

# PROBLEMATICA DE LA PERIODIFICACION

## DEL DERECHO INDIANO

por

*Manuel Salvat Monguillot*

El historiador del derecho indiano puede seguir, paso a paso, el origen, desarrollo y extinción de este ordenamiento jurídico. Sus mutaciones se advierten tanto si se estudia el sistema con amplitud como si se investiga una institución determinada. Las distintas circunstancias que debe afrontar el gobierno de las Indias hicieron difícil adoptar soluciones de aplicación general y el derecho se fue así particularizando según la región a que se aplicaba y según el avance de los descubrimientos y conquistas. A pesar de todo creo posible una periodificación en la dinámica del derecho indiano, una más, por supuesto, teniendo en cuenta algunas directrices o políticas más o menos definidas. Para ello es preciso aclarar primero algunas cuestiones, como qué debe entenderse por derecho indiano, qué derecho indiano es susceptible de una periodificación de ámbito más general, si es o no conveniente atenerse a un criterio legalista y, finalmente, cuál puede ser la utilidad de una periodificación lo más exacta posible.

### 1. *La delimitación del derecho indiano*

En primer lugar será conveniente separar el ordenamiento jurídico indiano del indígena y del español o castellano. El derecho indígena, que algunos llaman prehispánico, es el que regía entre los distintos pueblos que habitaban las Indias antes de la llegada de los castellanos, derecho que, prácticamente, se estancó con el progreso de la dominación. La ley indiana reconoce valor al derecho indígena (*Rec. Indias*, 2, 1, 4) mediante una regulación que Juan Manzano estima parecida a la de los fueros municipales en las *Leyes de Toro*. El derecho indígena rige en Indias siempre que no pugne con la religión católica y las leyes "de este libro" y, obviamente, como en el caso de los fueros municipales, esta vigencia estará limitada a aquellos lugares en que aquel derecho rija, debiéndose probar esta circunstancia. Es un sistema cuyo uso se limitó a la República de los indios y que no es aplicable sino a ellos. Sin embargo, podría estimarse que pasaron a ser derecho indiano algunas instituciones indígenas como la mita, las cajas de comunidad, el cacicazgo y otras por haber sido recepcionadas en leyes indianas, pero subsiste la característica anotada: es un derecho de aplicación exclusiva a los indígenas.

El derecho castellano se intentó en un comienzo traspasar a Indias, porque, como sostenía el doctor Palacios Rubios argumentando en derecho común, si las Indias habían sido incorporadas a Castilla debían regirse por las mismas leyes del reino a que se habían incorporado. Más adelante fue preciso abandonar este principio y en la ordenanza del Consejo de las Indias de 1571, art. 14, se lee que "siendo de una Corona los Reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y manera de gobierno de los unos y de los otros, debe ser lo más semejante y conforme que ser pueda.

Los de nuestro Consejo, en las leyes y establecimientos que para aquellos estados ordenaren, procuren de reducir la forma y manera de gobernar de ellos, al estilo y orden en que son regidos y gobernados los reinos de Castilla y de León, en cuanto hubiere lugar y se sufriere por la diversidad y diferencia de las tierras y naciones" (Encinas I, fs. 5). Las leyes de las Indias no serán las mismas de Castilla y León, sino del mismo estilo y orden o sea semejantes en cuanto a técnica pero casuistas en cuanto a su aplicación y destino. Pero una cosa son los mandatos de gobernación, los que se dictan para el gobierno de las Indias y otra es el derecho que rige las relaciones entre las personas de la República de los españoles, pues en este último caso fueron muy pocas las variantes sufridas en América por el derecho privado, penal y procesal peninsular. La *Recopilación de Castilla*, la de *Montalvo*, las *Leyes del Estilo*, el *Fuero Real* y las *Partidas* tuvieron amplia aplicación en estos territorios entre la nueva población que se asentó en ellos. Este derecho castellano, considerado como supletorio, fue la base del sistema jurídico de cada una de las repúblicas americanas, rigió en forma directa hasta la dictación de los códigos respectivos y, finalmente, sus instituciones más características quedaron engarzadas en los Códigos civil, penal, procesal, de minas y de comercio.

