

FACTORES QUE CONDICIONARON EL DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO DEL DERECHO INDIANO

Hace ya muchos años que los hombres de la Escuela Histórica del Derecho, con Savigny y Puchta a la cabeza, nos enseñaron que el derecho de un país, en un momento determinado, no estaba constituido simplemente por un conjunto de leyes elaboradas, de manera más o menos abstracta, por un legislador o un grupo de legisladores. Por el contrario, el derecho, como realidad social viva, estaba forzosamente condicionado por múltiples factores de naturaleza diversa: geográficos, económicos, raciales, religiosos, etcétera.

Pues bien, lo que yo me propongo hoy es presentaros, en amplia visión panorámica, el conjunto de factores que condicionaron el nacimiento y desarrollo histórico del derecho indiano.

Recordemos, como punto de partida, que en estos pueblos de América coexistieron, durante el periodo de la dominación española, dos sistemas jurídicos: el representado por las fuentes legales del derecho castellano y el integrado por el derecho indiano propiamente dicho.

Los reyes de Castilla —es sabido que estos territorios se incorporaron políticamente a la corona castellana— pretendieron en un primer momento, con un criterio asimilador, que aquí imperasen exclusivamente las mismas leyes que en la Metrópoli. Pero pronto tuvieron que ceder ante imperativos de una realidad social nueva, todavía mal conocida, y para resolver jurídicamente *casos* que no encuadraban dentro de las normas legales castellanas, dictaron preceptos de aplicación peculiar y exclusiva en estos territorios de las Indias Occidentales. Y así surgió un nuevo derecho, el *indiano*, que frente al *castellano*, también vigente, tuvo el carácter de derecho de aplicación *principal*, pasando el castellano a ser derecho *supletorio*.

Este derecho indiano estuvo condicionado en sus orígenes por el carácter de las expediciones descubridoras.

Es sabido que la obra del descubrimiento, conquista y colonización de América, no fue una empresa típicamente estatal que se realizase exclusivamente con recursos del tesoro público y por hombres pertenecientes a los ejércitos de la corona. Tampoco fue una empresa privada, como ocurrió con otros pueblos colonizadores de la época. Fue una *empresa mixta*, realizada siempre con el aval superior del Estado, pero con pre-

dominio de los esfuerzos y aportaciones —personales y patrimoniales— de los particulares.

Por eso, en los orígenes del derecho indiano jugaron papel tan importante las *capitulaciones* o contratos, verdaderos títulos jurídicos de carácter negociable —ya que fueron objeto de *traspasos* y sirvieron de base a la formación de *compañías*— otorgadas entre un particular —*empresario* y al propio tiempo caudillo o no, de la expedición proyectada— y las altas autoridades del Estado. Bien puede decirse que las capitulaciones de descubrimiento, conquista y nueva población, cumplieron en aquellos años, *mutatis mutandi*, una función análoga a la de las *cartas pueblas* de la España de la Edad Media.

En estas capitulaciones se acusan fuertes resabios señoriales, ya que los monarcas tuvieron que conceder a los jefes de las expediciones descubridoras —a los que tanto debían— extraordinarios privilegios y, por otra parte, en aquellos primeros momentos de la conquista *ni en el dar ni en el pedir* podía procederse con suficiente conocimiento de lo que se pedía y de lo que se otorgaba. Por ello, cuando el Estado español quiso acusar su presencia en estos territorios reivindicando todas las *regalías* de la corona, surgieron pleitos importantes entre los grandes conquistadores —y sus descendientes— y los fiscales de las Reales Audiencias y de los Consejos. Puede decirse, empleando una expresión metafórica, que América tuvo que ser reconquistada para la corona de Castilla cuando todavía no había sido plenamente descubierta. Y si se pudieron sofocar las tendencias disociadoras de algunos conquistadores, asegurando así la continuidad histórica de la empresa iniciada, fue porque el Estado español de la época contaba ya con una burocracia técnica, formada en las doctrinas del derecho romano justiniano y fuertemente jerarquizada.

Este derecho indiano que así se fue elaborando, presenta en su iniciación las siguientes notas generales: un *casuismo* acentuado, una *minuciosidad reglamentista*, una tendencia *uniformadora* —que no llegó a prevalecer de un modo absoluto puesto que en ocasiones se tuvo que reconocer la vigencia de la *costumbre* como fuente del derecho— y un acusado *espiritualismo*, singularmente al regular la condición jurídica del indio, por la participación destacada que tuvieron en su elaboración moralistas y teólogos.

Veamos ahora, fijándonos en las distintas instituciones, tanto de derecho público como de derecho privado, cómo presionaron en su desenvolvimiento histórico los factores geográficos, económicos, sociales y religiosos.

Señalemos, en primer término, que todo el derecho público colonial estuvo condicionado por un hecho *geográfico*: la *lejanía*, dificultad de las comunicaciones; y por un hecho *psicológico*, en parte consecuencia del anterior: la *desconfianza*.

Esto explica que instituciones trasplantadas de España adquirieran pron-

to en estos territorios peculiaridades propias, más aún que en su estructura, en su funcionamiento.

Tal ocurre con los virreinos, con las presidencias y con las capitanías generales, así como con las reales audiencias, las gobernaciones y los cabildos municipales.

