

## La expansión del derecho español en Indias <sup>(1)</sup>

El profesor José María Ots Capdequi ha publicado ya sus "Estudios de Historia del Derecho Español en las Indias".

Historiador a conciencia, el profesor Ots Capdequi nos muestra a través de sus páginas agudas el dominador impulso de una vocación profunda, casi pudiera decirse irremediable, perfeccionada en su técnica, y ampliamente erudita.

Aparece allí la semblanza de una arquitectura jurídica de raigambre bien definida a través de los siglos, en sus más perfilados lineamientos.

Estudia Ots Capdequi instituciones tan interesantes como el Municipio Colonial, el Derecho de Sucesión, el Derecho de Propiedad, etc., etc., y finalmente nos hace ver la "Expansión del Derecho Español en Indias", capítulo éste que publicamos a continuación por considerarlo de interés sumo.

Nuestra más calurosa felicitación para el maestro e historiador, que pone a nuestro alcance el fruto de una larga, pródiga y trascendental labor.

En la presente comunicación queremos someter a la consideración de los historiadores participantes en las actividades científicas del XXVI Congreso Internacional de Americanistas, algunas observaciones sobre las características que presenta la expansión del Derecho español peninsular en los territorios de las Indias occidentales a lo largo del período colonial.

---

(1) Comunicación presentada al XXVI Congreso Internacional de Americanistas, reunido en Sevilla el 12 de octubre de 1935.

El desarrollo monográfico de la mayoría de las cuestiones esbozadas en esta comunicación pueden verse en las siguientes

Formularemos nuestras conclusiones, resultado de distintas investigaciones monográficas, publicadas unas, y en curso de publicación otras, con la concisión esquemática que impone la naturaleza de los trabajos presentados en estos congresos científicos donde tantos y tan distintos problemas históricos han de ser estudiados con la premura de tiempo que exigen las circunstancias.

### EL INDIVIDUO Y EL ESTADO EN LAS PRIMERAS EXPEDICIONES COLONIZADORAS

Punto de partida obligado para poder penetrar en la entraña de las instituciones jurídicas y sociales de los territorios hispano-americanos en los primeros tiempos de nuestra colonización, ha de ser una observación que ya en otras ocasiones, y de manera reiterada, hemos formulado, refrendándola con la correspondiente comprobación documental: nos referimos al predominio acusado de la acción privada, individual, sobre el esfuerzo oficial del Estado, que destaca en las expediciones de descubrimiento nuevo y población capitaneadas por el propio Cristóbal Colón primero y por sus heroicos continuadores después.

El Estado español se situó frente a los proyectos en buena parte quiméricos de Colón y aun años más tarde frente

---

publicaciones mías: El derecho de familia y el derecho de sucesión en nuestra legislación de Indias, Madrid, 1921; Apuntes para la historia del municipio hispano-americano del período colonial, en el tomo I del Anuario de Historia del Derecho Español; El municipio en América. Aportaciones para la historia del régimen municipal hispano-americano del período colonial (publicaciones de la Unión de municipios españoles, Madrid, 1939); La tasa de mercaderías en Indias y los concejos (conferencia publicada por la Universidad Nacional de la Plata en 1934); El derecho de propiedad en nuestra legislación de Indias, en el tomo II del Anuario de Historia del Derecho español; Los portugueses y el concepto jurídico de extranjería en los territorios hispano-americanos durante el período colonial (Asociación española para el progreso de las ciencias, Madrid, 1932); La Iglesia en Indias (publicado en el Anuario de Historia del Derecho español, Madrid, 1933); Instituciones sociales de la América española en el período colonial. La Plata, 1934; Instituciones económicas de la América española en el período colonial, en el Anuario de Historia del Derecho español, Madrid, 1934.

a la realidad desconcertante de los grandes descubrimientos en tierra continental, en una actitud justificada de expectativa y de recelo. Fueron los particulares, movidos por un afán heroico de aventuras, al final de las cuales se presumían riquezas incalculables, quienes organizaron a sus expensas las expediciones colonizadoras, limitándose el Estado a autorizarlas con su aval y a pactar en las capitulaciones la participación que unos y otros habían de tener en los beneficios que se lograsen. Consecuencia de ello hubo de ser el carácter particularista del nuevo derecho que había de regular los territorios así descubiertos, ya que en cada comarca incorporada al Imperio español dimanaba aquel de la especial capitulación concertada entre las altas autoridades representantes de la Corona y el Adelantado-Jefe de la expedición descubridora.