El derecho indiano no es, pues, ni derecho indígena ni derecho castellano. Sus normas, objeto del estudio por parte de sus historiadores, forman una ordenación característica que tiene dos orígenes distintos: la Metrópoli y las propias Indias. Si buscamos una periodificación lo más amplia posible, habrá que prescindir de las disposiciones normativas regionales o localistas, dictadas por las autoridades por expresa delegación de la Corona o sometidas a posterior ratificación.

En conclusión, el derecho indiano que se pretende periodificar es el emanado de la Metrópoli, porque de allí provienen las ideas rectoras, las tendencias a que habían de ordenarse las normas que se dictarían en América y que, de una manera o de otra, imponían las autoridades venidas de España.

## 2. Si es conveniente un criterio legalista

Visto el ordenamiento indiano desde el punto de vista de la técnica legislativa, podría estimarse que la promulgación de la *Recopilación de las Leyes de Indias*, es una solución de continuidad al régimen anterior a ella. La *recopilación* no innova, se limita a exponer las disposiciones vigentes, su propósito es "para que universalmente (se) sepan las leyes con que son gobernadas (las Indias) y deben guardar en materia de gobierno, justicia, guerra, hacienda y las demás, y las penas en que incurren los trasgresores", se lee en la pragmática de Carlos II. Pero la promulgación se hace en 1680 y su redacción había quedado terminada en 1636 y contiene en una gran mayoría disposiciones anteriores a esa fecha. La *Recopilación* no significa un avance sino todo lo contrario, un estancamiento o paralización de la ley indiana, más o menos lo mismo que ocurre con los códigos, que muestran el estado de las instituciones en un momento determinado. Por un lapso se consideró que toda la ley indiana estaba contenida en este cuerpo y las nuevas normas la usaban como referencia, ya sea modificando alguna o varias leyes o reiterando su cumplimiento. Pero, pasado el período de calma y decadencia de los dos últimos austrias, cuando se impusieron nuevos criterios en la administración de las Indias, se arrasó con gran parte del contenido de la

*Recopilación* y se pensó en varias oportunidades en su reemplazo por algo más nuevo y funcional. En suma, la *Recopilación* no es innovadora ni pone término a un período, pues simplemente ordena y recoge las leyes para facilitar su consulta.

### 3. La utilidad de una periodificación

Tener antecedentes de cambios en el sistema jurídico indiano es útil para el estudio de una institución. Si se sabe que en tal o cual período hubo gran actividad legislativa o se anotó un cambio de criterio, es muy probable que se logre pesquisar alguna alteración en el tema investigado que haga aconsejable una mayor intensidad en la búsqueda de documentos. Las continuas guerras en que estaba empeñada España hacen que, en el siglo XVIII, se trate de incrementar el erario. Se recurre entonces a los tributos de los indios y se dicta una Real Cédula en 1720 incorporando a la Corona todas las encomiendas que vacasen en el Virreinato del Perú. Las protestas de la medida no tienen ni con mucho el alcance de las de 1542, pues los indios habían ido desapareciendo poco a poco, transformándose en mestizos, y eran otros los intereses de los descendientes de beneméritos de las Indias, a quienes afectaban también la media anata y otros tributos que fueron calculados sobre la renta efectiva o ficticia que producían los indios (1665 y 1670). En Chile, después de una larga tramitación, terminó la encomienda en 1791. En el Cabildo se advierten también períodos de languidez y de auge y cabe destacar entre estos últimos el que se inicia en 1783, a partir de la llamada *Carta Magna del Trabajo*, por lo que se declara que las artes y oficios, el ejercicio del comercio y la industria son honestos y honrados y los que los practican pueden aspirar a la nobleza y en todo caso obtener empleos municipales; la llegada de los comerciantes al cabildo reactivó su importancia. Según sea la institución que se investiga habrá que estudiar más a fondo uno u otro período.

### 4. Esta periodificación

A medida que avanzan los estudios de historia del derecho indiano se va viendo más clara su perspectiva. Pero no es criterio suficiente el que se limita al aspecto legal, pues hay numerosas circunstancias de orden externo que siempre será preciso considerar. Por ello es bastante aproximativa la distinción por dinastías reinantes en España: Reyes Católicos (1492-1517); Austrias, distinguiendo los reinados de Carlos I, Felipe II y Felipe III (1517-1621) del de los llamados Austrias menores, Felipe IV y Carlos II (1621-1700) y finalmente los borbones (1700 hasta la emancipación). Esta división de acuerdo con las dinastías prescinde de otras influencias, como la de los juristas y teólogos del siglo XVI, el mejor conocimiento de las Indias gracias a la Geografía de López de Velasco—hecho destacado por García Gallo—, o bien la influencia de los ilustrados, sobre todo a partir del reinado de Carlos III (1759 y ss.).

