

EL DERECHO INDIANO, CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS¹

Beatriz BERNAL GÓMEZ²

El derecho indiano nació, formalmente, tres meses y medio antes de que Cristóbal Colón zarpara del puerto de Palos de Moguer en su primer viaje de descubrimiento. Y casi seis meses después de que arribara a la isla de Guanahaní. Su certificado de nacimiento fue un convenio: las *Capitulaciones de Santa Fe*, fechadas el 17 de abril de 1492. En ellas, y en otros documentos despachados en los días sucesivos, el Almirante y los Reyes Católicos establecieron las bases jurídicas con las que iba a gobernar un mundo aún desconocido: el Nuevo Mundo.

Como es lógico suponer, en dichas capitulaciones no se tomaron en consideración las peculiaridades del territorio que, una vez descubierto, se pretendía gobernar. Por tal razón, el primer documento jurídico destinado a regir en las Indias Occidentales se basó en otros principios. ¿Cuáles fueron éstos? La respuesta es evidente: los contenidos en el derecho medieval castellano (en tránsito del medioevo al modernismo), así como los derivados de la escasa experiencia obtenida por España en sus primeros contactos y conquistas en las islas de la costa africana, en especial en las Canarias.

Con base en dichos principios y con fundamento en las capitulaciones, se les reconoció a los príncipes de la India –a cuya presencia se esperaba que llegara Colón para establecer el comercio de las especias– su dignidad y autonomía. Por el contrario a las islas y tierras firmes (con sus habitantes) que se encontrasen en el camino, se les sometió a la autoridad de los Reyes Católicos, nombrándose a Cristóbal Colón Almirante de la Mar Oceana y Virrey, Gobernador y Adelantado Mayor de las islas y tierras descubiertas y por descubrir. Esto es, la autoridad suprema y delegada de los reyes castellanos. Se le otorgaron, además, múltiples privilegios jurisdiccionales y económicos. ¿En que consistieron dichos títulos y prebendas? El oficio de Almirante conllevaba la jurisdicción civil y criminal en la mar Oceana, así como el derecho del Almirante a organizar las amadas y flotas. Se trataba de un cargo vitalicio y hereditario. Los nombramientos de Virrey, Gobernador y Adelantado Mayor, también vitalicios y hereditarios, le otorgaban a Colón la jurisdicción civil y criminal en las tierras descubiertas, así como los derechos a repartir éstas y a presentar ternas al Rey para elegir a sus funcionarios subalternos.

En cuanto a los beneficios económicos, el Almirante recibiría –con base en la capitulación– el décimo de todas las riquezas y mercaderías obtenidas en la jurisdicción de su Almirantazgo y el octavo de los beneficios que se adquiriesen en el comercio terrestre. Las

¹ Conferencia impartida en el marco de XI Congreso de Historia del Derecho Mexicano en la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. 12 de noviembre de 2014.

² Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1973), Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Fundadora y directora técnica de la publicación periódica: Anuario Mexicano de Historia del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Capitulaciones de Santa Fe fueron el resultado de múltiples negociaciones llevadas a cabo por Juan de la Coloma y el fraile Juan Pérez, sus redactores, en representación de los Reyes Católicos y de Cristóbal Colón, respectivamente.

Con los atributos antes expuestos, Colón, sin reconocer a los indígenas de las islas personalidad jurídica alguna, tomó posesión de sus tierras y las sometió al dominio de Castilla. Actuabas, no solo conforme a su especial capitulación, sino también al viejo derecho internacional del medioevo. De esta forma, todas las disposiciones que se dictaron para ordenar la vida del Nuevo Mundo en el primer lustro a partir del descubrimiento, se basaron en principios e instituciones del derecho medieval castellano.

Ahora bien, como siempre sucede cuando se legisla sin tener en cuenta la realidad social, el sistema jurídico, hasta entonces implantado sólo en las Antillas, fracasó rotundamente. Ni Colón llegó a la India (y sí los portugueses en 1498) ni se estableció tampoco el ansiado comercio de las especias. Y lo que es peor, los gastos del descubrimiento que estuvieron a cargo de las Corona, no reducidos, mermaron aún más las arcas reales, convirtiendo la empresa indiana en una carga insostenible para los Reyes Católicos. Además, Colón esclavizó a los indios y, como era de esperar, éstos se revelaron. Y cuando llevo a algunos de ellos a España para venderlos y sacar beneficio económico, la reina Isabel se escandalizó, y los declaró libres y vasallos de la Corona de Castilla. Ni siquiera los españoles permanecieron en paz. Por el contrario, cuando el Almirante regreso a España, sus huestes lo desobedecieron y campearon en las islas por su respeto, lo que provocó que los indígenas destruyeran el Fuerte de Natividad en la Isla Española, produciéndose la muerte de los pocos españoles que habían quedado al su cuidado.