Los virreyes, que ocuparon el rango más elevado de la jerarquía militar, política y administrativa, gozaron, teóricamente, de verdadera universalidad de atribuciones. Como de un *alter ego* hablaban los reyes al referirse a estos altos funcionarios. Sin embargo, como es sabido, vieron los virreyes muy mediatizadas sus facultades, por las *instrucciones*, minuciosas que se les daban con sus nombramientos y a los cuales habían de ajustarse en el desempeño de sus mandatos, por la acuciante obligación de *informar* a la corona, por la figura jurídica de la real confirmación —necesaria para la plena validez de muchas de sus resoluciones—, por la fiscalización de sus actos de gobierno ejercida por los reales acuerdos de las audiencias y por el hecho de tener que rendir cuenta de su gestión en las *visitas* —ordinarias y extraordinarias— de que fueran objeto y en los *juicios de residencia*, que también presentaron en las Indias características especiales.

Y lo mismo podemos decir de los funcionarios que estuvieron al frente de una presidencia y de una capitanía general, sin olvidar, por otra parte, que tanto los presidentes como los capitanes generales, si bien estuvieron supeditados jerárquicamente a los virreyes, gozaron de hecho de una amplia autonomía y mantuvieron una relación directa con la corona.

El caso de las reales audiencias es todavía más significativo. Se implantaron en las Indias las reales audiencias, a imagen y semejanza de las existentes en España. También aquí estuvieron integradas por oidores, magistrados de lo civil, alcaldes del crimen y fiscales. Existieron también las reales audiencias que fueron al propio tiempo *chancillerías*, o sea depositarias del *real sello* y por lo tanto facultadas para dictar *reales provisiones*. Los documentos de la época nos hablan de audiencias virreinales, radicadas en la capital de un virreinato; audiencias pretoriales, radicadas en la capital de una presidencia o de una capitanía general, y audiencias menores o subordinadas. Pero el carácter y la estructura de unas y otras fue fundamentalmente el mismo —salvo en el número de sus magistrados— y la supeditación jerárquica de las últimas a las virreinales y pretoriales fue más nominal que efectiva.

En definitiva, las reales audiencias de las Indias fueron, lo mismo que las de España, los órganos más caracterizados de la administración de justicia.

Pero por presión de las circunstancias a que anteriormente hemos aludido —enormidad de las distancias y, en consecuencia, desconfianza de los reyes—, pronto vemos a esta institución apartarse de sus precedentes peninsulares y adquirir fisonomía propia, ejerciendo, al propio tiempo que la administración de justicia, funciones muy importantes de gobierno.

Estas funciones de gobierno las ejercieron las audiencias, en ocasiones, con toda plenitud: es el caso de las llamadas *audiencias gobernadoras*. Sin embargo no son estos ejemplos, excepcionales y de duración limitada, los que más importan. Lo que interesa destacar son las funciones de gobierno ejercidas por estos magistrados —oidores, alcaldes del crimen y fiscales— a través de los *reales acuerdos* presididos por los virreyes, los presidentes o los capitanes generales. El papel jugado por estos reales acuerdos fue tan importante, que con razón pudo decir el profesor Haring que las reales audiencias de estos territorios cumplieron, dentro de sus distritos jurisdiccionales, una misión histórica tan calificada como la del propio real y supremo consejo de las Indias radicado en la metrópoli.

Y es que, siempre por la presión de las circunstancias expuestas, los reyes de España quisieron establecer en éstos sus remotos dominios de las Indias, un sistema político basado en un verdadero *equilibrio de poderes*.

Convenía que los virreyes, supremos jefes tanto en el orden militar como en el político y administrativo, se sintieran vigilados por los oidores de las audiencias. Junto a una *burocracia política*, otra *burocracia profesional*, cada una con sus virtudes y con sus defectos, propios de su distinta formación. Los documentos de la época que hemos tenido a la vista nos demuestran que frente a cierta clase de problemas tenían una visión más clara y comprensiva los virreyes, exentos de lo que pudiéramos llamar *deformación profesional*; tal ocurrió, por ejemplo, con respecto a la propiedad de tierras *baldías* o *realengas*, por lo menos en lo que se refiere al Nuevo Reino de Granada. En cambio, los oidores, o por mejor decir la real audiencia en corporación, podía captar con criterio más acertado el fondo jurídico de los problemas políticos y sociales debatidos.

Claro está que con este sistema se originaron no pocas dificultades. Los conflictos de jurisdicción entre oidores y virreyes fueron frecuentes, aunque doctrinalmente no hubieran debido existir, ya que en teoría estaba clara la esfera de atribuciones de unos y otros; pero estas dificultades quedaron compensadas, a juicio de los gobernantes españoles, con el hecho de que quedasen frenadas muchas extralimitaciones posibles y de que fuera siempre la corona el árbitro de los pareceres en conflicto.

Fijando ahora nuestra atención en otras circunscripciones político-administrativas, de extensión menos amplia, las *gobernaciones*, advertimos que la presión de las circunstancias, tan reiteradamente señaladas, hizo que algunas de estas demarcaciones presentaran en las Indias características peculiares. Así vemos que se habla en nuestras leyes de la existencia de *gobernaciones independientes*, o sea demarcaciones territoriales gobernadas por un jefe político y militar sometido directamente a la superior autoridad de la corona y exento, en el ejercicio de sus atribuciones, de las otras autoridades coloniales.

