistieron respecto de otros miembros de la familia durante algún tiempo. El hecho de

<sup>51</sup> Este importante hecho de la exposición de motivos en leyes sueltas, tan frecuentemente mantenido en la legislación indiana, supervivencia de los textos medievales tan característicos en las Partidas de Alfonso X, lo he señalado en una de las monografías de la Parte Quinta, Tomo I.

<sup>52</sup> Ver Jiménez de la Espada: *Relaciones geográficas de Indias*, Tomo I, págs. LXX-LXXI, y particularmente la afirmación de que en 1577 se acordó "en aplicar a las Relaciones geográficas el mismo procedimiento que se seguía con las de Castilla desde 27 de octubre de 1575".

que, más tarde, tanto una como otra legislación adquiriesen modalidades diferentes al patrón español, con respecto a las Indias, no quita valor alguno a la vigencia más o menos larga de los primitivos; y en cambio, obliga a estudiar hasta qué punto las Ordenanzas especiales de Virreyes de Indias reflejaron las relativas a los que ejercían igual cargo en Europa.

3. Las precedentes citas y consideraciones abren un nuevo horizonte respecto de las fuentes a cuyo estudio debemos acudir—a más de las mencionadas anteriormente—, para agotar en el mayor grado posible los elementos de hechos conducentes a un cuadro amplísimo de las formas de influencia jurídica castellana, en su Derecho interno, sobre el especial indiano.

Ya hemos visto el valor que en este sentido representaron—según la observación personal de Pinelo— las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas del Consejo de Indias. No es excesivo pensar que las sentencias de las Audiencias coloniales habrán de suministrar hechos idénticos, y que los “mandamientos” *strictu sensu* en el orden administrativo de toda especie de gobernadores, desde los Virreyes a los de más ínfima categoría, también prometen amplia cosecha. Hágase la prueba, por ejemplo, con los numerosísimos documentos de aquella clase que ha publicado el Dr. Silvio Zavala en su colección referente a los asuntos del trabajo en punto a los indios de Nueva España.

En todo caso, conviene advertir que la comprobación general de la verdad o la inexactitud de la sospecha a que vengo refiriéndome, es una tarea de mucha paciencia y de larga duración, ya que exige investigaciones minuciosas paralelas en los Archivos de documentación española y en los de documentación indiana; lo cual no quita que sea necesario, para saber a qué atenernos en cuanto a la realidad o la inexistencia de esas formas especiales de penetración castellana. El arbitrio que con mucha frecuencia otorgaron los reyes a las Audiencias y a los virreyes y gobernadores para

resolver por sí mismos asuntos de varia importancia, debió ofrecer numerosas ocasiones de aplicar, para obtener una buena resolución (buena, a juicio de aquellas autoridades) o para un expediente equitativo que acabase con una situación difícil o enojosa, normas del derecho castellano, a título de supletorio; o tal vez, de "arbitrario" o "componedor" cuando la ley indiana pertinente reconociese la colaboración de ambos, como hemos visto en las leyes de esta calidad recordadas en un párrafo anterior del número 2 de este capítulo. Las dichas ocasiones debieron quizá presentarse, más aún que en las materias de gobierno (aunque conocemos muchas de esta clase) en las de justicia (pleitos civiles): punto sobre el cual también llamé la atención en el citado número 2. Un elocuente dato en punto a facultad de arbitrio en que gozaba el Consejo y de que seguramente usó muchas veces, nos la da la ley, 7 título 2 del Libro VIII de la Recopilación, al decir que, como sanción a delitos procedentes de los juegos prohibidos, se aplique "pena de suspensión de oficio al que contraviniere [las prohibiciones] . . . y las demás establecidas por leyes de estos Reynos de Castilla, y de esta Recopilación, y *otras, a arbitrio de nuestro Consejo de Indias*". Juzgue el lector del ancho margen que ese y otros arbitrios a que aludo antes dejó a la Administración pública para introducir preceptos castellanos, y la importancia que reviste investigar sobre esos hechos.

## CAPITULO TERCERO

### CUESTIONES GENERALES Y CONCLUSIONES

En los capítulos precedentes queda bien demostrado, a mi juicio, que es científicamente imposible deducir de lo que conocemos hasta hoy en punto a la realidad de la penetración del Derecho castellano (así como la de otros Derechos españoles), ninguna conclusión general fundada en bases



suficientes: salvo la que con toda claridad arroja el análisis hecho de las leyes recopiladas en 1680 relativamente a las materias en que los codificadores de fines del siglo XVII creyeron conveniente mantener ciertas aplicaciones concretas de leyes castellanas introducidas en la legislación indiana de un modo explícito.

1. Hemos visto ya que esas aplicaciones fueron escasas relativamente al número de disposiciones especiales que contiene la Recopilación. Pero al lado de ellas y sin salir del Código de 1680, hay las de costumbres jurídicas de que ya hemos hablado en el capítulo anterior: costumbres consentidas, y más de una vez confirmadas categóricamente, que todavía ignoramos por lo general si fueron costumbres de procedencia u orientación metropolitana, o bien costumbres derivadas de la especialidad social, económica, etc., de las colonias.

Escribo la palabra "orientación" después de la de "procedencia", muy intencionadamente, para distinguir las costumbres *importadas* de la metrópoli, de las *creadas* en las colonias mismas por los emigrantes y pobladores de España. Pero también quiero limitar el sentido de la palabra "orientación" a los casos que motivan aquí su uso, a saber, los de introducción de costumbres originadas por las condiciones locales de la vida colonial, y que carecían de precedente metropolitano. Sin duda, esas nuevas costumbres, aunque sugeridas o causadas por las circunstancias especiales del vivir indiano, o por la deformación inevitable que el medio natural y el social, tuvieron que producir muchas veces en la mentalidad de los pobladores europeos, hallaron su origen directo en la psicología fundamentalmente española de los emigrantes; o para ser más exacto, en la modalidad espiritual de cada uno de los grupos que emigraron de España y se establecieron en las Indias occidentales (castellanos, vascos, gallegos, aragoneses, levantinos, canarios); modalidades cuyas huellas diferentes se han podido ya percibir, como ya indiqué

en el Capítulo segundo, en el orden de la vida municipal, pero que aún nos son desconocidas en otros sectores del mundo colonial americano y filipino.