El descubrimiento había culminado en un fracaso total. ¿Qué hacer? Fue entonces cuando se produjo un golpe de péndulo y se inició una nueva etapa. En ella, el ordenamiento jurídico, aunque basado todavía en el castellano, se hizo poco a poco especial hasta llegar a integrar las peculiaridades del Nuevo Mundo. Surgió así un derecho, tímido en sus inicios, vacilante durante todo el siglo XVI, que inspirado en las normas de los antiguos derechos común y medieval castellano empezó a independizarse hasta convertirse en lo que hoy entendemos por derecho indiano. Un derecho que, a pesar, de sus peculiaridades y rasgos distintivos, correspondió al modelo europeo de tradición romanista. Un derecho, por último, que era nuevo, pero que había nacido con espíritu viejo.

Desde un punto de vista restringido, se denomina derecho indiano al conjunto de disposiciones legislativas (pragmáticas, ordenanzas, reales cédulas, instrucciones, capítulos de carta, autos acordados, capitulaciones, decretos, reglamentos y todo tipo de mandamientos de gobernación) que promulgaron los monarcas españoles o sus autoridades delegadas, tanto en España como en América, para ser aplicadas, con carácter general o particular, en todos los territorios de las Indias Occidentales. Los que así definen el derecho indiano se basan en un criterio legislativo. Esto es, atienden al órgano que expidió la disposición, así como a la especialidad de la norma, dejando de lado otros estatutos jurídicos que, en gran medida, se aplicaron también en ultramar.

En sentido amplio, se entiende por derecho indiano el sistema jurídico que estuvo vigente en América durante los más de tres siglos que duro la dominación española en ella. Abarca, no solo las disposiciones legislativas dictadas para las Indias desde la Metrópoli y las promulgadas, sino también las normas de derechos castellano que se aplicaron como supletorias en ellos y las costumbres indígenas que se incorporaron secundum legem o se mandaron guardar por la propia legislación indiana. Quienes así lo definen atienden a in criterio de

aplicación normativa. Es éste el criterio que considero más adecuado. No hay que olvidar que un importante sector del derecho que se aplicó en las Indias, el privado, fue regulado en su casi totalidad por las leyes de Castilla.

De lo antes expuesto se desprende que hubo varios elementos formativos del derecho indiano: el indiano propiamente dicho, esto es, el producido de manera especial en las Indias o para las Indias, y los derechos castellano e indígena que se aplicaron en ellas con carácter supletorio o subsidiario cuando no había una disposición especial que aplicar, en el caso del castellano, o no se contraponía a la religión católica o a la propia legislación indiana, en el caso del indígena. Los dos elementos quedaron plasmados en las propias leyes de Indias desde la primera mitad del siglo XVI, y fueron recogidos en dos pasos de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, promulgada en 1680. Dichas leyes establecían:

LEY. 2. QUE SEGUARDEN LAS LEYES DE CASTILLA EN LO QUE NO ESTUVIERE DECIDIDO POR LAS DE LAS INDIAS

Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe prever por las leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despachen, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a las substancias, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar (*Rec. Indias, II.1.2*).

LEY 4. QUE SE GUARDEN LAS LEYES QUE LOS INDIOS TENÍAN ANTIGUAMENTE PARA SU GOBIERNO, Y LAS QUE SE HICIEREN DE NUEVO.

Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenada de nuevo, se guarden y ejecuten... (*Rec. Indias, II.1.4*).

El derecho indiano, pues, atendiendo a los componentes que lo integran, puede clasificarse o subdividirse en:

Derecho indiano metropolitano o peninsular, entendiéndose por tal al conjunto de las disposiciones legislativas que emanaron del rey o de sus órganos colegiados radicados en la Metrópoli; el Consejo de las Indias y la Casa de Contravención de Sevilla, principalmente.

Derecho indiano criollo, integrado por las normas que expidieron las autoridades delegadas en América; esto es, las que dictaron, en los distintos niveles de gobierno, los virreyes y otras autoridades unipersonales, así como las audiencias y cabildos.

1. Derecho castellano, esto es, el sistema jurídico que con el aval de la propia legislación indiana aunque con carácter supletorio o subsidiario, se aplicó en las Indias desde que éstas fueron incorporadas a la Corona de Castilla.

2. Derecho indígena, constituido por el grupo de costumbres jurídicas prehispánicas que, también con el aval de las leyes Indianas, sobrevivieron, integradas o permitidas por éstas, a la conquista y colonización.