He tenido en cuenta las periodificaciones de Antonio Muro Orejón y Alfonso García Gallo (*Periodificación del Derecho Indiano* y *El gobierno territorial de las Indias*, respectivamente, en Revista Chilena de Historia del Derecho, N° 6, 1970, pp. 63 y ss. y 87 y ss.), y coincido con ellas en algunos puntos, como se verá. Propongo cinco períodos, el último dividido en dos, a saber: Descubrimientos y conquistas (1492-1511), Cla-

rificación de intereses en las Indias (1511-1570), Afirmación definitiva del derecho Indiano (1570-1621), Decadencia y estagnación (1621-1717) y revisionismo borbónico, con un primer subperíodo hasta el año 1770 y un segundo desde esa fecha hasta la independencia.

A continuación paso a explicar someramente el contenido de cada una de estas divisiones:

a) *Descubrimientos y conquistas (1492-1511)*. El documento fundamental es el suscrito por los Reyes Católicos con Colón. El interés de la Corona no es, en un comienzo, sino el fiel cumplimiento de un contrato mercantil y con este fin se funda la Casa de Contratación (1503). Se ignora la magnitud del descubrimiento y la naturaleza de los indios, sólo importa la rápida explotación de las riquezas, para lo cual se conceden "licencias de rescate", como en el caso de Alonso de Ojeda, Nicuesa, Américo Vespuccio (1499).

Desde el punto de vista internacional, se fundamentan los títulos a la dominación y exploración de los nuevos territorios con las bulas de Alejandro VI, que tienen validez para los príncipes cristianos y concretamente con Portugal, país con que la Corona de Castilla llega a un acuerdo directo en el tratado de Tordesillas (1494) con el establecimiento de una línea de demarcación.

Por una bula de 1508 se concede a los Reyes Católicos el Patronato Universal, con lo que la Corona se responsabiliza de la evangelización de los naturales, de la construcción de Iglesias, fundación de diócesis y percibe para ello los diezmos.

Los indios son declarados vasallos tributarios a partir del gobierno de Nicolás de Ovando (1501), primer gobernador enviado por la Corona después de la destitución de Cristóbal Colón y antes de Diego Colón (1509); indios caribes son esclavos. Repartimientos masivos de indios con Alburquerque (1508).

b) *Clarificación de los intereses en las Indias (1511-1570)*. Terminado el monopolio de Colón, la Corona se preocupa de fundamentar el gobierno de las Indias de modo que las tierras descubiertas son de realengo y que los gobernadores y adelantados gobiernan en representación de la Corona, para que no se establezcan feudos independientes. La fundación de la Audiencia de Santo Domingo inicia el sistema de frenos y contrapesos, pues su finalidad es el control del gobierno de Diego Colón. La empresa de Pedrarias Dávila ya no se hace con "licencia de rescate" sino que es de iniciativa regia: se trata de una sociedad de Capitanía. La Corona se preocupa seriamente del gobierno y encarga a algunos miembros del Real y Supremo Consejo de Castilla tratar de asuntos indianos (1518). En 1524 se crea el Real y Supremo Consejo de las Indias, cuyas primeras ordenanzas son de 1542. Gran trabajo legislativo: ordenanzas de poblaciones y de indios (1526), de corregidores y audiencias (1530). Se crean los virreinos de México (1535) y Perú (1542). En el Virreinato del Perú se ensaya un plan de gobierno con audiencias subordinadas al Virrey: Charcas (1551), Quito (1563) y Concepción de Chile (1565). Se acentúa el conocimiento de la ecología indiana y de la naturaleza de sus indios: *Décadas*, de Pedro Martir de Anglería (1511, 1516, 1521 y 1530); *Sumario de historia natural* (1526) e *Historia general y natural de las Indias* (1535 y 1545), de Fernández de Oviedo; *Historia de las Indias y Conquista de México* (1552), de Francisco López de Gómara; *Gobierno del Perú* (1564) de Juan de Matienzo.