La certeza de estos hechos no nos debe llevar, sin embargo, a una generalización excesiva que, remontándose a un principio demasiado general, diluiría la individualidad concreta de ellos (que es donde reside su propio valor jurídico) en una afirmación vaga de innegable verdad, pero que nos haría perder el terreno firme de las diferenciaciones históricas. Me refiero con esto a la conocida observación general y vulgarísima de que, siendo españoles los creadores de la vida colonial indiana (y no sólo de su régimen político), forzosamente toda ella (el régimen inclusive, por muy especial que éste fuese), tenía que ser reflejo de la mente española; y que aún en los casos dominantes de la particularidad y la novedad de las normas indianas, que ya estudié en la parte segunda de estos *Estudios*, no podía ser otra cosa que la *interpretación española*<sup>53</sup> del hecho colonial. Sin duda, repito, esta afirmación es exacta en sí, aparte el hecho de las incorporaciones e influencias indígenas producidas y de los cambios que, como he dicho ya, sufre la espiritualidad europea —hoy como ayer— bajo la presión de climas y contactos antropológicos muy distintos de los de la patria de origen. En pura psicología, la afirmación es ciertamente indiscutible; puesto que el sujeto lleva consigo, a donde quiera que vaya, la mentalidad de su raza y de su educación personal, que inconscientemente dirigen sus ideas y actos; pero en la esfera concreta del Derecho es preciso contar con otros factores de motivación y de conveniencia jurídica conducentes

<sup>53</sup> A esa interpretación pertenecen, sin duda, los aciertos y los errores que los gobernantes tuvieron en cuanto a la comprensión de las necesidades de la vida colonial, tales como pudieron advertirlos y acusarlos los contemporáneos, o como nuestra crítica actual los ve. De ellos fué responsable (en la más lata acepción de la palabra) la mentalidad (o, a veces, la voluntad), si es que son separables siempre esas dos facultades del espíritu español. Pero este punto de vista es muy otro del que examinamos en este momento.

a la adopción de normas que en la metrópoli nunca se hubieran presentado a la consideración de esos mismos sujetos, por exceder del ámbito normal propio de su ideología de raza y ambiente.

Por ello, si se dijese que la historia del Derecho indiano es una rama de la historia del Derecho español, se diría algo profundamente exacto, pero que puede convertirse en muy inexacto si la palabra "español" se tomase en un sentido que prescindiera de la particularidad real del Derecho indiano. En efecto, cabe decir que ese Derecho fué un Derecho *español (o castellano)* en tanto que creación del espíritu de los dominadores; pero si se intenta añadir que no fué más que eso (aplicación de la mentalidad jurídica española a las necesidades de los territorios y pueblos colonizados), se entra ya en un terreno de la más peligrosa y fácil inexactitud y algo perogrullesco.

No perdamos pues de vista la cuestión concreta que ahora nos interesa estudiar y resolver: la de la incorporación de *normas (legales o consuetudinarias) existentes en España y principalmente en Castilla*, al cuadro especial de las que constituyeron la legislación y la costumbre indianas. Todo lo que de esto se aparte, se halla fuera de la Historia del Derecho, por muy grandes que sean su interés y su importancia en otros órdenes de estudios.

2. Limitándonos a nuestro propio campo, parece indudable que la esfera de la aplicación subsidiaria del Derecho castellano a las necesidades jurídicas de las colonias, debió ofrecer dos maneras principales en la realización de ese hecho: la aplicación casuística en la gobernación general, en la administración de justicia, en la vida eclesiástica etc., de las normas castellanas que satisfacían la necesidad de una solución jurídica determinada; y el trasplante, en grandes masas y con carácter general, de estructura y de funcionamiento de instituciones castellanas indispensables a la vida de los emigrantes por la sustancialidad étnica del hecho a que obedecían, y que

no llegaron a recibir más que en algunos pormenores de muy varia importancia, la reglamentación de una ley colonial diferente de la seguida antes en la metrópoli.

Como varias veces he dicho en las páginas de estos *Estudios*, el ejemplo más visible para nosotros en cuanto a esa segunda manera, y en el estado actual de nuestro conocimiento del Derecho indiano, es el del municipio o Concejo; pero no creo que sea el único. Y aun en él sería preciso que llegásemos a saber con precisión si el derecho local o regional, muy naturalmente reproducido en sus líneas fundamentales por los pobladores españoles, sufrió o no, en más o en menos, desviaciones impuestas por las nuevas necesidades de la naturaleza territorial y social de las Indias. Claro es que dentro de esa misma vida municipal, como ya lo advertí en otra ocasión,<sup>54</sup> vivieron instituciones diferentes del gobierno concejil, como fué la de los gremios de oficios reglamentada unas veces por el cabildo municipal; otras, por los Virreyes y Audiencias y quizá, en algunos casos, por la simple continuación de las Ordenanzas de origen metropolitano.

3. Dentro del grupo de cuestiones generales, podríamos, por un exceso de escrupulosidad referente al sentido crítico que la Historiografía exige, volver a la famosa ley de Felipe II, incorporada sin modificación por Felipe IV a sus ordenanzas del Consejo de Indias de 1636 y reproducida en la Recopilación de 1680. No doy importancia a este último hecho en el sentido de que suponga una aprobación (poco eficiente ya, por supuesto, a fines del siglo XVII) del deseo manifestado por el primero de los citados reyes de "reducir la forma y manera del gobierno (de los Reynos de las Indias) . . . al estilo y orden con que son regidos y gobernados los Reynos de Castilla y de León". Prescindo ahora de la cortapisa bien clara y concreta que el mismo monarca impuso a la recomendación hecha al Consejo en la frase antes copiada. Respecto del valor capital que esa cortapisa representa,

<sup>54</sup> En el estudio sobre la *Autonomía y la descentralización legislativa*.

hasta el punto de caracterizar el precepto de aquella ley y diferenciarlo netamente de lo que no es más que un deseo\* en la frase aquélla, ya dije en otro lugar lo necesario, y lo he recordado brevemente en el capítulo primero del presente *Estudio*. Pero independientemente de esto, es evidente que Felipe II creyó útil y teóricamente posible para la buena gobernación de las Indias, en todo lo que fuese posible (y con el debido respeto a la especialidad indiana que en su época ya habían llegado a producir millares de leyes), el criterio de las normas castellanas. La cuestión que así se plantea contiene dos hechos que conviene analizar: la razón en que hubo de apoyarse Felipe II (o quien le propusiese la publicación de aquella ley) para expresar oficialmente ese deseo, y que interesa, todavía más que a la historia del Derecho colonial, a la biografía de aquel monarca como hombre de Estado; y en qué medida y materias su recomendación o aspiración fué atendida por el Consejo. Esto segundo entra de lleno en la historia legislativa de las Indias, y en gran parte podrá quedar resuelto, tal vez, por la investigación completa que requiere el presente *Estudio*.