Ahora bien, el derecho indiano no se compone sólo de la legislación secular. La influencia secularizadora del derecho contemporáneo nos ha llevado frecuentemente a olvidar o relegar los sistemas jurídicos al ordenamiento canónico; ordenamiento que, junto con las leyes seculares, tuvo gran importancia en la época que nos ocupa, esto es, antes de la aparición y consolidación del Estado liberal decimonónico. En efecto, hubo en este periodo un derecho canónico indiano muy rico en su contenido; derecho que quedó plasmada en los cánones de los concilios provinciales.

Tampoco debe reducirse el concepto de derecho indiano al conocimiento de las leyes, sean éstas seculares o canónica, dictadas o aplicadas en las Indias. Ni antes ni ahora el derecho legislativo puede abarcar todas las situaciones jurídicas que se plantean a una sociedad. Mucho menos darle solución a los conflictos de toda índole que tiene que resolver a diario. Por tal razón, otras fuentes como la costumbre, la ciencia del derecho o literatura jurídica y la jurisprudencia o práctica de los tribunales, conformaron, enriquecieron y dieron vida al derecho indiano.

Visto ya el concepto y los elementos del derecho indiano es necesario hacer referencia a la integración del derecho castellano en él. Para ello, debo dedicar algunas líneas a señalar los ordenamientos jurídicos de Castilla que estuvieron vigentes en las Indias, siguiendo el orden de prelación de los mismos en esa época.

En sentido estricto, se entiende por “orden de prelación” a la declaración legislativa que establece la jerarquía de las leyes en un sistema jurídico preestablecido. En sentido amplio, a la jerarquización de todos los elementos que componen dicho sistema. El apogeo de los órdenes de prelación se dio en las postrimerías de la edad Media y en los albores de la Edad Moderna. Causas de este apogeo fueron los sucesivos casos de “caos legislativo” que se produjeron en dichos periodos a consecuencia de la proliferación de normas que se dedicaban, y a la falta de un sistema que las organizara. Esto, como es lógico suponer, no sólo dificultaba la fijación del derecho, sino también su aplicación, con las consiguientes protestas y reclamos por parte de quienes tenían que hacerlo valer, esto es, los jueces y letrados.

En Castilla, a cuyo reino quedaron incorporadas las Indias, el orden de prelación había quedado establecido en el Ordenamiento de Alcalá, una ley de cortes de 1348 que, en uno de sus pasajes, decía lo siguiente rezaba:

“establecemos y mandamos que los fueros sean guardados en aquellos casos en que se usaron, salvo en aquellos que Nos falláramos que se deba “mejorar y enmendar”, o en las que son contra Dios e contra razón, e contra las leyes que en este libro se contienen. Por las cuales leyes desde libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos civiles y criminales; y los pleitos y contiendas que no pudieran liberar por las leyes de este nues-

tro libro e por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas” (Ordenanzas de Alcalá, 28.1).

Del pasaje anterior se deriva el orden de prelación de la legislación castellana, conforme a él, se aplicarán, en primer lugar, las normas contenidas en el propio *Ordenamiento*. Si éste era omiso en algún asunto jurídico, se aplicarían, en segundo lugar, los fueros municipales, siempre que estuvieran en uso y no fueran contra el derecho real (entendido éste como el emanado directamente del rey), contra Dios o contra la razón, entendiéndose por tal los principios jurídicos provenientes del *tus commune*, esto es, aquellos que, por la vía de la recepción universitaria, la legislación castellana había tomado de los derechos romano y canónico. En tercer lugar quedarían las *Siete Partidas*, el cuerpo legislativo es famoso y romanizado del derecho castellano, atribuido a Alfonso X, el Sabio, y supuestamente promulgado en 1265, que fue el máximo exponente de la recepción del *ius commune* en la Europa de su época. Dos ordenamientos castellanos anteriores a las Partidas, el *Fuero Juzgo* (1248) y el *Fuero Real* (1255) mantuvieron también su vigencia ocupando el segundo lugar del orden de prelación, por haber sido promulgados como fueros municipales en algunas ciudades castellanas. El orden de prelación del *Ordenamiento de Alcalá*, fue posteriormente ratificado en las Leyes de Toro, mandadas a hacer por los Reyes Católicos (Fernando e Isabel) en 1502, a petición de las Cortes de Toledo, y promulgadas en 1505, por Fernando el Católico, cuando las cortes se reunieron en la ciudad de Toro para jurar a su hija Juana como reina de Castilla. De ahí pasó a la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680, como antes, en 1576, había pasado a la *Nueva Recopilación de Castilla*, de Felipe II, y posteriormente pasaría a la *Novísima Recopilación de Castilla*, tardío cuerpo legislativo que se promulgó en 1805, poco antes de que se produjera en el continente americano el proceso emancipatorio que culminaría con la independencia y creación de las repúblicas latinoamericanas. Cabe añadir que cada cuerpo legislativo castellano que se promulgaba se ponía a la cabeza en el orden de prelación de las leyes.