A este particularismo del nuevo derecho se une su carácter marcadamente señorial, ya que las circunstancias exigían que se recompensara a los descubridores con las máximas mercedes, naciendo así en aquellos territorios una aristocracia con privilegios de tipo medioeval ya superados o en vía de superación en la España peninsular.

Pronto se observa, sin embargo, al lado del particularismo señalado, una tendencia a la uniformidad, que se acusa, en primer término, en las propias capitulaciones, cuyo contenido jurídico se reproduce fundamentalmente de unas en otras, al propio tiempo que se formulan ordenanzas reguladoras de los nuevos descubrimientos, donde, con carácter general, se estructura la vida jurídica y social de las nacientes poblaciones. Por otra parte, el Estado español acentúa su presencia en los nuevos territorios por medio de una burocracia que rápidamente adquiere una frondosidad insospechada, los juristas reivindicando para la Corona las viejas prerrogativas inalienables entendidas según el romanismo imperante en la época, y los nuevos municipios coloniales luchan contra las nacientes aristocracias, al amparo de la doctrina tradicional castellana, que reservaba a los concejos la facultad de recibir y examinar a los funcionarios municipales nombrados por los señores en uso de privilegios considerados abusivos.

Son conocidos los pleitos largos y costosos que con este motivo hubieron de suscitarse, de una parte, entre los propios fiscales representantes de los derechos de la Corona y los descendientes de los grandes descubridores, y de otra, entre éstos y los procuradores representantes de los concejos.

### LA PRESENCIA DEL ESTADO ESPAÑOL EN LAS INDIAS

Cuando al fin se impone a los hombres de gobierno de España la realidad evidente de los grandes descubrimientos continentales, abandona el Estado español su actitud cautelosa y expectante de los primeros tiempos, y se dispone, como queda dicho, a estructurar la vida jurídica de los nuevos territorios, según las normas tradicionales del derecho de Castilla, inspirado, como es sabido, en el viejo derecho romano justiniano.

Se produce entonces un verdadero trasplante en los territorios de Indias de las viejas instituciones peninsulares. Pero si esto es exacto, y en su origen puede fácilmente reconocerse en las instituciones jurídicas de nuestras colonias su filiación peninsular, el estudio del desenvolvimiento histórico de estas instituciones pone de relieve que pronto hubieron de acusarse en ellas rasgos diferenciales impuestos por las nuevas circunstancias geográficas, sociales y económicas. Fijémonos a este respecto, como ejemplos más destacados, en lo que ocurre con instituciones de gobierno como virreinos, audiencias y municipios y con instituciones sociales y económicas tan importantes en la vida colonial como las Encomiendas de indios.

La plenitud de poderes que tuvieron los virreyes de Nueva España y del Perú, singularmente en los primeros tiempos, rebasa en su complejidad y en su eficacia los precedentes que pudieran encontrarse en los virreinos radicados en otros territorios europeos dependientes de la Corona de España. La enormidad de las distancias y la dificultad de las comunicaciones explican esta amplitud de facultades, a pesar de la política sostenida por los hombres de go-

bierno de la metrópoli, encaminada siempre a tener entre sus manos los hilos de nuestra administración colonial.

Las Audiencias de Indias, si bien es verdad que nacen y se organizan a imagen y semejanza de las viejas Audiencias peninsulares de Valladolid y de Granada, no es menos cierto que hubieron de ejercitar en las Indias, al lado de sus peculiares funciones judiciales, otras, políticas y de gobierno, en grado y virtualidad como nunca hubieron de ejercitarlas las Audiencias establecidas en territorio peninsular. No sólo en aquellas ciudades que no eran cabeza política de los viejos Virreinos, sino incluso en las propias cortes de los Virreyes jugaron los Reales Acuerdos de las Audiencias papel político muy importante. Virreyes y Gobernadores, así como en ocasiones las altas dignidades eclesiásticas, hubieron de sentir con frecuencia el peso de su autoridad.