Por lo que toca a lo primero (es decir a la razón o motivo del deseo expresado en la ley) me parece que va contenido en la frase que copié anteriormente y que repito ahora con su texto completo. Dice así: "Porque siendo de una Corona los Reynos de Castilla, y de Las Indias, las leyes y órden de gobierno de los unos y de los otros deben ser lo más semejantes y conforme (*sic*) que se pueda. . . (con el) estilo y órden con que son regidos y gobernados los Reynos de Castilla y de León".

El argumento es manifiestamente débil. Pudo satisfacer a los contemporáneos de Felipe II y a éste mismo, en uno de los aspectos que ofrecía entonces la doctrina de la monarquía absoluta: puesto que los territorios y poblaciones de las Indias y los de Castilla y León <sup>55</sup> pertenecían al dominio político de

<sup>55</sup> Recuérdese lo que en el Capítulo Segundo dije en cuanto al por-

un mismo rey y al patrimonio de una misma dinastía, fué lógico entonces que las leyes que los rigen fueran las mismas. Pero a un jurista moderno no le podría convencer. A mayor abundamiento, y desde que se inició la legislación de Indias, los gobernantes de la época habían reconocido la forzosa e inevitable especialidad de los dominios occidentales, que predicaba con exigencia creciente en favor de la diferencia legislativa del régimen colonial y no fueron cortos en satisfacerla.<sup>56</sup> Pero el mismo Felipe II expresó y razonó en varias de sus leyes indianas, la doctrina de esa especialidad que, una vez admitida, no podía razonablemente autorizar, en una redacción como la antes citada, la inclusión de un deseo cuya gran limitación era sabida de antemano y anulaba por sí misma el valor dialéctico del hecho político representado por la unidad de la Corona. Por lo cual y sin salirnos del cuadro cronológico a que perteneció esa ley, su primera frase (que es la responsable de la interpretación dada por algunos autores modernos a la ley entera) careció de importancia jurídica. Todo lo más a que discretamente pudo aspirar Felipe II, si fuese cierto que la idea expresada en la frase anterior procedió de él, fué a que, en la medida en que la especialidad indiana permitiese la aplicación del Derecho castellano, se adoptase la doctrina de la asimilación legislativa, sin tratar de extender a ello el principio contrario de la particularidad, incluso en la forma de "adaptación", que ya supone cambio.

Contemporáneamente con la ley en cuestión, que formó parte, según ya dije, de las Ordenanzas del Consejo incluidas por Ovando en su proyecto de Recopilación y sancionadas y

qué, ni Carlos I ni ningún otro de sus sucesores, dijeron "Reynos de España" (como podían decirlo, puesto que eran monarcas de toda ella) y conservaron siempre la referencia a los de Castilla y León, tratándose de América. Por otra parte, recuérdese la variedad de legislación en que vivieron en España los reinos no castellanos durante la Casa de Austria.

<sup>56</sup> Los hechos que demuestran la exactitud de esta afirmación, los encontrará el lector en el estudio sobre la *Autonomía y Descentralización legislativa*, varias veces citado.

promulgadas aparte, en 1571, por Felipe II, éste mismo (personalmente o por boca de Ovando) había abordado la cuestión de la generalidad y la especialidad de las normas indianas, en otro texto,<sup>57</sup> a saber: "la "Prefación" del Rey con que comienza el Libro primero de la Recopilación citada, que Felipe II vió, que indudablemente (a juzgar por ese Prefacio) estuvo a punto de publicarse en 1571 a la vez que las Ordenanzas del Consejo, y que el rey decidió por último dejar inédito por entonces, para perfeccionarlo. Al final de ese Prefacio, se lee la significativa frase siguiente: "y pues en *toda ella* (la "república" de las Indias) *es una Iglesia, un Reyno y una República*, queremos que en todas las Indias se guarde una misma Ley para que en todas partes vayan en una misma consonancia y conformidad". La unificación se refiere aquí, con toda evidencia, a la legislación indiana en sí misma, sin alusión alguna a la castellana.

Pero tampoco ese deseo de Felipe II (o de Ovando) había de cumplirse, ni respondía a la realidad de las cosas; es decir, a la legislación anterior y a la contemporánea de aquel rey, en que las especialidades más concretas (dentro de la general indiana) de Provincias, Virreynatos y localidades, se había consolidado, así como la de razas (legislación para los colonos; legislación para los indios) con una diversidad de normas y cantidad de leyes verdaderamente imponente: hecho que no admite réplica en cuanto al valor jurídico de la pretendida unidad o uniformidad indiana.

La conclusión que se desprende del examen de ese texto y del anterior, es que ambos expresaron una aspiración platónica que diríamos, cuya imposibilidad se habían encargado de comprobar, con anticipación, los frutos legislativos del gobierno colonial. Esa imposibilidad era, por de contado, absoluta en el caso de la legislación privativa de Indias, y sólo

<sup>57</sup> Los he recordado y discutido en el *Análisis de la Recopilación de 1680*; pero aquí son también pertinentes y hallan su razón por considerarlos en otro aspecto que allí.

relativa en el de la correspondencia entre las normas indianas y las castellanas. Esta segundo, el mismo Libro I de la Recopilación de Ovando a que corresponde la "Prefación" del Rey antes examinada, la ratificó en las leyes que componen el título primero de ese libro, y singularmente la segunda de ellas que manda se juzgue en Indias "por las leyes de este libro. . . y en lo que por ellas no estuviere determinado, por las de estos Reynos".

El hecho de existir ya y de ser igualmente posibles y necesarias en Indias leyes generales y leyes particulares, lo acusó también por entonces el doctor Alonso de Zorita, en su proyecto de Recopilación que lleva el significativo título de "Leyes y Ordenanzas rreales de las Indias del mar oceano, por las quales primeramente se an de librar todos los pleytos civiles y criminales de aquellas partes y lo que por ellas no estuviere determinado se á de librar por las leyes y ordenanzas de los rreynos de Castilla". La fecha de ese proyecto es de 1574. El texto oportuno en la presente cuestión lo copié ya en el *Análisis de la Recopilación de 1680*; mas para redondear el presente razonamiento, lo repetiré ahora, excusando todo comentario, puesto que es bien explícito en punto al hecho a que aquí me refiero: "y porque en algunas provisiones y Cédulas, Cartas y Ordenanzas é Instrucciones Reales ay cosas diferentes, puse cada una dellas debaxo del título que conviene, sin poner lo que se ha proveydo en casos y personas particulares que expiraron con el cumplimiento y effecto para que se proveyeron, excepto algunas que conviene saberse por otros efectos semejantes; y aunque casi todas las que refiere hablan con el Visorrey y Oidores de la Audiencia Real de la Nueva España, y con el Presidente y Oidores de la de los Confines, son cosas que generalmente se proveyeron para todas las Indias<sup>58</sup> y se embiaron a cada Audiencia dellas,

<sup>58</sup> Aparte de lo que de ellas digo en este Libro, véase lo que escribí sobre las mismas en el de la *Autonomía y Descentralización Administrativa*. Cito particularmente la ley de Felipe III, en 20 de septiembre de



y para los gobernadores, y otras justicias de aquellas partes, y no las e podido auer”...