La Iglesia pretende el control de las Indias basándose en las bulas de concesión, en pugna unas veces con la Corona y otras con los pobladores. Los eclesiásticos pueden transformar a los indios en miembros de la comunidad religiosa sin que personas de la administración se inmiscuyan en ello, supeditando los fines temporales a los espirituales (José Miranda, *Vitoria y los intereses en la conquista de América*, México, El Colegio, 1947). Se inicia esta política en el año 1511 en Santo Domingo, donde se enfrentan a los intereses de los pobladores, y continúa en las Juntas de Teólogos y sus frutos son las *Leyes de Burgos*, el *Requerimiento* y las *Leyes Nuevas*, entre otras. El Padre Acosta insiste en que los negocios de las provincias han de estar a cargo de personas de sabiduría, integridad y piedad, y agrega, citando a Teodosio Augusto: "no sólo de ánimo real, sino también sacerdotal". En suma, la evangelización de los naturales es labor primordial de la iglesia con prescindencia de la autoridad real. Asumen la protección de los indios y promueven una abundante legislación laboral, manteniendo constantes conflictos con autoridades y pobladores.

En el aspecto internacional, los dominicos discuten el título de la donación pontificia de las nuevas tierras a la Corona, aunque aceptan que el Papa pudo conferir a los Reyes la exclusividad en la evangelización. Ante los cismas que dividen la cristiandad: la Reforma (1520), la Iglesia anglicana (1534), que se traducen en la desobediencia al Papa, es necesario revisar los títulos basados en las bulas de concesión y también los principios de la guerra, hasta entonces entre cristianos y moros o gentiles, y desde el año 1520 también entre cristianos (Guerras de Carlos I y Francisco I). Por las Relecciones de 1539, Francisco de Vitoria occidentaliza los títulos a la dominación y propone en reemplazo de las bulas otros susceptibles de ser aceptados por todas las religiones y nacionalidades.

Los encomenderos y los vecinos (pobladores), fundan ciudades y se radican en ellas definitivamente. Sus intereses están protegidos por el Cabildo. Auge de la encomienda como institución que premia los sacrificios de los beneméritos, les confiere un honor, y finalmente significan control sobre los indios y la posibilidad de que ellos se integren a la forma de vida y costumbres de los españoles. El sistema de repartimientos masivos es reemplazado por la mita, trabajo obligatorio también pero de una duración limitada. Al pretenderse cesar en la sucesión de las encomiendas (1542), los intereses de la Corona y de los pobladores se enfrentan en la segunda y tercera guerras civiles del Perú.

c) *Afirmación definitiva del derecho indiano* (1570-1621). La actividad de Juan de Ovando, presidente del Consejo desde 1570 a 1574, se refleja en la administración de las Indias. Al mismo tiempo, el mejor conocimiento de los territorios, gracias a la Geografía de Juan López de Velasco, presentada al Consejo en 1571, permite conocer los ámbitos jurisdiccionales de las autoridades indianas. Las Ordenanzas del Consejo de 1571 reconocen la imposibilidad de aplicar los mandatos de gobernación de Castilla a las Indias y se recomienda a los del Consejo que tanto en el gobierno de las Indias como en la legislación que dicten guarden una cierta semejanza y conformidad con los de Castilla. La ordenanza 14 reconoce la diversidad y diferencia de tierras y naciones en relación con Castilla y León, pero de todos modos hay que reducir la forma del gobierno al estilo y orden con que son regidos los reinos peninsulares. Nueva ordenanza de poblaciones (1573). El Virrey Toledo dicta sus ordenanzas. El problema del servicio personal de los indígenas se reglamenta

en la cédula de 1601. Ordenanzas de Minas llamadas del *Nuevo Cuaderno*. En 1620 se autoriza la representación de la ley indiana por obrepción o subrepción. Junta de Guerra de Indias dependiente del Consejo (1598). *Cedulario* de Diego de Encinas, 1596.