En los municipios coloniales, órgano de gobierno político y administrativo de lo que pudiéramos llamar *estado llano* de nuestra colonización, se acusan todavía más estas notas diferenciales que les alejan de sus viejos entronques castellanos. Si nos fijamos sólo en las fuentes legales, la visión que obtendremos será profundamente engañadora. En la ley, los concejos de las nuevas ciudades coloniales se organizan con arreglo a las mismas pautas que imperaban en el derecho municipal peninsular. Pero la realidad histórica que numerosos documentos descubren, es muy otra. Cuando se produce el hecho asombroso del descubrimiento y primeras colonizaciones de los territorios americanos, el viejo municipio de Castilla, modelo del nuevo municipio colonial, no era más que una sombra de lo que esta institución había sido en el pasado. La decadencia del municipio castellano medieval, iniciada ya en el reinado de Alfonso XI con el nombramiento de regidores hecho directamente por el monarca, se acentúa más cada día, y en los últimos años del siglo XV queda reducido de hecho el municipio a un mero órgano de recaudación de impuestos, al servicio siempre, en el orden político, de los intereses de la realeza. Surgen en las Indias las nuevas ciudades coloniales y se organizan, como que-

da dicho, según el mismo régimen municipal imperante en la metrópoli. Pero los factores sociales y económicos predominantes en los nuevos territorios, dejaron sentir pronto sus efectos vitalizadores sobre los nuevos concejos de ultramar.

El municipio adquirió en las Indias un valor político y administrativo semejante al que hubo de tener en los remotos tiempos medievales. Al amparo de los viejos preceptos jurídicos que ya en Castilla habían caído en desuso pero que en las nuevas ciudades coloniales resurgieron con un vigor insospechado, se convirtieron los nuevos concejos en el núcleo vital de las nuevas poblaciones, y la masa media de los colonizadores encontró en este órgano de gobierno el punto de apoyo necesario para hacer frente a los privilegios abusivos de las nacientes aristocracias y a los excesos de poder de las altas autoridades coloniales.

Ese renacimiento del régimen municipal indiano no logró mantenerse a lo largo de todo el período colonial. Cuando, en tiempos de Felipe II, se introdujo en Indias, como en España, la corruptela administrativa de enajenar los oficios públicos de la Corona, cayeron los concejos de las ciudades más importantes de los distintos virreinos en manos de verdaderas oligarquías familiares, que utilizaron estos puestos municipales en servicio de sus intereses privados. Hay que llegar a los años turbulentos de las primeras luchas por la independencia, para encontrar en los municipios coloniales nuevas pruebas de resurgimiento, que les llevaron a jugar papel político muy destacado en la emancipación de algunas comarcas.

Si nos fijamos, por último, en las Encomiendas, estudiándolas desde el punto de vista en que nos hemos situado, fácil nos será observar cómo, a pesar de ser uniforme la estructuración jurídica de esta institución en todos los territorios coloniales, se acusan en ella modalidades diferenciales de tanto relieve como la que implica el hecho de que el régimen de sucesión sea distinto durante años y años de unos virreinos a otros.

Fuera de la órbita estrictamente legal, se acusan todavía más las notas de diversidad, tanto en el orden geográfi-

co como en el económico y el social, entre los distintos territorios de los diferentes virreinos, circunstancias éstas que forzosamente hubieron de repercutir en la esfera del derecho, más aún que en sus manifestaciones doctrinales, en las realidades de la vida jurídica cotidiana. El problema no ha sido hasta la fecha lo suficientemente estudiado. Pero con acierto se ha destacado ya por los historiadores el carácter distinto que presentan en su estructuración y desenvolvimiento los núcleos sociales radicados en el Virreinato del Perú y aquellos otros radicados en el Virreinato del Plata, para citar sólo el ejemplo de un contraste más vivo, puesto que, como es sabido, al paso que en el primero de estos virreinos citados predomina un tipo de organización social de corte rígidamente aristocrático, impera, por el contrario, en el segundo una organización de matices acentuadamente democráticos.