La única llamada al lector que conviene introducir aquí es la de que el pasaje copiado revela una idea poco clara de la característica o características que diferenciaron, dentro de la legislación india, las leyes generales y las particulares. Tal vez puede hallarse ahí una insuficiente discriminación de casos que en realidad fueron distintos y que Zorita apunta, pero no con la suficiente separación para evitar que aparezcan confundidos. En efecto, no era lo mismo la diferencia de normas dadas a distintos Virreyes y Audiencias, y la que se manifestara en mercedes, privilegios y títulos concedidos a personas particulares (de que hubo muchísimos ejemplos) y cuyo efecto jurídico no siempre desaparecía o se agotaba “con el cumplimiento y efecto para que se proveyeron”: género de particularidad mucho más importante de lo que Zorita parece creer, y que todavía no está suficientemente estudiado. Como de esta cuestión, y del examen, a su respecto, del pasaje de Zorita, me ocupó en una monografía dedicada a las *Especies y formas de la legislación colonial española*, dejo para entonces el estudio de esta cuestión que ahora carecería de pertinencia.

Todavía hay otro aspecto desde el cual puede ser considerada la interpretación de la ley de Felipe II. Una atenta observación de ella y de sus análogas llega a percibir claramente que todas ellas participan en punto a su interpretación, o mejor dicho, en cuanto a la intención que las guió, de una idea que bien pudo ser diferente de la que la crítica moderna les ha aplicado en general. Sin duda, algunas de ellas (las que no son pura expresión de la naturaleza supletoria del Derecho castellano, sino las que manifiestan categóricamente el deseo de la máxima asimilación posible de normas e institu-

1620, también incorporada a la recopilación y cuya fórmula de reserva en cuanto a la castellanización de las normas coloniales es “en lo que fuera *practicable* en Indias”.

ciones) expresan netamente la idea de asimilación de las colonias o de unificación de las dos legislaciones como el estado más perfecto del régimen jurídico. Las posesiones indianas no son colonias, sino partes de la monarquía castellana y deberían regirse tal y como está regida la metrópoli. Con esto, la clave de la interpretación ya no es la proporción de Derecho especial indiano y de derecho peninsular interno, sino la acepción o sentido que los legisladores dieron a la palabra "asimilación". Para nosotros, los juristas y políticos modernos, ese concepto de "asimilación" tiene un valor peyorativo, dictatorial e inaceptable, porque desde fines del siglo XVII hemos sido educados conforme a una concepción contraria (la independencia o, por lo menos, la autonomía de las colonias) y a la doctrina de las nacionalidades que, hipertrofiada en alto grado, ha venido a aplicar la misma concepción a las regiones diversas de cada Estado. Consi-guientemente, no podemos sustraernos a una cierta interpretación del deseo manifestado por Felipe II en su ley de 1571, y que imponen las ideas actuales. Por lo tanto, la asimilación considerada como ideal por esa ley, puede significar para nosotros una negación terminante de la libertad jurídica de las colonias. Nótese que la cuestión aquí planteada hace caso omiso de la otra parte de la ley que reconoce la autonomía colonial impenetrable por el Derecho castellano. No se refiere más que al sentido que pudo dar el legislador al deseo expresado en las palabras "que procuren [los Consejeros de Indias] reducir la forma y manera del gobierno de ellos [los Reinos de las Indias] al estilo y orden con que son regidos y gobernados los Reynos de Castilla y de León". Ahora bien; en el orden de la realidad jurídica —es decir, de la historia del Derecho—, como en el lingüístico, se pueden *asimilar* dos legislaciones o estados jurídicos de las personas, ya por la mala intención de quitar a una de ellas su autonomía o especialidad, ya por desear levantarla a la situación de la metrópoli, que se considera como superior. Tal fué el sen-

tido de las asimilaciones romanas consistentes en conceder los mismos derechos de que gozaban los ciudadanos de la metrópoli, de la ciudad sagrada (*civis romanus*) que, en vez de una inferioridad, fueron considerados, por los mismos que las recibieron, de un ascenso en la categoría y en la dignidad política. *El Diccionario de la lengua española* (Felipe II hubiera dicho *castellana*) contiene la misma acepción gramatical: "Asimilar. Conceder a los individuos de una profesión derechos iguales a los que tienen los individuos de otra"; acepción que, no obstante estar *capitis diminuida* con agravio de la historia y el Derecho, implica el sentido romano de la palabra. ¿Significó esto mismo en la mente de Felipe II, Ovando o quien fuere el iniciador de la idea y la frase de la ley de 1571? Carecemos de pruebas para afirmarlo directamente; pero le da verosimilitud la tesis general que se desprende (respecto de los indígenas de América) de la finalidad educativa con respecto a éstos, desde lo más alto que entonces se concebía —la conversión al Cristianismo católico—, hasta la condición de "súbditos" y el reconocimiento de que los indios eran capaces de vivir civilmente, como vivían los españoles. Si esto pensaron los legisladores de Indias, respecto de pueblos inferiores, ¿por qué no lo habían de pensar también para los conciudadanos emigrantes y los hijos de éstos? ¿Por qué no creer posible que las palabras de la ley de 1571 ("Porque siendo de una Corona los Reynos de Castilla y de las Indias, las leyes y orden de gobierno de los unos y de los otros *deben* ser lo más semejantes y conformes que se pueda") expresaran ese mismo pensamiento? Otros textos legales incorporados a la Recopilación podrían añadir nuevos indicios de existir entonces esa idea; pero me limito aquí a sugerir su estudio,<sup>59</sup> para no alargar desmesuradamente estas observaciones que exceden al área propia de la cuestión general del presente libro.

Por de contado, el valor histórico que pudiese alcanzar

<sup>59</sup> Ley 6, tít. I, Libro IV de la Recopilación.

la comprobación de ese hecho que supongo posible, se limitan los textos que plantean el problema a que corresponde este número 3. Que más tarde, o entonces mismo, la realidad política contradigese muchas o pocas veces esa doctrina, es un hecho que pertenece a la historia general de la colonización y no a la monografía actual.

4.—Cuestión diferente de la tratada en los párrafos inmediatamente anteriores es la relativa a la significación que pudiese tener el hecho de que, en leyes de muy diversos tiempos, se invirtió el orden legal de las fuentes del Derecho indiano, citando en primer término las leyes castellanas y en segundo las de la Recopilación; o más generalmente, las especiales de Indias.