Dentro de la doctrina política que, a grandes rasgos, venimos exponiendo, no debe ser olvidada una práctica de gobierno que llegó a tener en estos territorios relieve extraordinario.

Nos referimos a la facultad que tuvieron las altas autoridades coloniales de *suspender*, en ocasiones, la aplicación de reales cédulas dictadas en la metrópoli, acudiendo al conocido formulismo de "se acata pero no se cumple".

Sobre esta cuestión se ha escrito mucho, las más de las veces con notoria ligereza. Alegrementemente se ha dado por sentado, por no pocos autores, que fue éste portillo abierto a toda arbitrariedad de los gobernantes coloniales. De poco servía que en la metrópoli se legisara con la mejor intención, si aquí podía acatarse pero no cumplirse lo legislado en España.

Sin embargo, esta facultad suspensiva de las leyes de que gozaron estas autoridades era necesaria dadas las circunstancias. Se legislaba desde la metrópoli para territorios muy distantes y muy distintos. Lo que en determinado momento parecía ser acertado para ciertas comarcas, podía no serlo para otras. Por otra parte, las autoridades que decretaban que la aplicación de una real cédula quedase en suspenso, debían dar cuenta a la corona de la resolución que habían adoptado y de las razones que la motivaban; y el rey, tras nuevos asesoramientos, daba por buena la suspensión o disponía que se aplicase la real cédula en cuestión a pesar de las razones expuestas. Solo así podía tener el derecho indiano una flexibilidad que era más que conveniente, necesaria, dadas las circunstancias. Recordemos al efecto, como ejemplo demostrativo del mayor relieve, lo ocurrido con las llamadas *leyes nuevas*, de 1542, que decretaron la abolición de las *encomiendas*. En la Nueva España se dispuso por las autoridades que quedase en suspenso la aplicación de estas leyes y se evitaron con ello daños incalculables; en el Perú la inflexibilidad del virrey Blasco Núñez Vela, al querer imponer sin contemplación su inmediata vigencia, provocó una rebelión de las más graves. Y como es sabido, las leyes en cuestión fueron en gran parte derogadas un año después, decretando la subsistencia de las *encomiendas* pero prohibiendo que los *encomenderos* pudieran exigir de sus indios la prestación de *servicios personales* y sí sólo el pago de un *tributo* tasado por las autoridades, al igual que lo venían satisfaciendo los aborígenes radicados en los *pueblos* o *reducciones* incorporados a la corona.

También, en orden al gobierno local o municipal, se advierte cómo condicionaron su funcionamiento en las Indias Occidentales factores de naturaleza diversa.

En términos generales puede decirse que aquí se implantó el mismo régimen municipal que en España imperaba. Pero este régimen municipal que tan alta función había cumplido en los reinos de León y Castilla, durante los años de la alta Edad Media, estaba en plena decadencia al tiempo de producirse los descubrimientos colombinos. Las reformas polí-

tico-administrativas de Alfonso XI al generalizar y fortalecer la institución del corregidor y, más todavía, la política seguida por los Reyes Católicos —Isabel de Castilla y Fernando de Aragón— al acertar a encarnar un nuevo tipo de Estado —el *Estado-Nación* que superó al Estado-Ciudad de la baja Edad Media—, habían hecho languidecer las tradicionales autonomías de los cabildos municipales.

Sin embargo, estos cabildos municipales que en la metrópoli acusaban tan franca decadencia, al ser establecidos en los nuevos territorios de ultramar, por presión incontrarrestable de factores geográficos y sociales tan distintos, cobraron savia nueva y jugaron otra vez un papel muy importante en la *etapa insular* y aun en la primera fase de la *etapa continental*, de la conquista y de la colonización.

No es que se dictasen leyes nuevas estableciendo aquí un régimen municipal distinto. Los preceptos del derecho indiano referentes al gobierno local de estas ciudades, villas y lugares, no presentan innovaciones doctrinales dignas de ser registradas. Pero los documentos de la época nos hacen ver hasta qué punto los cabildos coloniales supieron ejercitar con dignidad y energía sus funciones peculiares, haciendo oír su voz en todos los problemas de gobierno y administración que las circunstancias de cada día planteaban.

Lo que pudiéramos llamar el *estado llano* de la colonización encontró en el cabildo municipal el organismo aglutinante de sus esfuerzos y aspiraciones, así como el punto de apoyo para hacer frente a posibles abusos de poder de los descendientes de los grandes descubridores y aun a las extralimitaciones de los funcionarios estatales.

Viejas prácticas tradicionales, ya casi olvidadas, como la de *examinar y recibir* a los provistos para el desempeño de ciertos oficios concejiles o la de poner *tasa a los precios* de determinadas mercaderías, sirvieron, por ejemplo, a la ciudad de Santo Domingo, para sostener pleitos cuyos autos hoy resultan altamente aleccionadores. Cuando la virreina doña María de Toledo nombró para el cargo de alguacil mayor de la ciudad a un individuo llamado Juan de Salamanca, persona no grata al cabildo, los regidores, sin oponerse a la potestad de la virreina, se negaron a dar posesión a este interesado, alegando que no había sabido leer, *aunque no del todo*, y que un examen para ser *recibido* alguacil no debía tener un rigor grande, como si se tratase de recibir *órdenes sagradas*, siendo así que, por otra parte, tampoco sabía leer el alcalde ordinario de la ciudad. Cuando los *factores* en Santo Domingo de los grandes mercaderes de Sevilla quisieron vender sus mercaderías a precios abusivos, se opusieron los regidores, haciendo uso de su facultad de poner *tasa a los precios*, ya que no se trataba de mercaderías que pudieran ser consideradas como *géneros de Castilla*.