Dicho lo anterior, ¿Cuál fue el orden de prelación que impero en --- Occidentales?, ¿cuáles son los cuerpos jurídicos que rigieron en ella y en qué orden? Sin lugar a dudas, el orden de prelación establecido en el *Ordenamiento de Alcalá*, recogido por las *Leyes de Toro*, al cual hace referencia específica la ley ya citada de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680 (*Rec. Indias, II.I.2*). Y, teniendo en cuenta que cada cuerpo legislativo castellano posterior se ponía a la cabeza del anterior en el orden de prelación, también la *Nueva Recopilación de Castilla* de 1567, aunque no fuese especialmente mencionada por la *Recopilación de Leyes Indias*, y, más tarde, la *Novísima Recopilación de Castilla*, aunque se discuta, por su carácter tardío, su real aplicación en Indias.

En cuanto al sistema o estatuto jurídico que se aplicó en Indias y la jerarquización de los elementos que lo compusieron, la situación fue la siguiente: en primer lugar se aplicaron las normas delegadas del rey en América. En segundo, el derecho indiano metropolitano, elaborado desde España con carácter general para todas las Indias, o particular para alguna parte de ella. En tercero, el derecho castellano que, con carácter subsidiario o supletorio, rigió casi *in totu* en la importante y amplia rama del derecho privado. Y en cuarto, las costumbres jurídicas indígenas que no contraviniesen el derecho indiano ni los dictados de la fe católica. En la base de todo ello estaban los principios del *ius commune*, que imperaban en Castilla en

el momento de la conquista, como resultado del fenómeno de la recepción, ya consolidada, de los derechos romano y canónico.

Ahora bien, ¿Cuáles fueron las características del derecho indiano, de ese estatuto jurídico destinado a regir la vida americana durante más de dos siglos? Señalarlas, precisarlas e intentar desarrollarlas con claridad son los fines de este parte del discurso. Pero antes de explicarlas, enumeré las más destacadas. Veamos. El derecho indiano, entendido en el sentido público. Fue también un derecho particularista y casuista como resultado de su excesiva proliferación, y por tal razón vacilante, indeciso, de ensayo y error. E íntimamente ligado con las características anteriores, fue un derecho flexible que intentó asimismo, aunque a veces no lo logrará, adecuarse a la realidad. Por último, el derecho indiano tuvo como fundamento y razón de ser la evangelización o cristianización del Nuevo Mundo. Ello le dio un carácter proteccionista sobre la población indígena a la cual, en parte, fue destinado, así como un cariz de derecho prohibitivo o negativo en la medida en que la Corona explicó una copiosa legislación con el propósito de evitar los abusos que los colonizadores españoles cometían con frecuencia con dicha población.

1. EL CARÁCTER PÚBLICO DEL DERECHO INDIANO

La mayoría de las normas expedidas, tanto en el Metrópoli como en las Indias, para regular la vida americana, pertenecieron a la rama del derecho público. Un recorrido por las colecciones de leyes privadas y oficiales (cedularios, compilaciones y recopilaciones), así como por los textos doctrinales más destacados de la época, lo demuestra cabalmente. Esto no es de extrañar, la preocupación primera y primordial de la Corona española fue organizar debidamente el Nuevo Mundo, así como lograr un buen gobierno. De ahí que se dedicara de inmediato a la tarea de emitir y dictas leyes referentes a los siguientes aspectos de carácter público: los gobiernos temporal y espiritual de las Indias; la administración de justicia; la Hacienda; la Guerra; la producción agrícola y minera; las condiciones laborales; la navegación y el comercio interoceánico. Solo una parte mínima del derecho indiano metropolitano y criollo estuvo dedicado a resolver las relaciones entre particulares. Dentro de estas destacaron las relativas al domicilio de las personas casadas y a los derechos sucesorios de aquellos que, habiendo fallecido en las Indias, tenían herederos en España.