Ya he dicho antes cuál es, a mi juicio, la interpretación razonable de esa forma notoriamente contraria al precepto categórico y repetidísimo de multitud de leyes en las cuales constituye el fondo de texto y no un incidente, como lo es la fórmula en cuestión. No creo que pudo obedecer a otra causa, ni hallaría justificado que se viese en ella la expresión de una preferencia a favor del Derecho castellano anterior a la Recopilación o coetáneo de ella. Cuando el legislador metropolitano creyó conveniente aplicar ese Derecho castellano en vez de crear un nuevo precepto para las Indias, lo dijo claramente, y siempre con relación a materias muy determinadas, de que son ejemplo la 15, título diez Libro II y otras muchas ya registradas en el capítulo primero. Era pues innecesario acudir a una fórmula tan artificiosa y equívoca como de las leyes a que ahora me refiero y, además, tan contraria a la doctrina general de la jerarquía de las fuentes del Derecho indiano, cuando tan fácil se mostraba el camino directo seguido en todas las demás leyes, y consistente en ordenar la vigencia de las disposiciones castellanas juzgadas como oportunas en tal o cual materia. Por otra parte, confieso no haber encontrado en la Recopilación, aun en el grupo de leyes a que aluden las presentes líneas, ninguna en

que la fórmula que antepone la cita del Derecho de Castilla á la del Derecho general indiano, exprese un alcance general, un principio que pudiera aplicarse a otro caso o materia que la particular de la disposición en que fué usada.

Si alguien conoce una ley de ese alcance general, oiga mi ruego de prestarnos a todos los que buscamos sinceramente la verdad histórica, el gran servicio de comunicar el texto de ella o la referencia exacta del lugar en que puede hallarse. Tal vez, luego de leerla y meditarla, proceda reformar la opinión que antes expreso; pero mientras no la conozcamos, me parece lícito atenernos, a lo menos provisionalmente, a la interpretación de las ya conocidas, cuyo alcance, repito, está limitado a la norma concreta donde figuran.

Supongamos, por otra parte y para agotar las exigencias críticas, que un día se llegara a saber documentalmente que la fórmula de esas leyes fué adoptada reflexivamente por los legisladores respectivos para expresar la voluntad de que, en ciertos casos, la aplicación a las Indias de algunas normas del Derecho castellano, en concurrencia con otras de especie colonial ya existentes, fuese preferida y que, por lo tanto, la mención posterior del Derecho indiano en el mismo texto sólo significó que éste se aplicaría en el mismo caso o cuestión a todo *lo no previsto* en la ley o costumbre castellana; es decir, subsidiariamente: posición diametralmente contraria a la que, constantemente, se le asignó al Derecho colonial.

¿Cuál sería el resultado de esa comprobación? Puramente, que en los reducidos asuntos de las leyes (relativamente pocas) que contienen la fórmula en cuestión, se establecieron otras tantas excepciones, de carácter muy concreto, a la regla general sancionada en las leyes 1a., 2a., título primero, Libro II de la Recopilación y en otras muchas promulgadas desde los primeros tiempos del descubrimiento y colonización de las Indias, que también fueron recopiladas en su mayor parte. Pero mientras esa comprobación no se produzca, será muy discutible considerarlas, sin más ni más,

como excepciones queridas por el legislador; y continuará siendo extraño el hecho de que esa voluntad de quebrantar la ley general mediante excepciones, no fuese claramente expresada ni en las leyes cuyo sentido discuto ahora, ni en otra alguna, empezando por las que fijaron el orden de prelación de las fuentes del Derecho positivo indiano.

Conviene, por último observar—condensando las observaciones particulares que con motivo de cada una de esas leyes van hechas—, y considerando al mismo tiempo la escasez de su número en los nueve Libros de la Recopilación, que son tan sólo 24, que de ellas cabe y debe hacerse una clasificación en tres especies distintas, para apreciar más claramente el valor jurídico que corresponde a cada especie.

Las más abundantes (19) emplean una fórmula sencilla que consiste en preceptuar el cumplimiento, en el caso a que cada ley se refiere, de las leyes castellanas en primer término, y, en segundo, de las de Indias relativas al mismo caso. Todavía en este grupo es preciso detenerse a considerar las particularidades que presentan dos de ellas, a saber: la 12, título veintidós, Libro I y la 7, título segundo, Libro VII.

La 12, define la jurisdicción correspondiente a los Rectores de las Universidades de Lima y México, en cuanto a “los delitos, causas y negocios criminales que se cometieren é hicieren dentro de las Escuelas de las Universidades, en qualquiera manera tocantes a los Estudios” (salvo algunas excepciones), así como en otros delitos que se cometieren fuera de las Escuelas y que detalla minuciosamente, y en “corregir y castigar las inobediencias que los Doctores y Estudiantes tuvieren con los Rectores al no <sup>60</sup> cumplir y guardar sus mandatos en razón de los Estudios, Constituciones y Ordenanzas de ellos, dentro y fuera de las Escuelas”. Esta referencia a las leyes internas de cada Universidad, confía a ellas, desde luego, la calificación de las faltas y delitos, por lo menos

<sup>60</sup> La ley dice “en no cumplir”. En el castellano de hoy es más claro decir “al no cumplir”.

(en interpretación estricta) en lo tocante a las inobediencias de Doctores y Estudiantes. Pero luego, la ley misma que comento dice: "Y concedemos poder y facultad á los Rectores y Vicerectores para que *en los casos contenidos en esta nuestra ley, puedan conocer conforme a Derecho, leyes de estos Reynos de Castilla y de las Indias, Estatutos y Constituciones de las dichas Universidades*, fulminar y substanciar los procesos, prender los culpados, sentenciar las causas, imponer penas ordinarias, o arbitrarias, y mandarlas executar conforme a Derecho". Los Rectores y Vicerectores podían pues *utilizar* los preceptos contenidos en esas tres fuentes de Derecho, conforme estimasen que convenía al caso y a la mejor administración de justicia; libertad bien subrayada en la posibilidad de imponer "penas arbitrarias", pero que, a la vez, parece quedar limitada en punto a las inobediencias antes referidas de los Doctores y Estudiantes, cuya determinación subordina la misma ley a lo que hubiesen establecido las Constituciones y Ordenanzas de la respectiva Universidad. Por lo tanto, el orden de colocación de las tres mencionadas fuentes (primero, el Derecho de Castilla; luego, el general de Indias procesal y penal; y, en último término, el particular de las Universidades) no fué un orden de precedencia. Más bien parece ser una amplitud que facilitase a las autoridades universitarias la utilización más conveniente de los varios medios y recursos que ellas tres contenían. Esa es mi opinión, por lo menos. En todo caso, es evidente que la ley presenta una interpretación discutible.