#### LA INCORPORACION POLITICA DE LAS INDIAS A LA CORONA DE CASTILLA

Es éste otro hecho inicial de gran trascendencia, que es necesario tener en cuenta para el estudio histórico del derecho colonial hispano-americano.

Cuando se produce el descubrimiento de América, España no está constituida políticamente como una sola nación. La unión de las Coronas de Aragón y de Castilla por el matrimonio de los Reyes Católicos, no implicó para los súbditos de estos monarcas las pérdidas de sus peculiares derechos nacionales para fundirse en una nueva entidad política de jerarquía superior. Castellanos y aragoneses continuaron rigiéndose por sus propias leyes, sometidos a la jurisdicción de sus propias autoridades nacionales y defendiendo con tesón su personalidad política encarnada en sus tradicionales Cortes. Exentos de la soberanía de estos monarcas quedaban, por otra parte, en el territorio peninsular otros Estados independientes, que años más tarde habían de ser incorporados, transitoria o definitivamente, al Imperio español.



Por circunstancias históricas sobradamente conocidas, las Indias occidentales quedaron vinculadas políticamente en la Corona de Castilla, y debido a esto imperó en los nuevos territorios, aun cuando con carácter supletorio, el derecho castellano. Los preceptos legales son, a este respecto, terminantes y claros. La vida jurídica de nuestros dominios americanos había de regirse, en primer término, por el derecho propiamente indiano, y a falta de disposición aplicable al caso en la llamada Legislación de Indias, por el derecho peninsular castellano. Las primitivas costumbres jurídicas de los indios debían ser mantenidas en vigor siempre que no contradijeran los principios básicos del derecho de los colonizadores.

Pero a pesar de este rígido doctrinarismo legal y no obstante las prohibiciones que en los primeros tiempos pesaron sobre los españoles peninsulares no castellanos para el paso a las Indias y su arraigo en aquellos territorios, es lo cierto que desde los primeros momentos figuran en las expediciones colonizadoras, juntamente con los castellanos, aragoneses y catalanes, navarros, valencianos y mallorquines. No ha sido suficientemente estudiado el volumen de esta colonización no castellana; tampoco se ha investigado como es debido la vigencia que al amparo de esta corriente colonizadora habrían de lograr en las Indias los derechos peninsulares no castellanos, introducidos al margen de la ley por vía consuetudinaria, singularmente en lo que a la esfera del derecho privado —familia y propiedad, obligaciones y sucesión— se refiere. Importa mucho, por lo tanto, señalar el caso y someterlo a la consideración de los estudiosos, para que futuras investigaciones subsanen los vacíos que ahora se observan.

En cuanto a la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los indios, si bien esta cuestión es hoy mejor conocida, tampoco se ha ahondado en su estudio lo suficiente. Conocemos algunos aspectos de su desenvolvimiento histórico; por ejemplo, la influencia grande que hubo de tener en algunas comarcas el primitivo derecho indígena, en el régimen de tributos personales implantado por los coloniza-

dores, en la organización del trabajo minero, en el sistema del cultivo de las tierras y en la regulación jurídica de su propiedad, etc. Es necesario, sin embargo, insistir mucho más en este sentido con la seguridad de que se han de obtener resultados muy estimables.

#### EL HECHO Y EL DERECHO. LA LEYENDA NEGRA

Otro rasgo de la colonización española en América que desde el punto de vista jurídico importa mucho tener en cuenta, es el divorcio que se advierte entre el derecho y el hecho, entre la elevación doctrinal de las normas jurídicas y la realidad de la vida social.

La observación no es nueva. Arranca de los tiempos lejanos en que el Padre de las Casas escribía sus apasionadas imprecaciones, y se ha venido repitiendo desde entonces siempre con un criterio partidista en favor o en contra de la obra colonizadora de España en América, y nunca con la seriedad obligada y la necesaria comprobación documental.