Sólo cuando se avanza en la etapa continental y en tiempos de Felipe II se introduce en las Indias —como en España— la práctica de sacar

a subasta los oficios concejiles, adjudicándolos a título de *perpetuos y renunciables* al rematante mejor postor, se inicia la decadencia de los cabildos municipales, por caer éstos en manos de verdaderas oligarquías familiares, que ya no representan los auténticos intereses de la colectividad ciudadana.

Pasemos ahora a estudiar cómo condicionaron al derecho privado indiano, diversos factores geográficos, sociales y económicos.

Quisieron los monarcas españoles que la estructuración jurídica de la familia se ajustase a las mismas normas que en la metrópoli imperaban antes y después del Concilio de Trento.

Pero por la presión incontrarrestable de las circunstancias, se tuvo que modificar en ocasiones, sin alterar su esencia, la doctrina canónica establecida en aquel concilio.

Tal ocurrió con los impedimentos matrimoniales derivados del parentesco, cuando se trataba de matrimonios entre indios, dictándose también normas especiales para la concesión de las *dispensas* en los matrimonios de mestizos, criollos y españoles radicados en el Nuevo Mundo.

Otro problema a resolver que en este respecto hubo de plantearse, fue el de la convalidación, dentro de las normas canónicas, de los matrimonios ya contraídos por los indios en tiempos de su infidelidad. Como acreditan los conocidos testimonios de los primitivos cronistas de Indias, en la casi totalidad de aquellas regiones existía de hecho una verdadera poligamia, y por ello, al tiempo de su conversión, fueron frecuentes los casos en que los neófitos se encontraban casados con más de una mujer, siendo verdaderamente difícil resolver en justicia cuál de éstas tuviera mejor derecho, ya que no podía aceptarse el que siguieran en aquel estado de peligrosa desmoralización. El pontífice Pablo III trató de resolver este conflicto declarando que en estos casos debía considerarse como legítima a la mujer con la que primeramente se hubiera tenido acceso carnal, reservando al marido la facultad de elegir, para cuando aquello no pudiera precisarse; pero esta última salvedad del legislador fue portillo abierto a toda clase de abusos y de torcidas interpretaciones, porque los indios, maliciosamente aleccionados, fingían siempre ignorar cuál había sido su mujer primera, para de este modo poder elegir entre todas aquellas que más le conviniese o le gustase. Hubo, pues, que pensar en corregir tales excesos, y para ello se retiró a los interesados la facultad que hasta entonces habían tenido de designar por sí mismos con cuál de sus mujeres habían contraído primeramente enlace matrimonial, encomendando esta misión a los indios más viejos de cada parroquia, quienes sentenciaban después de haber escuchado las razones que cada uno alegaba en apoyo de sus pretensiones.

La necesidad de corregir abusos contrarios a la libertad matrimonial de los indios, cometidos unas veces por sus propios caciques y otras por los españoles encomenderos, obligó a intervenir a los monarcas españoles, también de una manera enérgica y reiterada.

En Real Cédula de 5 de febrero de 1515 se dispuso: "El Rey... my voluntad es que los dichos yndios e yndias tengan entera libertad para se casar con quien quisieren así con yndios como con naturales destas partes..." Posteriormente, el 17 de diciembre de 1557, se ratifica el mismo principio, ordenando a la audiencia del Perú que "A ningún cacique aunque infiel se le permitiese casar más de una vez, ni tener mujeres encerradas o privarles de que ellas lo executasen con quien quisieren". Disposición que hubo de repetirse, porque las infracciones persistieron, en 29 de noviembre de 1628, y que últimamente fue incorporada a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

Pero donde los abusos hubieron de repetirse con más frecuencia fue en las encomiendas de indígenas por parte de los españoles encomenderos, motivando con esto las más enérgicas condenaciones de la ley. Puede citarse a este efecto la real cédula de 10 de octubre de 1618, que luego fue la ley XXI, título IX, libro VI de la Recopilación de 1680, en la cual literalmente se establecía: "Que ningún encomendero u otra persona, impida casamiento de indios...", "Ordenamos y mandamos, que cualquier encomendero que impidiere matrimonio de indio o india de su encomienda incurra en pena...", "Y encargamos a los curas, que no casen indios con indias de una misma encomienda o casa, cuando el dueño de ella se los llevare, sin hacer particular averiguación si las indias van atemorizadas, o con plena libertad..."

A los virreyes y gobernadores se les tuvo que ordenar en Real Cédula recogida en la ley XXXII, título III, libro III de la Recopilación de 1680 que "no traten casamientos de sus deudos y criados que han sucedido en encomiendas... y las dejen casar y tomar estado con la libertad que tan justa y debida es".