La otra ley, del Libro VII, es, por el contrario, muy clara. Establece, en cuanto a las penas eventuales a que se refiere, tres fuentes de Derecho que son, por el orden en que las cita: "leyes de estos Reynos de Castilla, y de esta Recopilación, y otras"; pero como enseguida somete la elección al Consejo al "arbitrio de nuestro Consejo de Indias", es evidente que no se trata de una ley que anteponga categóricamente el Derecho castellano al Indiano.

La cifra, pues, de 19 leyes que indiqué antes como la correspondiente al primer grupo, queda reducida a 17.

\*  
\*   \*   \*

La segunda especie o grupo, comprende tres leyes de las cuales dos presentan la característica común de significar lo contrario de lo que parecen decir a primera vista, o sea, la concesión de preferencia a favor del Derecho castellano.

En efecto, la primera de esas tres leyes, que es la 3, título primero, Libro II, se limita, como ya dije al comentarla en el capítulo primero, a recomendar el estudio de las leyes mineras de Castilla, para si, los Virreyes de las Indias bien aconsejados de personas peritas las encontrasen "convenientes", las hagan "guardar, practicar y executar" en Indias. Pero a continuación añade esta reserva que devuelve su prioridad legal al derecho indiano: "*como no sean contrarias á lo que especialmente se hubiere proveído para cada Provincia*".

La segunda es la 2 del título cuarto, mismo Libro II, que impone "las leyes y pragmáticas de estos nuestros Reynos de Castilla" en el uso y ejercicio de los oficios de Gran Chanciller, Registrador de las Indias, sus Tenientes y Oficiales, pero con la salvedad de que sea tan solo "*en todo lo que no estuviere ordenado y dispuesto por las leyes de las Indias, ó por las demás, que para ellas se proveyeren, ó promulgaren*".

Por último, la ley 28, título treinta y uno, Libro II, ordena que en la visita de los registros de los Escribanos Públicos, del Número y Ordinarios, el Visitador "vea si está (*sic*) conforme a las leyes y pragmáticas de estos y aquéllos Reynos" (Castilla e Indias) pero "sin perjuicio de lo ordenado por la ley antecedente a los Visitadores ordinarios de los Oficiales de nuestras Reales Audiencias", que son los Escribanos de la Audiencia; con lo cual, la precedencia de las leyes y pragmáticas de Castilla queda limitada a las otras clases de Escribanos. Esta limitación especial tiene, sin duda, menos



valor que la general contenida en las dos leyes precedentes; pero no deja de merecer que se la tenga en cuenta.

En conclusión, solamente esta ley 28 puede ser contada entre las que anteponen claramente el Derecho castellano al indiano. Las otras dos son simples ejemplos de penetración de Derecho castellano en calidad subsidiaria, que una errónea redacción hace aparecer como expresando otra doctrina que la general de la jerarquía de fuentes del Derecho indiano.

La tercera especie no contiene más que una ley: la 28, título cuarenta y seis del Libro IX; nuevo y muy marcado ejemplo de una incorrecta redacción que, aparentemente, la coloca en el tipo de leyes de precedencia legal invertida, es decir contraria a las normas generales que en este punto rigieron. Basta copiar la frase que corresponde a la cuestión actual, para convencerse de la exactitud de ese juicio y para excluir esa ley de la especie a que vengo refiriéndome, puesto que no concede ninguna primacía al Derecho castellano: "El Prior y Cónsules de estos dos Consulados (Lima y México) conozcan de todos, y qualesquier diferencias, y pleytos. . . y de todo lo demás de que pueden, y deben conocer los Consulados de Burgos, y Sevilla, *guardando, y cumpliendo primero y principalmente lo dispuesto y ordenado por las leyes de este título y Recopilación*".

La conclusión final a que se llega en la presente cuestión es, por tanto, que el número de ley de la especie aquí examinada queda realmente reducido a 16.

5.—Para terminar este grupo de cuestiones llamaré la atención del lector hacia las palabras escritas por mí en el párrafo segundo del presente apartado: "Derecho castellano anterior a la Recopilación o coetáneo con ella". Muy deliberadamente he empleado allí las palabras "anterior" y "coetáneo", para cubrir así todas las posiciones posibles de aquel derecho con relación a la fecha de 1680; pero esto requiere alguna explicación.

Si exceptuamos las leyes dadas por Carlos II y su madre

(muy escasas en la Recopilación), únicas que podríamos calificar de "coetáneas" en cuanto al Derecho castellano de entonces, puesto que la Recopilación fué terminada y sancionada en vida de aquel Rey (1665-1700), todas las demás que contiene ese código son, en rigor cronológico, *anteriores* a la Recopilación; por tanto, las aplicaciones de Derecho castellano que a veces imponen, poseen igualmente esa condición. En nada la cambia, pues, el hecho de que la mayoría de las leyes recopiladas pertenezcan a los reinados anteriores a Carlos II, empezando por las de Isabel I y su marido y dada la temprana aparición de la legislación indiana (fines del siglo XV) y las grandes transformaciones que sufrió desde entonces hasta la mitad del siglo XVI el Derecho interior público y privado del reino de Castilla, bien se puede afirmar que las aplicaciones de éste al régimen indiano corresponden muy raramente a preceptos que puedan considerarse como nacidos antes de las leyes indianas a que se aplican; a excepción de los tocantes al régimen municipal, que como sabemos, en lo que siguió siendo Derecho tradicional castellano, debió actuar casi siempre como legislación subsidiaria y no como preferente. En cuanto al Derecho castellano correspondiente al reinado de Carlos II que cita la Recopilación, rigurosamente se podría también calificar de anterior al Código de 1680, puesto que ésta no puede contener ninguna ley (castellana o indiana) *posterior* a esa fecha. Lo he calificado sin embargo de "coetáneo", para hacer resaltar mejor la acepción con que empleo, respecto del producido desde 1492 a 1665, la calificación de "anterior" y su atención al sentido de las leyes de aquel Rey que llevan la fórmula de "en esta Recopilación".<sup>61</sup>

Propiamente (quiero decir, cronológicamente) las únicas leyes de Derecho castellano que no son "anteriores", sino "posteriores" a la Recopilación de las indianas, fueron las

<sup>61</sup> Véase lo que acerca de esa fórmula he dicho en el *Análisis de la Recopilación de 1680*.

promulgadas desde 1680 al final de la dominación española; materia que excede de la que corresponde al período de la única Recopilación de aquella fecha y que nunca pudo figurar en otro código semejante, puesto que éste no llegó a producirse.