Sobre la exactitud del hecho no puede caber duda alguna. Son numerosos los testimonios históricos que acreditan este profundo divorcio entre los preceptos doctrinales recogidos en las Leyes de Indias y la realidad social y jurídica de la vida en nuestras colonias. Las propias autoridades españolas, al denunciar a los altos poderes de la metrópoli abusos que en vano intentaban corregir, nos han suministrado a este respecto noticias de un valor inapreciable. En algunas obras de los tratadistas clásicos de nuestro derecho indiano se encuentran también, en ocasiones, páginas admirables condenatorias de excesos de poder cometidos por funcionarios de nuestra burocracia colonial —singularmente los corregidores de pueblos de indios— y de crueldades realizadas por españoles encomenderos. Pero un estudio desapasionado de la cuestión, obliga a reconocer que, por parte de las altas autoridades peninsulares, se mantuvo siempre un criterio generoso y humanitario, esforzándose por corregir los abusos que se les denunciaban.

Aun cuando sobre este problema no puede decirse todavía de una manera seria y documentada la última palabra,

no es lícito afirmar que en la colonización española en América destaque una nota de crueldad y un menosprecio sistemático de los preceptos legales. Siempre habrá que reconocer como un timbre de honor de la política colonizadora de España la elevación espiritual de la doctrina jurídica, reflejada fundamentalmente en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680. Precisamente en esta elevación doctrinal, ya hoy aceptada y glosada con elogio por todos los investigadores modernos, ha de buscarse en buena parte la explicación histórica de ese divorcio entre el derecho y el hecho tantas veces señalado. Nuestras Leyes de Indias, elaboradas, más que por juristas, por moralistas y teólogos, enfocan la realidad de la vida colonial con un criterio muchas veces equivocado, desconocedor del imperativo incontrastable de factores sociales y económicos que inútilmente se pretenden encuadrar dentro de moldes rígidos que forzosamente habían de ser rebasados.

#### EL DERECHO PUBLICO INDIANO

No es fácil señalar en pocas líneas las características más destacadas de todo un sistema jurídico que hubo de imperar sobre territorios de una extensión tan vasta, con peculiaridades geográficas tan diversas y con un proceso de elaboración histórica, varias veces secular.

Creemos, sin embargo, que como complemento de las observaciones anteriormente formuladas, cabe destacar en el derecho público indiano, como una nota de gran interés histórico, su extraordinaria flexibilidad. A pesar del minucioso reglamentarismo de los monarcas de la Casa de Austria, que intentaron articular con todo detalle la vida social y jurídica de un mundo tan amplio y diverso; a pesar de la política uniformadora de los monarcas de la Casa de Borbón, que quisieron imponer en los territorios coloniales normas de gobierno y administración iguales a las que en la metrópoli imperaban, las fuentes de nuestro derecho colonial atestiguan en su funcionamiento una acusada flexibilidad que permitía adaptar el libre juego de las instituciones al imperativo de las circunstancias.

Al amparo de la vieja fórmula tradicional, *se acata, pero no se cumple*, pudieron nuestras autoridades coloniales condicionar la aplicación del nuevo derecho con una prudente sagacidad, que, si dejaba siempre a salvo la vigencia del precepto legal, evitaba posibles perturbaciones sociales, que un criterio de inflexible rigidez podría acarrear.

Junto a esta nota de sabia elasticidad, otra de desconfianza que se justifica por la dificultad que implicaba para el debido control del libre funcionamiento de los poderes coloniales, la enormidad de las distancias y la irregularidad de las comunicaciones. Los monarcas españoles quisieron contrarrestar este aislamiento con respecto a la alta burocracia colonial que fácilmente podía motivar abusos de poder, implantando un sistema político de equilibrio entre los más elevados organismos de gobierno —Virreyes y Audiencias—, complementado con la intervención regular y frecuente de visitantes y jueces de residencia.

No siempre se consiguieron por este camino los resultados perseguidos. Muchas veces significaron más las trabas que para el buen gobierno implicaban estas medidas de desconfianza, que la valla que pudieran suponer para evitar posibles extralimitaciones.