La doctrina establecida en España sobre la necesidad del consentimiento paterno en los matrimonios de los hijos de familia sufrió al aplicarse en las Indias algunas modificaciones de interés, impuestas por las circunstancias. Se exceptuó del requisito previo de la licencia paterna "a los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas semejantes", a los cuales, sin embargo, se les había de hacer ver el respeto natural que se debe a los padres y personas mayores. Los indios, por estar equiparados jurídicamente a los españoles, habían de cumplir con los preceptos establecidos para la obtención de la licencia paterna al celebrar sus matrimonios; pero los tributarios podían suplir este requisito con la licencia de sus curas y doctrineros, si sus padres no fueran conocidos o vivieran en lugares alejados. Con respecto a los españoles que vivieran en las Indias y cuyos padres, parientes o tutores se encontrasen en España o en otras provincias muy distantes de las propias Indias, se admitió que pudieran suplir el consentimiento paterno con la licencia judicial, sin pagar por ello derecho alguno. Se autorizó a las audiencias para que redactasen

reglamentos con las modificaciones exigidas por las circunstancias, aun cuando sin alterar la esencia de la doctrina jurídica peninsular.

Otro grupo muy nutrido de disposiciones del derecho indiano, referentes a la regulación jurídica de la familia, está integrado por numerosas reales cédulas encaminadas a defender la unidad de domicilio en los casados. Tampoco sobre este principio, tradicional en el derecho castellano, se registra ninguna innovación en la doctrina digna de tenerse en cuenta; pero como la nutrida corriente emigratoria que el descubrimiento de América trajo consigo fue causa de innumerables abusos y corruptelas, en los que se desconocía y quebrantaba la eficacia de los preceptos legales que repetidamente se venían sancionando y definiendo, se hizo preciso que el legislador reaccionase ante el peligro y esto motivó una cantidad abundantísima de reales cédulas y otras disposiciones, en las cuales por todos los medios se perseguía el sostenimiento en la práctica de la unidad de domicilio de la sociedad conyugal, impidiendo que ningún hombre casado pudiera pasar a Indias, ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su mujer.

Una idea del rigor con que se persiguió el cumplimiento de estas leyes, la da una real cédula de 30 de septiembre de 1688, por la que se concedía indulto general a todos los españoles "que habitaren en las Indias sin licencias, exceptuando los que fueren casados en España"; y también el hecho de que se crease un *juzgado especial* para conocer de esta clase de delitos. Sin embargo a pesar de todas estas disposiciones de la ley, los fraudes se repitieron con frecuencia, cometiéndolos ya personas solteras, que se fingían casados para llevar así consigo a sus concubinas, ya otros realmente casados, pero que en lugar de hacerse acompañar de sus mujeres hacían pasar por éstas a sus amantes.

Si nos fijamos ahora en el derecho de sucesión *mortis causa*, advertimos que las fuentes peculiares de la llamada legislación de Indias, ofrecen un interés doctrinal todavía menor.

Sólo en torno a los problemas jurídicos que planteó la sucesión en las encomiendas cuando éstas, a partir de 1536, se cancelaron por más de una vida, tuvieron que esforzarse tratadistas y legisladores en la elaboración de un sistema jurídico que hiciera frente a esta nueva realidad social. Las normas contenidas en el viejo derecho castellano para regular la trasmisión hereditaria de los bienes, no eran aplicables al caso de las encomiendas de indios. Se trataba de una institución nueva, forjada en estos territorios y condicionada en cada fase histórica de su evolución por las circunstancias sociales y económicas del momento. Ya hemos dicho en otra ocasión que el viejo vocablo castellano con que se la designa no debe inducir a error en punto a la interpretación histórica de su contenido jurídico. Las encomiendas de indios, como realidad viva de los nuevos territorios coloniales y no mera concepción más o menos abstracta del legislador peninsular, poco o nada tienen que ver con la vieja enco-

mendación de la España de la Edad Media. Se entrecruzan en ellas influencias aborígenes y aportaciones europeas. Sin perder de vista todos estos factores históricos, complejos y variables, fueron articulando los juristas de la época los perfiles jurídicos de esta institución, singularmente en lo que se refiere a la esfera del derecho sucesorio.

Estableció la real provisión de 1536 que a la muerte de un encomendero que estuviera gozando del disfrute de su encomienda en primera vida, se había de hacer merced de esta encomienda al mayor de sus hijos legítimos, "con cargo que hasta tanto que sea de edad para tomar armas, tenga un escudero que nos sirva en las guerras con las costas que su padre servía y era obligado; y si el tal casado no tuviere hijo de legítimo matrimonio nascido, encomendaréis los dichos yndios a su mujer viuda; y si esta se casare y su segundo marido tuviere otros yndios, daréisle uno de los dichos repartimientos que quisiere y si los tuviere encomendaréisle los yndios que así la muger viuda tuviere".

Claramente se desprende del texto de esta real provisión los siguientes principios: 1. que la concesión de una segunda vida en el disfrute de las encomiendas no alteraba la naturaleza jurídica de esta institución. La encomienda seguía siendo una merced real, indivisible e inalienable. Por eso el primer encomendero no podía disponer *mortis causa* de la encomienda: el orden de sucesión quedó rigidamente establecido por el propio monarca legislador; 2. que este posible disfrute de las encomiendas en segunda vida sólo se permitía cuando el primer encomendero fuera casado, y en favor únicamente del mayor de los hijos legítimos y, a falta de éstos, de la mujer.