A este propósito queda por determinar si, respecto de las leyes internas españolas de ese largo período (un poco más de un siglo) que fueron aplicadas a las Indias, p. e. las Ordenanzas de Bilbao, las Militares del siglo XVIII, las de la Armada de ese mismo tiempo, la de Matrícula de Mar, algunas de Minería, etc., se adoptó siempre la forma que hemos visto adoptada en las de aplicación de Derecho castellano que contiene la Recopilación de 1680. Desde luego se puede decir que en las ediciones oficiales de este código posteriores a esa fecha (la última de las cuales fué impresa en 1791 por orden del Consejo de Indias), no se incorporó ninguna otra que rebasase aquella fecha, como tampoco se incorporaron las muchas de especialidad indiana que tantas modificaciones introdujeron en el régimen colonial imperante hasta fines del siglo XVIII: p. e. las de las Intendencias, las de Navegación a las Indias y comercio con España, etc. Por lo tanto, para determinar si las leyes que entonces se dieron para España y de hecho fueron aplicadas a las Indias, lo fueron a la manera usada anteriormente, es decir mediante otra ley especial dirigida a las colonias, en que expresamente se ordena la adaptación que señala casos de penetración jurídica castellana en América y Filipinas; o bien se impusieron de otro modo en la práctica de gobernantes y jueces. La respuesta a esta cuestión será por lo tanto dada el día en que pueda yo (u otro cualquiera) añadir al presente *Estudio* el capítulo de las leyes indianas posteriores a 1680 con respecto al hecho de las penetraciones de Derecho castellano, y a reserva de lo que obligadamente haya que decir en la *Parte Séptima* de esta serie de monografías.

Hácese oportuno ahora recordar lo que incidentalmente

he dicho en otras ocasiones<sup>62</sup> en cuanto a la transformación del Derecho *castellano* recopilado, en Derecho español. Es un hecho acerca del cual no han fijado suficientemente su atención los historiadores, y cuyo proceso detallado está aun por investigar; pero es bien perceptible leyendo con atención la *Nueva Recopilación de 1567*,<sup>63</sup> sus ediciones sucesivas y la *Novísima* de Carlos IV. No tiene, por supuesto, nada de extraño ese hecho, porque la reducción a un solo reino de los dos que aun existían antes de morir Fernando II de Aragón, en la persona del nieto de éste, Carlos I, y de sus sucesores, llevaba aparejada la consecuencia de que el rey de España diese leyes de vigencia general en todos sus Estados, y que esas leyes fuesen poco a poco creando un Derecho común por encima de los fueros subsistentes en Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca y las Vascongadas, y del derecho particular de Castilla. Que esas leyes se incorporaran (no puedo decir todavía si todas o parte de ellas) a las Recopilaciones de Castilla y no a las de los otros países de la Península, se explica bien, porque la Corte residió siempre en territorio castellano, y porque la Corona de Castilla (comprensible de los dominios indianos) era considerada, a este respecto, como la principal. También, quizá, porque debió repugnar a la opinión de los países forales, tan celosos de su autonomía, la incorporación ostensible a sus fuentes de Derecho de los nuevos preceptos; aparte que los reyes procuraran, tal vez, no ponerlas demasiado de relieve. Suprimidos por Felipe V, como es sabido, la mayoría de los fueros que sus predecesores habían respetado, la nueva legislación común fué creciendo y se hizo más fácil y ostensible.

<sup>62</sup> La primera de ellas, en el tomo III de la *Historia de España y de la civilización española*, 1a. edición, 1900-1911.

<sup>63</sup> En rigor, ésta *Recopilación* no debió titularse de *Castilla*, porque contiene no pocas leyes generales para toda España, cosa natural porque la Corona llevaba ya en aquella fecha medio siglo de unificación política en que era española y no sólo castellana. A medida que fué avanzando el tiempo a través de dos siglos y medio, cada edición fué siendo menos castellana, y la *Novísima*, más que ninguna.

Cabe que nos preguntemos si algunas, por lo menos, de esas leyes españolas generales, no extendió su vigencia a las Indias en los siglos XVI y XVII, y si más o menos de las penetraciones de Derecho *castellano* que conocemos, no tuvieron ese origen; o sí, por el contrario, o independientemente de lo que acabo de suponer, su incorporación al Derecho positivo de las colonias se verificó por otros caminos, antes de 1680. De este año en adelante, ese hecho debió ser frecuente y no necesitar de decreto especial de incorporación, realizándose automáticamente por ser leyes comunes de la Corona española. Pero esto no es más, para mí, que una hipótesis todavía indemostrable.

Esta investigación especial pide el manejo de muchas fuentes de que no dispongo ahora, y me ha sido, en efecto, imposible de realizar anteriormente. La indico aquí porque es su lugar correspondiente y por incitar, a quienes puedan disponer de las fuentes necesarias, a emprenderla por cuenta propia. No soy celoso en este orden de cosas, porque lo que me importa es que se averigüe la verdad histórica, y no el hombre que llegue a averiguarla. Cuando amanezca el día en que otro, o yo mismo, emprendamos ese estudio, quizá encontremos rastros de esa clase de penetraciones de Derecho español en algunas leyes de la misma Recopilación de 1680, así como en los textos legales del siglo XVIII y comienzos del XIX. El *Derecho Real* que con tanta insistencia se quiso introducir en la enseñanza universitaria a fines del XVIII, y cuya importancia ha señalado Basadre con agudeza digna de no ser despreciada, representó, quizá algo más que la sustitución del Derecho romano por el nacional de España; y por lo menos, merece un atento estudio en ese sentido.<sup>64</sup>

Séame lícito, por fin, aunque exceda de la presente

<sup>64</sup> Dejo aparte la intensidad con que el romanismo formó parte de la doctrina del llamado en el siglo XVIII Derecho Real: punto que pertenece a la Historia general del Derecho español y respecto del cual un discípulo mío (el Dr. Malagón) tiene mucho que decir.

materia, repetir la necesidad de extender la investigación a las penetraciones de Derechos ajenos al español en el indiano; por ejemplo, el canónico, al que en capítulos anteriores hice alusión, así como las doctrinas de Derecho natural tan en boga en el siglo XVIII y de las que (aparte de los tratados de algunos juristas indianos) parece poder recelarse alguna influencia en ciertas frases y en ciertos motivos de ley en la Recopilación de 1680: lo que equivale a decir, en disposiciones de varios reyes de la casa de Austria relativas a Indias e incorporadas en aquel Código.