El carácter público del derecho indiano se debió pues, a la necesidad que tuvo el Estado español de organizar la vida de un mundo nuevo, heterogéneo y completamente distinto al que ellos conocían y de ajustarlo a sus fines económicos, políticos e ideológicos. Para lograrlo no fueron suficientes los esquemas del derecho castellano. Ni siquiera convenientes. Eso fue debido a que el Viejo Mundo los monarcas se encontraban limitados por una cantidad de derechos adquiridos y de costumbres inviolables que coartaban su libertad de acción. No ocurría así en las Indias y los reyes lo aprovecharon. Allí, sin separarse del todo del esquema castellano, pudieron crear un sistema jurídico hasta cierto punto inédito que les permitió homogeneizar lo más posible las peculiaridades del obre americano.

Esto no fue tan necesario en lo que respecta al derecho privado. Las normas de esta rama del derecho, aunque no inmutables, cuentan siempre con mayor estabilidad en el tiempo y en el espacio que las del derecho público. Por tal razón, los monarcas españoles sólo se vieron obligados a legislar en dicha área cuando se enfrentaban a situaciones que atentaban contra lo dispuesto por la religión católica, o cuando las costumbres jurídicas indígenas infringían las europeas. Ejemplo de ello fueron las disposiciones antes mencionadas que se expidieron

sobre domicilio. Ellas tuvieron como objetivo lograr, tanto entre los indios como entre los peninsulares, la estabilidad matrimonial y la unidad familiar, principios fundamentales de la doctrina católica. Solo me resta añadir que en casi todos los aspectos relativos al derecho privado se aplicó el derecho de Castilla que, como ya se ha visto antes, fue supletorio en todo aquello que no estuviera especialmente dispuesto por las leyes de Indias.

2. CASUISMO Y PARTICULARISMO

Un derecho es casuista cuando se legisla para cada caso en concreto; cuando se renuncia a la uniformidad, a las amplias construcciones jurídicas, y se acomodan las normas teniendo en cuenta principalmente al destinatario de las mismas. Un derecho es particularista cuando se abandona un criterio generalizador y se intenta la búsqueda y aplicación de soluciones particulares como consecuencia de diferencias de cultura y costumbres en un determinada ámbito social. En ambos casos el derecho se torna prolífico, profuso, minucioso en su reglamentación y, a consecuencia de ello, asistemático. Entonces corre el riesgo de provocar un caos legislativo por la dificultad, tanto de su conocimiento como de su aplicación.

Esto sucedió con el derecho indiano: fue casuista como todos los de su época y particularista en contraste con el europeo. Sin embargo, a lo largo de los tres siglos que duro el estatuto jurídico indiano, se hicieron serios esfuerzos por organizar y homogeneizar el derecho que regularía la vida americana. El largo proceso recopilador que culminó con la promulgación de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680 es una prueba de ello. También lo es el hecho de que la prolífica legislación indiana se fundamentase en las directrices proporcionadas por el viejo derecho común de tradición romano-canónica y por los principios de la religión católica.

Fueron muchas las causas que llevaron al derecho indiano tanto al casuismo como al particularismo. Una de ellas, como veremos enseguida, fue el carácter valiente y ocasional de este derecho. En él se destaca como, ante la ausencia de un plan general, de una política definida, el legislador indiano se vio precisado a dictar normas para cada región, cada estamento y cada circunstancia particular. Normas, que si bien es cierto se repetían constantemente (cambiando sólo el nombre del destinatario=, también atentaban contra la vigencia general que se pretendía tuvieran las leyes. Por eso fueron pocas las disposiciones que se dictaron con carácter general (por ejemplo, pragmáticas), para regular una institución o una situación que se diera en América. En cambio, fueron infinitas las que se expidieron para encauzar aspectos concretos de ella.

Otro factor que provocó tanto el casuismo como el particularismo del derecho indiano fue la vastísima legislación de origen local (derecho indiano criollo) sancionada por las autoridades delegadas en Indias, en especial por los virreyes, los gobernadores, las audiencias y los cabildos. Esta legislación estuvo destinada a regular aspectos de la vida jurídica americana que no estaban contemplados en el derecho especial emanado directamente del a Metrópoli, esto es, en el derecho indiano peninsular o metropolitano. Fueron muchas y muy variadas las instituciones y figuras jurídicas que se regularon a través del derecho indiano criollo, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada uno de los virreinos, provincias u otro tipo de demarcaciones político-administrativas establecidas en las Indias.

Si a estos dos grandes factores añadimos el carácter legalista de los reyes de la España imperial (la política de gobierno de las Indias llevada a cabo por Felipe II es un típico ejemplo de ello), acentuado por la desconfianza que siempre le tuvieron a sus autoridades delegadas

en América (sobre todo durante la dinastía de los Austrias), así como por la multitud y diversidad de disposiciones legislativas que dichos reyes dictaron para las Indias, podrá comprenderse a cabalidad, no sólo las características de casuismo y particularismo del derecho indiano, sino también el porqué de su excesiva reglamentación.