Fuera de esto, apenas si interesa citar algunas disposiciones reales encaminadas a corregir los abusos cometidos por algunas autoridades coloniales en la sucesión de los cacicazgos y contra la libertad de testar de los indios; otras sobre el cumplimiento de las restituciones de conciencia que al tiempo de su muerte hicieren a los indios sus encomenderos; algunas reales cédulas correctoras de las extralimitaciones cometidas por los prelados de Indias en punto a la libertad testamentaria de sus clérigos y prebendados, así como de los fraudes cometidos por algunos confesores para conseguir que sus fieles otorgaran testamento en favor de sus deudos, iglesia o religión; y, por último, ciertas bulas o breves pontificios, con sus correspondientes leyes aclaratorias, puntualizando las facultades dominicales de los obispos sobre sus bienes patrimoniales y sobre los adquiridos por razón de sus dignidades eclesiásticas.

Es, en cambio, extraordinariamente nutrido el grupo de leyes que se dictaron para conseguir la buena administración y la remisión a España de los bienes de los difuntos en Indias cuyos herederos estuvieran radicados en la metrópoli. Se llegaron a crear juzgados especiales de bienes de difuntos en todas las ciudades importantes y se dispuso que en todos los concejos hubiera un arca de tres llaves —que debían estar en poder

del juez, del fiscal y del escribano—, donde se había de depositar, con las debidas garantías, el producto de estos bienes, hasta que por los oficiales reales se realizase el envío a la Casa de la Contratación de Sevilla. Pero el conjunto de estas disposiciones sobre los bienes de difuntos carece de interés específico desde el punto de vista jurídico y sirve sólo para poner de relieve la importancia del problema en el orden social y administrativo, debido principalmente a la enormidad de las distancias y a la dificultad de las comunicaciones.

También sobre el derecho de obligaciones rigió, en lo fundamental, el derecho castellano a pesar de su carácter supletorio.

Pero por la presión de los factores tantas veces anotados, se registran en el derecho indiano numerosas disposiciones limitativas de la capacidad de contratación de las autoridades coloniales —virreyes y presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales, gobernadores y oficiales de la real hacienda— para prevenir abusos más que posibles.

Los clérigos y los religiosos de las distintas órdenes, vieron asimismo restringida su capacidad de contratación.

La política económica y fiscal del Estado español en las Indias, repercutió en la esfera del derecho de obligaciones a través de las *rentas estancadas* y del *régimen de comercio y navegación* entre España y sus dominios de ultramar.

Adquirieron, por otra parte, relieve extraordinario algunas figuras de contrato reguladas en el derecho marítimo y mercantil de la época: *seguros, fletamentos y mandatos*.

Los indios, equiparados jurídicamente a los *rústicos y menores* del derecho castellano, vieron por esta causa condicionada su capacidad contractual, ya que se les consideró necesitados de tutela y protección.

Pero dentro de las distintas esferas del derecho privado, quizá sea en lo referente al derecho de propiedad donde se acusa más la presión de los diversos factores —geográficos, sociales, económicos— que venimos estudiando, en la formación y desarrollo histórico del derecho indiano.

Por tratarse de territorios de nuevo descubrimiento, conquista y población, las *regalías* de la corona castellana condicionaron, entre otras facetas del derecho de propiedad menos importantes, el dominio y aprovechamiento privado de los yacimientos mineros y de las tierras.

Todas las minas, cualquiera que fuese su naturaleza, y lo mismo si se encontraban en tierras de dominio público que en tierras de particulares, pertenecían, como *regalía*, a la corona. El posible aprovechamiento y beneficio de las mismas dependía, por lo tanto, de la *gracia o merced real*.

Las circunstancias geográficas, sociales y económicas, así como la presión de los intereses privados, condicionaron, a través de los tiempos, el uso que la corona hizo de esta regalía.

En otra ocasión hemos escrito a este respecto: “La legislación pro-

mulgada para regular jurídicamente el laboreo y aprovechamiento de las minas en estos territorios de las Indias refleja, durante muchos años, criterios tan vacilantes y contradictorios, que resulta difícil todo intento de presentar con claridad y de una manera esquemática la línea de su evolución histórica. Tratadistas de tanta autoridad como Juan de Solórzano han incurrido a este respecto en errores notorios."

Como resumen de investigaciones personales realizadas sobre la materia, podemos presentar, con carácter provisional, las siguientes conclusiones: 1ª Hubo un primer momento en que se reservó al rey el aprovechamiento de todas las minas que se descubriesen en las Indias, salvo aquellas de las cuales se hiciera concesión especial; 2ª A partir de 1504 se estableció como medida general, que todos pudieran descubrir y beneficiar libremente las minas, pagando a la corona el quinto y aun en ocasiones sólo el diezmo o el vigésimo; 3ª En fecha que no se puede puntualizar se ordenó que fueran tomadas para el fisco todas aquellas minas que en los documentos de la época se designan de una manera vaga, pero expresiva, como "minas ricas o de nación"; 4ª Desde entonces parece que se distingue entre las minas "ricas o de nación" y las que pudiéramos llamar ordinarias.