6. Réstame decir que la penetración mayor o menor del Derecho castellano sustituyendo al especial de las Indias, o añadido a él como subsidiario, no agota el cuadro de la jerarquía o precedencia de las fuentes de donde emanó la legislación colonial española. Esta segunda cuestión supera en mucho a la materia comprendida en la primera, y también a los dos grupos de leyes que he distinguido en mi estudio sobre *Autonomía y Descentralización legislativa*. Así, las leyes 1ª y 2ª del título primero Libro II de la Recopilación y sus análogas, que he reunido en el citado estudio, tan sólo señalan las más grandes diferenciaciones de fuentes: Derecho especial de Indias, y Derecho castellano; Derecho indiano metropolitano, y Derecho creado y formulado en las colonias mismas; Derecho aplicable a los colonizadores de raza española y formulado por españoles, y Derecho tradicional de los pueblos indígenas de América. Pero además de estas fuentes hubo otras, resultantes de una interior jerarquía del Derecho indiano *latu sensu*, muy rica de facetas y que se introdujo indistintamente en la legislación de origen colonial y en la procedente de las autoridades de la metrópoli, perturbando muchas veces el cuadro propio de cada una de éstas.

Por ello ha sido necesario que en los presentes *Estudios* se considerase con la debida sustantividad esa cuestión general de las Fuentes del Derecho indiano; como el lector puede

ver en la monografía dedicada a las *Especies y formas de la legislación colonial española*.

## CAPITULO CUARTO

### PLAN DE LAS INVESTIGACIONES NECESARIAS PARA COMPLETAR EL PRESENTE ESTUDIO

Sustancialmente, el plan debe atender a dos puntos que integran su contenido: el de la documentación a que han de referirse las investigaciones y el de la manera como éstas habrán de ejecutarse.

El primero de estos dos puntos está ya cumplido en los capítulos precedentes, sobre todo el segundo y el tercero que, en cada uno de los factores de la legislación indiana allí estudiados, indican las fuentes que restan por investigar. El mismo capítulo segundo, aunque principalmente es, todo él, un ejemplo de investigación, señala también la parte que todavía queda por estudiar en los textos mismos de la Recopilación de 1680. La referencia hecha (en el número I, 1) a las otras recopilaciones, más bien proyectos de recopilación que no llegaron a granar, fija el volumen de las fuentes — unas publicadas, otras inéditas— que no están espurgadas en la materia de la presente monografía. Y como algunos otros detalles que aquí faltan pueden hallarse fácilmente en mi *Técnica de la investigación* (2ª edición aumentada) y en la *Parte Cuarta de los Estudios* (publicada en la *Revista de Historia de América* en 1941-45), no hay necesidad de repetir lo que está dicho, tanto más cuanto que existe en la serie misma de trabajos a que pertenece el actual.

Tan sólo insistiré en lo tocante al régimen de las agrupaciones vecinales de los indios (*Pueblos de indios*) que adoptaron (o se les hizo adoptar) el tipo municipal español más o menos puro, a diferencia de los que se organizaron sobre la base de las jerarquías y costumbres políticas indígenas.

Como he dicho ya en otros lugares, la distinción entre esos dos tipos y la exacta particularidad de las diferencias que los separaron, no están todavía suficientemente estudiadas, y menos probadas indiscutiblemente con un número importante de ejemplos concretos.

Pudiera incluso suceder que ese estudio nos condujera a descubrir la existencia, no sólo de dos tipos repetidos, sino de varios más, tanto en lo que toca al español como al indígena; pero esto mismo indica y subraya la importancia de investigar esta fuente seguramente afectada por más o menos penetraciones de leyes y costumbres castellanas o de otras partes españolas.

Por lo que toca al segundo punto sustancial (el de la forma o manera de las investigaciones que ha de comprender la historia de las penetraciones de Derecho interno español en todas las modalidades que expliqué anteriormente), también hay alusiones en los capítulos que preceden. De ellas, la fundamental es el carácter de colaboración internacional que exige la amplitud y la gran masa de documentación que habrá que manejar para realizarlas todas bien y sin recelos de haber desconocido u olvidado partes considerables: nueva demostración<sup>65</sup> de la necesidad que, a mi juicio, se impone en las materias americanistas anteriores a los varios movimientos de independencia; es decir, la de organizar internacionalmente el trabajo de acumular los datos concretos anteriores a la clasificación de éstos y a su construcción docente, si queremos estudiar a fondo las cosas. Lo dicho no niega la posibilidad de que un solo hombre si, bien preparado para ello, inicia la tarea en plena juventud, pueda conseguir llevarla a cabo. Todo es posible en el orden de las especialidades humanas de orden intelectual. Pero esa posibilidad ha de ser mucho más difícil que lo es en investigaciones más concisas

<sup>65</sup> Las anteriores y alguna posterior a esta *Parte Tercera*, las hallará el lector en otros volúmenes de la Serie de *Estudios*.



que la que ahora se trata de proyectar, debido al hecho de la dispersión de los documentos en un área geográfica que comprende casi toda la América continental e insular, una parte de la Oceanía y también casi todos los pueblos cultos de Europa que guardan, en sus bibliotecas y archivos, documentación americanista del siglo XV a los principios del XIX.

No repitamos la vanidad de decir que basta con nuestros Archivos españoles (principalmente Sevilla, Simancas y el general de Madrid). Es un hecho que los de América contienen documentos que no tenemos en España, salvo las copias que de algunos se hayan podido obtener; y que bastantes de ellos no han sido hasta ahora bien registrados y, menos aún, aprovechados para las construcciones históricas. Lo mismo digo, en cuanto a las fuentes indirectas constituidas por los testimonios historiográficos, en el párrafo final de la *introducción*.

La forma como yo concibo la organización de esas investigaciones internacionales, mediante la colaboración de todos los americanistas de buena voluntad, cada uno de los cuales (o de los grupos de ellos) trabajaría en su propia residencia o en las más próximas a ella, la expliqué hace pocos años en un artículo que, en parte, reprodujeron algunas revistas americanas; entre ellas la que podríamos llamar oficial de la historia colonial española en aquel continente: *Hispanic American Review*.

Algunas referencias detalladas incorporé al texto de mi *Técnica de Investigación*, y también en la monografía de la *Autonomía y descentralización*: con lo que el lector hallará fácilmente manera de conocer mi idea sin que tenga yo la necesidad de repetirla aquí. Tal vez, al imprimirse la 2ª edición (aumentada) de la *Técnica*, adjunte a ella el texto íntegro del artículo aludido antes, que recientemente ha recordado. En todo caso, la idea es tan clara y sencilla, que su expresión articulada se podría rehacer fácilmente el día en

que, vuelta a la normalidad la vida científica internacional, se pueda hablar de las colaboraciones amistosas de todos los países, y practicarlas.

*Rafael* ALTAMIRA.

Lisboa, 1944.