3. UN DERECHO VACILANTE, INDECISO: DÉ ENSAYO Y ERROR

La legislación, es cosa ya sabida, constituye en cierto modo un reflejo indirecto de la sociedad que está regulando. Reflejo que se ajusta en mayor o menor medida a la realidad, dependiendo de múltiples factores que deben tenerse en cuenta en la coordinada espacio-temporal que se está historiando. Ahora bien, ¿Qué sucede cuando se legisla con el fin de regular la vida de una sociedad desconocida y multifacética? La respuesta es evidente. Se genera una legislación cambiante en extremo; una legislación que se va formando a medida que los problemas se suscitan, con el objetivo de resolverlos con la mayor celeridad posible. Surge así un derecho apresurado, a contrapelo, propio de un Estado que aún carece de una política normativa y que, por ello, se enfrenta al más absoluto desgobierno. Eso fue lo que, en un principio, aconteció con el derecho indiano. De ahí que naciera ocasional, vacilante, indeciso. De ahí que, en sus inicios, se limitará a poner parches allá donde la fuerza de la realidad acusaba fisuras en el ordenamiento vigente.

En efecto, ante la ausencia de una política específica y predeterminada, la Corona española dictó infinidad de leyes con el fin de resolver los conflictos que brotaban en cada ocasión, en cada momento, en cada lugar, dentro del vasto y variado territorio de las indias. Leyes además que, sobre todo en el siglo inicial de la conquista y colonización, respondían a una información derivada de intereses heterogéneos y en muchos casos contradictorios. No hay que olvidar que la empresa conquistadora, fue concebida de manera distinta por quienes la llevaron a cabo. Jamás coincidieron los intereses de los encomenderos y colonizadores con los de los clérigos y las órdenes religiosas. Tampoco con los de los oficiales reales y los de la propia Corona.

¿Cuáles fueron estos intereses heterogéneos y en muchos casos contrapuestos a los que se enfrentó la Corona española? El primero y más importante fue tratar de conciliar la contradicción existente entre la declaración que había hecho de libertad de la población indígena con la necesidad de someter a ésta a un patrón de servidumbre que garantizará la producción agrícola y minera en los territorios conquistados. El segundo, conciliar esos intereses con los de los clérigos (sobre todo los de las órdenes regulares) que desde el principio de la conquista denunciaron los abusos a que estaba sometida la población indígena. No hay que olvidar que el interés primordial de ellos era lograr la evangelización y cristianización de los indios. Además, había que tener en cuenta el punto de vista de los funcionarios reales a quienes se les encargaba cumplir las leyes, no sólo con rectitud, sino también con apego absoluto a ellas. Y los intereses de los conquistadores y colonizadores cuyo fin principal, cuando pasaban a las Indias, era lograr su propio enriquecimiento. Por último, fue también interés de la Corona impedir que los colonizadores adquiriesen un poder económico que a la larga se convirtiera en un poder político, en perjuicio y detrimento de sus intereses centralistas.

De los intereses contrapuestos de los protagonistas de la conquista, así como de la disparidad cultural y el total desconocimiento que se tenía de los territorios conquistados, se deriva lo que ya apunte sobre el carácter contradictorio de las informaciones que recibía del Rey. Uno era el punto de vista de los conquistadores y colonizadores. Otro el de las órdenes

religiosas. Otros más el de las autoridades delegadas del Rey en las Indias. Y otro distinto el de los propios indios, aun cuando éste casi nunca se tuvo en cuenta. Era lógico pues que se produjese una situación de desgobierno en las Indias a consecuencia de las formas diversas de evaluar la problemática indiana y de informar al rey, que tenían las distintas partes en conflicto. Lógico también que, con base en estos intereses e informaciones contradictorios, aunque intentando ajustarlo y esforzándose por coordinarlos, el rey y el Consejo de las Indias crearan una normatividad vacilante, indecisa, sujeta a múltiples y constantes rectificaciones, esto es, una normativa de ensayo y error.

Solo me resta añadir que no fue sino hasta mediados del XVI, y a consecuencia de las varias y profundas crisis que se habían sucedido en la primera mitad del siglo, que la Corona se planteó un examen de conciencia sobre la cuestión del desgobierno en Indias. Entonces, no solo se avocó a resolver el mal tratamiento de los indios llevaban consigo, sino también a resolver el problema jurídico que implicaba gobernar a un mundo nuevo y desconocido con los viejos esquemas del derecho de Castilla.