Las primeras se las reservan los monarcas. Las segundas se siguen beneficiando libremente por los particulares, pagando el quinto. A veces, por privilegio especialísimo, se concede también el aprovechamiento de aquéllas, pero sólo por plazos de tiempo muy cortos: de ordinario uno o dos años. 5ª No sabemos hasta cuándo se mantuvo este estado de cosas; pero ya en las ordenanzas del virrey don Francisco de Toledo se presupone como vigente otro estado de derecho distinto: que todo descubridor de minas sin hacer distinción entre ellas, estaba obligado a consentir que en el terreno denunciado se acotase una veta, la mejor, como mina de su majestad.

En la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680 ya no se habla de esa mina de su majestad. Se permite a todo descubridor el libre aprovechamiento de la mina por él descubierta, con sólo la obligación de pagar al fisco el quinto de los beneficios obtenidos, libres de todo costo.

Todo el derecho colonial de minería mantiene con firmeza el principio de la separación entre el dominio del suelo y el del subsuelo. Como complemento de esta doctrina jurídica señalemos la importancia grande que desde el punto de vista técnico y social tuvieron las ordenanzas del virrey don Francisco de Toledo, y recordemos las palabras del gran historiador argentino Ricardo Levene, según las cuales "el derecho de minería indiano adquirió caracteres más técnicos y especiales con las ordenanzas de 1783, dictadas para Nueva España, extendidas dos años más tarde al Perú y Chile y generalizadas después a todos los territorios hispanoamericanos".

El grado de desarrollo que en el orden económico lograron alcanzar las explotaciones mineras, a lo largo del periodo colonial, no ha sido estudiado suficientemente.

Sabemos por Antonio de León Pinelo que la explotación directa de las minas reservadas al rey no dio, en general, buenos resultados, por lo que las más de ellas se vendieron o se arrendaron a los particulares.

En cuanto a la propiedad de la tierra, hemos de citar otra vez palabras anteriores nuestras, recordando, en primer término, que una de las atribuciones concedidas en las capitulaciones a los adelantados, jefes de las expediciones descubridoras, fue la de repartir tierras y solares. De esta misma facultad gozaron las altas autoridades coloniales —virreyes, presidentes, gobernadores y cabildos— en los territorios de nuevo descubrimiento y población, con la circunstancia de que los repartimientos hechos por estas autoridades quedaban sujetos a la superior confirmación de la corona.

El repartimiento —y junto a él la real cédula de gracia o merced— fue el título originario para adquirir en las Indias la propiedad de la tierra.

Pero por el mero hecho del repartimiento no se adquiría el pleno dominio sobre el lote de tierra adjudicado. Era requisito indispensable para que el dominio se consolidase, poner en cultivo la tierra recibida y residir en ella por un plazo de tiempo que cambió según los casos: cuatro, cinco y hasta ocho años.

Estos repartimientos habían de hacerse sin agravio para los indios, sin perjuicio de tercero, sin concesión de facultades jurisdiccionales sobre los habitantes de las tierras adjudicadas y sin derecho alguno de dominio sobre las minas que en ellas pudieran hallarse. Al hacerse los repartimientos se había de procurar que a todos correspondiese “parte de lo bueno e de lo mediano e de lo menos bueno”.

En tiempos de Felipe II, de un lado por el mejor conocimiento que se tenía de la realidad americana y de otro por el mayor valor económico de la tierra, con el aumento de la densidad de población, y ante la necesidad de incrementar por todos los medios los recursos del tesoro para hacer frente a las costosas y frecuentes guerras sostenidas por España, se implantó el sistema de enajenar las tierras de realengo en pública subasta, adjudicándolas al rematante mejor postor.

No sólo esto, sino que, además, se exigió a los propietarios de tierras la exhibición de sus títulos de dominio, anulando las apropiaciones indebidas o las realizadas con exceso al amparo de un título legítimo, si el poseedor no legalizaba su situación con el pago de una cantidad en concepto de composición.

Persistieron los repartimientos de tierras en los lugares de nuevo descubrimiento o nueva población, y las reales cédulas de gracia o merced pero ahora ya como algo excepcional. Lo corriente fue, a partir de esa fecha —1591—, que las tierras baldías o realengas se adjudicasen en pública su-

basta al rematante mejor postor. Para ser admitido a la composición, se exigió que el interesado hubiera poseído y cultivado la tierra, por lo menos durante el plazo de diez años.

En la Recopilación de las Leyes de las Indias de 1680 se permitió que en los remates se hicieran las adjudicaciones de tierra bajo la figura jurídica del censo al quitar.

Todos los títulos para la adquisición originaria del dominio privado de la tierra —repartimientos, reales cédulas ordinarias o extraordinarias de gracia o merced, remates y composición— estuvieron sujetos a la real confirmación. Ante la resistencia pasiva opuesta por los particulares, se llegó a permitir en el siglo XVIII que la real confirmación fuera expedida por los propios jueces privativos de tierras, sin necesidad de acudir precisamente al Real y Supremo Consejo de las Indias.

A los cabildos municipales —con excepción, por razones muy particulares, del de Tolú y del de La Habana— se les quitó la facultad que por vía de hecho se habían tomado de repartir tierras baldías o realengas.