d) *Decadencia y estagnación* (1621-1717). La preocupación principal del Consejo es ordenar la legislación despachada y elaborar sobre la base de la supuestamente vigente una recopilación para facilitar su conocimiento y consulta. Gran labor de Juan de Solórzano y Pereira y de Antonio de León Pinelo. En 1636 se termina la Recopilación y se dictan las terceras ordenanzas del Consejo. En 1680 se promulga, con muy pocas modificaciones, la mencionada Recopilación. En 1647 aparece la *Política Indiana*, de Solórzano. La gran crisis económica por que pasa España, debido principalmente a la Guerra de los Treinta Años (1618-1648), provoca una serie de arbitrios que deterioran las instituciones indianas; devaluación de la moneda; falta de pago a los funcionarios (León Pinelo) y otras consecuencias.

e) *Revisionismo Borbónico* (1717 hasta las emancipaciones). La actividad gubernativa de Felipe V empieza a notarse a partir del año 1717, pocos años después de terminada la guerra de sucesión con la Paz de Utrecht (1713). Se crea, de acuerdo con la planta aprobada el año anterior, el Ministerio de Marina e Indias que más adelante se transformaría en la Secretaría Universal de Indias. Esto significa un cambio en el gobierno de las Indias y una disminución apreciable de las facultades del Consejo. El mismo año 1717 se segrega del Virreinato del Perú el de Nueva Granada, suprimido después y vuelto a establecer en 1739. Jorge Juan y Antonio de Ulloa inician su viaje a América Meridional el año 1735 y sus conclusiones las publican en 1748, que son muy importantes pues relatan las costumbres y los vicios que han advertido no sólo en la administración en el Virreinato del Perú sino también en el clero. Se hacen numerosas consultas a Indias para saber el número de encomiendas, de indios y lo que rentan, tendencia que culmina el año 1720 con la cédula que termina con la sucesión en las encomiendas. Con la misma finalidad de supervigilar la hacienda se programa la visita de Juan de Gálvez al Virreinato de México. Se habilitan puertos para el comercio. El año 1767 se crea el sistema de intendencias en Cuba y se lleva a efecto la expulsión de los jesuitas.

A partir de 1770, fecha en que iniciaría un subperíodo, la actividad gubernativa, aunque con antecedentes en los años anteriores, cobra una gran novedad informada por las doctrinas ilustradas. En 1774 se autoriza el comercio entre las regiones americanas y en 1778 se dicta la Ordenanza que reglamenta el comercio libre entre España y las Indias. Se establece que el comercio y la industria son actividades honorables. Se generaliza la institución de los intendentes, entre cuyas facultades está la de fomentar el comercio y la industria. Según Floridablanca, en la provisión de virreyes, gobernadores, capitanes generales y personas que tengan mando civil hay que preferir a los acreditados en la parte militar y económica e "instruidos, prudentes, desinteresados y celosos del bien público (...) poniendo la vista en la felicidad de los pueblos" (*Instrucción reservada para la Junta de Estado*, 1787). La política de este ministro tiende a terminar con los ociosos, proteger las artes, la agricultura y el comercio. Justifica la nobleza del trabajo diciendo que "los hombres aman naturalmente el honor y mucho más los españoles: todos quieren ser o parecer nobles". La mayoría de estas máximas, agrega, es

trascendental y común a los dominios de Indias, aunque en ello haya algunas otras reglas y consideraciones propias a su particular gobierno. Recomienda en el funcionamiento de las intendencias y del comercio libre "buen trato, moderación y suavidad en los tributos y su cobranza". Es decir, la política hacendística está fundamentada en la idea de la ilustración por la cual es preciso fomentar el comercio y las actividades productoras para que con ello se fomenten también los ingresos fiscales. Las guerras con Francia e Inglaterra hacen necesario tomar medidas para la defensa, por lo que es preciso cuidar de la defensa de las islas y puertos principales y construir fortificaciones. Y en todo caso es preciso poblar. Fustiga la institución de los mayorazgos, pues "es preciso disminuir los incentivos de la vanidad". En materia de derecho privado se circula la pragmática de matrimonios. Las audiencias también sufren una modificación con la instauración de los regentes. En fin, en este período se procura hacer efectivos los postulados de la ilustración, política que había de triunfar plenamente con la independencia de los países. En 1776 se crea el Virreinato del Plata, nueva segregación del del Perú. Esta época coincide con la Independencia de los Estados Unidos de América (1776) y con la Revolución francesa de 1789, que constituyeron constante preocupación para los gobernantes españoles.

Quedan muchos datos en el tintero que podrían confirmar la periodificación que propongo, pero me parece que basta con lo expuesto para justificarla.