4. LA FLEXIBILIDAD DEL DERECHO INDIANO

Durante mucho tiempo fue lugar común entre algunos americanistas, partidarios de la “leyenda negra” de la colonización española, el repetir el principio “obedécese pero no se cumpla” había sido inventado por las autoridades españolas con un propósito hipócrita. Nada más lejos de la verdad. Dicho principio proviene del derecho medieval castellano, y como muchas otras instituciones y figuras jurídicas de igual origen, se extendió más tarde a las Indias donde sirvió para flexibilizar las normas que pretendían gobernarla.

Mediante este principio lo que se perseguía era que las autoridades delegadas en América pudieran suspender la aplicación de una norma dentro de su jurisdicción si estimaba que ésta podía resultar injusta o dañina a los particulares o a la colectividad. Es de todos sabido el acontecimiento histórico a través del cual el virrey de Mendoza (a diferencia del virrey Nuñez Vela, quien perdió la vida en el alzamiento de los Pizarro en el Perú), evitó una revuelta de los conquistadores en la Nueva España suspendiendo la aplicación de las *Leyes Nuevas* promulgadas en 1542.

El principio de “obedécese pero no se cumpla” funcionaba de la siguiente manera. Si una autoridad delegada en las Indias estimaba que no podía aplicar una norma porque dicha aplicación iba a producir un daño grave a la sociedad que gobernaba y que, por otra parte, la expedición de esa norma se debía a la desinformación (vicio de obrepción) o a la mala información (vicio de subrepción) que tenían las autoridades reales en la Metrópoli, podía suspenderla (esto es, no cumplirla) temporalmente y solicitar del rey una ratificación de la misma. Ahora bien, como se trataba de una disposición proveniente del rey, dicha autoridad delegada en Indias debía llevar a cabo una serie de ritos en señal de obediencia.

No pretendo negar con lo antes dicho el divorcio que existió entre la ley y la realidad en las Indias. Lo hubo. Divorcio que se hizo patente en el constante y continuado incumplimiento de las normas que se expedían desde la Metrópoli. Pero también en ellas puede observarse el interés de la Corona por remediar ese incumplimiento. Muchas fueron las reales cédulas que se dictaron a lo largo de los más de tres siglos que duró la dominación de España en América, donde las autoridades metropolitanas insistían en el cumplimiento de la legislación que habían expedido con anterioridad. Muchas también cuyo contenido dispositivo estuvo encaminado a eliminar, limitar y atenuar acciones que sin lugar a duda

se llevaban a cabo en las Indias, pero que el legislador pretendía eliminar desde España –a través de disposiciones de carácter prohibitivo– con el fin de poner coto al mal tratamiento de la población indígena y a la deficiente administración de las Indias. Muchas, en fin, dado su particularismo, que pretendieron y lograron adaptar el derecho a la realidad social de cada región, aun en contra de la tendencia centralizadora del monarca y de sus hombres de gobierno. Por tal razón, puede aseverarse que el derecho indiano fue flexible en la medida en que intentó, cuando pudo, adecuarse a la realidad existente en las Indias.

5. UN DERECHO CON FINES DE EVANGELIZACIÓN

Convertir a los indígenas en cristianos e imponerles la religión católica fue, sin lugar a dudas, preocupación primordial de la Corona española. Preocupación que quedó asentada con el carácter obligatorio en las llamadas Bulas Alejandrinas (en especial en la segunda ínter Caetera) y que se reflejó más tarde en la legislación indiana.

En las mencionadas bulas (expedidas en 1493 por el Papa Alejandro VI), se les concedía a los reyes de Castilla y León las tierras descubiertas y por descubrir, siempre y cuando no pertenecieran a otro príncipe cristiano y se encontrasen al oeste de una línea imaginaria que corría de polo a polo, a cien leguas de las islas Azores y Cabo Verde. También en ellas aparecía la recomendación hecha a la Corona española de evangelizar a la población autóctona que habitaba dichos territorios.

Pero, ¿tenía derecho el papa de disponer de tierras ya ocupadas por los aborígenes? Y de tenerlo, ¿la adopción papal era perpetua y sin condiciones, o estaba sujeta a la predicación evangélica? A resolver esos cuestionamientos se dedicaron los juristas y teólogos españoles de la primera mitad del siglo XVI, dando lugar a una polémica de altos vuelos que involucro varios problemas: el de la validez de los títulos de dominio que tenía España sobre los territorios descubiertos y posteriormente conquistados (polémica de los justos títulos); el de la condición jurídica que debía dársele a los indígenas; y el de la posibilidad de hacerles la guerra en caso de que éstos no quisieran ser sometidos ni cristianizados. En íntima relación con dichos problemas, como fundamento y también fin de la conquista, estuvo siempre el proyecto evangelizador.