Tanto la real cédula de 1591, como la recopilación de 1680, admitieron “la antigua posesión, como causa de justa prescripción”, para adquirir el dominio de las tierras. La real instrucción de 1754, que sometió a revisión general el problema de los baldíos, sólo admitió esa justa prescripción para las situaciones de hecho producidas con anterioridad a 1700 pero no para las que se hubieran producido con posterioridad a esa fecha.

La defensa del interés económico —posesión efectiva y cultivo— y la del interés fiscal —remates y composiciones— condicionaron todo el derecho indiano promulgado sobre la materia. Este intervencionismo del Estado fue mal visto por los particulares y por los propios oidores de las audiencias, formados en las doctrinas del derecho romano justiniano.

Estas noticias sobre el régimen de tierras deben ser completadas anotando que, también por imperativos geográficos y económicos, cambió a través de los tiempos el contenido de las llamadas *peonías* y *caballerías* como unidades de medida aceptadas en las *mercedes* de tierras *baldías* o *realengas*.

En la etapa insular de la colonización, como el tipo de cultivo predominante en la Española fue la *yuca* y este tubérculo se cultivaba bajo pequeños montones de tierra, se dispuso, según palabras de Antonio de León Pinelo, que *caballería* “es el espacio de tierra en que se pueden señalar docientos mil montones; *Peonía*, la en que caben cien mil; de suerte que dos peonías hazían una Cavallería”.

Pero en las ordenanzas de nuevo descubrimiento y población promulgadas por Felipe II en 1573, las palabras “peonía” y “caballería” se emplean con un significado diferente. Siguen siendo unidades para medir las superficies de las tierras; pero su extensión ya no está determinada, como en la Isla Española, por las necesidades agrícolas de un solo cultivo considerado como básico: el de la *yuca*. En 1573 se había avanzado mucho

en la etapa continental de la conquista, y la geografía agraria de los vastos territorios incorporados a la corona de Castilla presentaba un cuadro de cultivos mucho más complejo. Se había penetrado profundamente en los viejos imperios representantes de la cultura del maíz y se habían desarrollado mucho otras especies de cultivos importados por los colonizadores españoles.

Se ambicionaba, por otra parte, implantar una política de población seriamente estructurada y se quiso dar a “peonías” y “caballerías” un contenido económico-patrimonial, dentro del cual se armonizasen las distintas clases de cultivos deseables y las complementarias explotaciones de ganado, según la condición social y, en consecuencia, las posibilidades económicas, de los distintos pobladores. Por eso se ordena, recordémoslo, que una *peonía* había de comprender “un solar de cincuenta pies de ancho y ciento en largo; cien hanegas de tierra de labor, de trigo o cebada; diez de maíz; dos huebras de tierra para huerta y ocho para plantas de otros árboles de secadal; tierra de pasto para diez puercas de vientre, veinte vacas y cinco yeguas, cien ovejas y veinte cabras” y una *caballería*: “solar para casa de cien pies de ancho y doscientos de largo, y de todo lo demás como cinco peonías” (al paso que antes, una caballería equivalía a sólo tres peonías).

Fácilmente se advierte, sin embargo, que semejantes órdenes habían de ser de muy difícil cumplimiento. Fueron dictadas por hombres que tenían un conocimiento muy escaso y no certero de las condiciones climatológicas imperantes en las vastas comarcas de las entonces llamadas Indias Occidentales. Muy poco o nada sabían del trópico y de la selva virgen, de hasta qué punto quedaban los posibles cultivos condicionados por el hecho de que se tratase de regiones de tierra caliente, de tierra fría o de tierra templada; de lo que significaba para la agricultura la no existencia de estaciones.

Por eso ocurrió al cabo lo que forzosamente había de ocurrir en semejantes circunstancias: que frente a unos preceptos legales, en buena parte inaplicables, surgieron prácticas consuetudinarias en las distintas comarcas que lograron prevalecer, con variantes mayores o menores, a través de los tiempos.

No creemos que la cuestión haya sido investigada suficientemente para poder ofrecer sobre este particular noticias más precisas. Pero sí podemos aducir, por vía de ejemplo, que en numerosos legajos documentales del Archivo Nacional de Colombia, al tratar de mercedes de tierras concedidas en el siglo xviii —que es el que de modo especial hemos estudiado— se habla todavía de caballerías al estilo de Cartagena o al estilo de Santa Marta; como se habla, también, de estancias de ganado mayor “de la medida de Tocayma”, y de “estancias de ganado conforme a las del Reyno, de á cavallo, con que no tengan más de frente que seiscientos pasos y mil doscientos de largo”.

Los casos aducidos podrían ser fácilmente ampliados. Por otra parte, las cuestiones presentadas son susceptibles de un estudio monográfico; pero intentarlo ahora sería rebasar los límites propios de una conferencia y abusar en demasía de vuestra cordial y generosa atención. *

José María OTS CAPDEQUÍ

Catedrático de la Universidad
de Valencia (España)

* Todas las citas que se hacen en el texto de esta conferencia, pueden ser consultadas en mis libros *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, 2ª ed. (Buenos Aires, 1945); *El Estado español en las Indias*, 3ª ed. (México, 1957), y *España en América: el régimen de tierras colonial* (México, 1959).