#### EL DERECHO PRIVADO

Si de la esfera del derecho público pasamos a la del derecho privado, la nota más acusada que habrá que destacar en él es su casuismo. Como era lógico, no intentaron los monarcas españoles articular todo un sistema jurídico para regir la vida privada de nuestras colonias. Allí donde tantos problemas vivos e inaplazables había que resolver, no iban a crearse los hombres de gobierno de España otros nuevos, impuestos por artificiosas exigencias doctrinales. Sólo cuando se presentaba la necesidad de un caso nuevo que no podía encuadrarse dentro de las viejas normas del derecho privado peninsular, se dictaba una ley especial para resolver la dificultad surgida. En lo demás, el viejo derecho privado de Castilla bastaba para satisfacer, en este orden de cosas, las necesidades jurídicas de las colonias.



Esto explica que este derecho castellano peninsular, que sólo tenía en Indias, como hemos dicho, un carácter supletorio, irrumpiese en un primer plano y fuese de hecho el verdadero rector en el orden privado de la vida jurídica colonial, salvo las probables penetraciones por vía consuetudinaria de otros sistemas jurídicos peninsulares no castellanos, a que anteriormente hemos aludido.

Consecuencia de todo ello es que el derecho privado propiamente indiano, tal y como se refleja en las fuentes legales a lo largo de todo el período colonial, ofrezca escaso interés jurídico y se manifieste en preceptos en ocasiones muy copiosos, pero referidos siempre a problemas muy concretos, guardando silencio ante múltiples aspectos, —los más—, de la vida jurídica de las colonias hispano-americanas.

Un examen de conjunto, permite señalar como únicos núcleos legales que ofrecen interés histórico y jurídico dentro de la esfera del derecho privado, aquellos que hacen referencia a las circunstancias modificativas de la capacidad jurídica, singularmente en cuanto determinan la condición jurídica de los indios; los que en el orden familiar tratan de conseguir que los casados que viven en Indias ausentes de sus mujeres, vuelvan a España a reanudar su interrumpida vida marital; los que modifican la doctrina civil y canónica de los impedimentos matrimoniales para evitar posibles abusos de poder de las autoridades de las colonias o para salvar el obstáculo que representaba para las informaciones previas de libertad y para la obtención del consentimiento paterno la dificultad de comunicaciones entre unos y otros territorios, tantas veces subrayada; los que regulan los matrimonios de los indios tanto en el orden canónico como en el orden civil, con un criterio elevado y altamente comprensivo; los que definen el derecho sucesorio en las Encomiendas, y los que contienen minuciosas medidas para conseguir que los bienes de los difuntos en Indias con sus familiares radicados en España o en otros territorios coloniales del Imperio español lleguen a poder de sus legítimos herederos; los que articulan el nuevo derecho de propiedad en las colonias, haciéndolo derivar de las concesiones gene-

rosas de los monarcas, en punto a los bienes que en los nuevos territorios debían ser considerados como regalías; los que en la órbita del derecho de obligaciones regulan la contratación mercantil, y los que estructuran el contrato de arrendamiento de servicios, singularmente en cuanto se relacionan con el trabajo personal de los indios.

Insistamos, por último, como una conclusión obligada de todas estas observaciones que esquemáticamente acabamos de ofrecer a la consideración de los estudiosos interesados en estos problemas, en la necesidad de que los estudios históricos del derecho hispano-americano del período colonial se realicen, no sólo sobre la base de las fuentes legales, sino con el complemento obligado y esencial de los documentos de aplicación del derecho. Es, precisamente en este orden de actividades científicas, donde se hace más necesaria la colaboración de todos los investigadores de los distintos países hispano-americanos, ya que las enseñanzas que se desprenden de las series documentales conservadas fundamentalmente en nuestro Archivo General de Indias, habrán de ser contrastadas con las que reflejen los núcleos de documentación que se guardan en los archivos judiciales y de Protocolos de las modernas naciones de la América española.

**JOSE MARIA OTS CAPDEQUI**

Catedrático de Derecho español en la  
Facultad de Jurisprudencia de este  
Colegio Mayor.