En la Europa del medioevo existieron dos corrientes político-ideológicas encontradas. Por un lado, la corriente cesarista que postulaba la supremacía del poder civil. Por el otro, la teocrática quedaba al sumo pontífice la autoridad más alta, tanto en el orden espiritual como en el temporal. Esta última fue la que prevaleció en España, después de un sinnúmero de cuestionamientos, estudios, alegatos y juntas que pasaron a la historia con el nombre de Juntas de Valladolid, y que estuvieron a cargo de personajes de la talla de Bartolomé de Las Casas, Juan Ginés de Sepúlveda, Domingo de Soto, Juan López de Palacios Rubio, Francisco de Vitoria y otros. La conclusión a que llegaron fue que las bulas alejandrinas constituían, aunque no el único, si el mejor título que poseía Castilla para justificar sus dominios sobre el Nuevo Mundo.

Ahora bien, ¿qué papel jugó en estas polémicas la evangelización? La respuesta se encuentra tanto en las bulas como en la solución ecléctica que, basada en la doctrina de Tomás de Aquino, ofreció a la postre el más destacado de los teólogos-juristas de la segunda escolástica, esto es, Francisco de Vitoria.

Según Vitoria, aunque al Papa le correspondía únicamente la potestad espiritual, podía intervenir en la temporal cuando fuese necesario para obtener fines sobrenaturales. Por

consiguiente, los españoles no sólo tenían el derecho de vivir en las Indias, derecho que se sustentaba en el consorcio universal existente entre todos los hombres y todas las naciones, sino también el de predicar el evangelio e inclusive declararles la guerra a los indios en caso de que éstos impidiesen la prédica evangélica. También podían hacerlo cuando amenazaban o castigaban a otros grupos indígenas ya convertidos al cristianismo. Fue así como la labor evangélica se convirtió, no sólo en el fundamento, sino también en justificación de la conquista. Y, más tarde, en fin de todo el proceso colonizador de España en América.

Sobre el interés de los monarcas españoles por cumplir con la obligación misional impuesta en la bula de donación antes mencionada, hay numerosos testimonios en las Leyes de Indias. Fueron muchas además las instituciones jurídicas y económicas (como la encomienda y las congregaciones) que se fundamentaron en la evangelización. El hecho de que también sirvieran para reglamentar la innegable e indiscutible servidumbre a la que fue sujeta la población indígena no invalida lo antes dicho.

6. EL PROTECCIONISMO DEL DERECHO INDIANO

Esta característica está íntimamente relacionada con la anterior, esto es, con el sentido evangelizador del derecho indiano. Fue por él, y en razón de él, que las autoridades españolas elaboraron un principio destinado a proteger al indígena: el principio del *favor indiarum*.

Ahora bien, todo derecho proteccionista es discriminador. Sólo se ampara o protege a quienes considera inferiores. Así consideró España a los pobladores de las Indias y por eso les otorgó un sistema jurídico tutelar. Para lograrlo echó mano de instituciones y figuras del *ius commune*. El caso que se cita con mayor frecuencia es el de la asimilación del indígena con el púber menos de edad del derecho romano quien, para ciertos efectos jurídicos, era sometido a una especie de tutela: la cúratela del menor de 25 años. Sólo que en el caso del indígena el tutelaje consistía en la legislación misma. El libro VI de la *Recopilación de las Leyes de las Indias* es el mejor ejemplo de ello, aunque encontramos muchas más disposiciones legislativas protectoras de los indios a lo largo de la misma.

Por otra parte, todo derecho proteccionista busca siempre la equidad. Quizás no entendida literalmente como la justicia del caso concreto, pero sí entendida con la finalidad de crear un estatuto jurídico que trate igual a los iguales y proteja a los que considere desiguales por pertenecer a segmentos de la población dignos de protección. Como ya se ha dicho, en el derecho indiano fue la población indígena la considerada desigual. De ahí que se generará una amplísima legislación tendente a protegerla. Quien se encuentre familiarizado con las Leyes de Indias a través de sus múltiples compilaciones y recopilaciones de seguro ha podido observar la gran cantidad de disposiciones legislativas tendentes a proteger a los indios en sus personas, en sus propiedades y en sus demás derechos que, conforme a la mentalidad de la época, les fueron concedidos. Que dichas leyes se aplicaran o no es harina de otro costal. Su discusión nos haría entrar en el derecho legislativo y el derecho realmente aplicado. Conflicto que, dicho sea de paso, todavía permanece.