LA CONCEPCION DE EDUARDO DE HINOJOSA SOBRE LA HISTORIA DE LAS IDEAS POLITICAS Y JURIDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SU PROYECCION EN EL DERECHO INDIANO

I

El nombre de Eduardo de Hinojosa—el maestro por antonomasia de la Historia del Derecho en la Universidad española—está estrechamente asociado a la cultura histórica y jurídica argentina.

En 1909, la Junta de Historia y Numismática Americana le designó académico correspondiente en España, y en 1934 el historiador español doctor José María Ots Capdequi se incorporó a la institución citada leyendo un estudio sobre «La moderna historiografía del Derecho español: Hinojosa y su escuela». El «Compendio de la Historia general de América», de Carlos Navarro y Lamarca, editado en 1910, lleva un breve prólogo de Hinojosa.

Pero corresponde al Dr. Carlos Octavio Bunge—mi eminente predecesor en la cátedra de Introducción al Derecho, cuya memoria evoco en esta oportunidad con simpatía intelectual—el honor de haber difundido entre nosotros las eruditas enseñanzas del profesor español.

En los «Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales» de Buenos Aires (T. II, 2.ª serie, año 1912), dirigidos por el ilustre maestro Dr. Juan Agustín García, también ex profesor de Introducción al Derecho, el Dr. Bunge publicó una noticia biográfica encomiástica acerca del Dr. Hinojosa, haciendo mérito de los nuevos métodos que aplicaba en su labor científica

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

y docente, e informando que le había consultado sobre varios puntos dudosos de Historia del Derecho, todos ellos de interés. El Dr. Bunge publicó asimismo la contestación del doctor Hinojosa a su consulta, pues consideraba con razón que podía «servir de estímulo y guía a los pocos estudiosos que en nuestro país se aventuran en el campo casi virgen de nuestra historia jurídica». En la contestación del Dr. Hinojosa, redactada en los términos de su severa prosa, anoto esta manifestación de singular valor: «Nada he escrito sobre Derecho indiano ni conozco ningún trabajo moderno sobre él digno de mención. Estamos reducidos a la «Política Indiana», de Solórzano, obra capital, sin duda, que convendría utilizar y completar en una exposición moderna.»

Nada había escrito Hinojosa sobre Derecho indiano, como él lo dice; pero mucho le interesaba la materia, como lo demuestra, por otra parte, su valiosa biblioteca americanista utilizada en sus clases para las lecciones de la cátedra.

Esta actitud revela por sí misma el principio de una reacción docente en punto a la enseñanza en España de la Historia de las instituciones americanas. Téngase en cuenta que en 1829, al publicarse en Madrid las «Instituciones del Derecho Real de Castilla y de Indias», texto muy difundido—como se sabe—del renombrado profesor guatemalteco Dr. José María Alvarez, se suprimieron las referencias sobre las Leyes de Indias como si se tratara de una parte extraña a la Historia del Derecho español.

El nombre de Hinojosa se repite numerosas veces en mi «Introducción a la Historia del Derecho Indiano», de 1924, y cuando sus ex discípulos fundaron el «Anuario de Historia del Derecho español» (Madrid, 1924), tuve el honor de colaborar en el primer número.

«El núcleo de redactores del «Anuario», discípulos en su mayor parte del ilustre Hinojosa—se lee en la introducción del primer número—e influídos todos por su manera de elaborar la historia del Derecho, querría que resultase digno de la memoria del maestro.»

El prestigio moral y científico de Hinojosa movió a sus discípulos a constituir en 1934—a diez años de la aparición del

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

«Anuario»—la Sociedad Eduardo de Hinojosa de Historia del Derecho, con el objeto de promover el estudio histórico del Derecho e Instituciones afines, fomentar las reuniones de personas especializadas en este género de trabajos e impulsar las publicaciones.

Fué nombrado presidente uno de sus discípulos más destacados, el Dr. Claudio Sánchez Albornoz, formado junto a él en las investigaciones que constituyen verdaderos descubrimientos sobre la España de la Edad Media. Actualmente, el doctor Sánchez Albornoz es profesor en la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires y Director de la colección de «Cuadernos de Historia de España», que comprende ya dieciséis números. En el primer cuaderno (1944) refiere el Dr. Sánchez Albornoz que logró reunir en torno a la memoria del maestro Hinojosa a algunos profesores de Historia política y jurídica y se enorgullecía de «haber concebido y realizado aquella empresa» de publicar el «Anuario» ante el hecho alentador de que había surgido una nueva generación de estudiosos de la Historia del Derecho.

El maestro Rafael Altamira le dedicó su manual de «Historia de España y de la civilización española», «en testimonio —dice—de reconocida gratitud por sus enseñanzas».

Eduardo de Hinojosa vive en el espíritu de sus discípulos y más allá de ellos en sus libros, en cuyas páginas se perciben las palpitaciones de sus inquietudes creadoras y el amor acendrado a la ciencia.

Los estudios que Hinojosa realizó en Alemania tuvieron influencia profunda en su formación espiritual. Como resultado de la aplicación de nuevos métodos científicos publicó diversos trabajos tendentes a impulsar las investigaciones sobre la Historia del Derecho.

En 1880 a 1885 dió a conocer su «Historia del Derecho Romano según las más recientes investigaciones», y en 1887 su «Historia general del Derecho Español». De esta última obra, interrumpida en el tomo I con la dominación visigótica, se ha dicho con razón que «más de un simple avance en nuestros es-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

tudios jurídicos constituye un nuevo punto de partida en los mismos» (1).

Al incorporarse a la Real Academia de la Historia en 1884, disertó sobre «Francisco Vitoria como internacionalista», anticipando un conocimiento documentado de la ciencia jurídica española del siglo XVI. Acerca de esta materia, de gran trascendencia en la Historia moderna, realizó un estudio sintético, suscitado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas al patrocinar un concurso sobre el tema «Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo». La obra de Hinojosa, que mereció el premio, se publicó en 1890, correspondiéndole a su autor el honor de iniciar un movimiento en torno a la Historia de las ideas jurídicas y políticas y su influencia en las instituciones del Derecho Español.

En el deseo de contribuir al justiciero homenaje que se tributa a la memoria de Hinojosa en el centenario de su nacimiento, he redactado las páginas siguientes, en las que me refiero únicamente al citado estudio «Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria...», entre los muchos e importantes de sus obras completas.

Además, mi colaboración referida a un solo libro de Hinojosa, trata el tema en conjunto, pues dadas sus dimensiones, exigiría una labor de investigación y crítica en profundidad, imposible de llevarla a cabo en este esquemático trabajo.

Mi aspiración se limita a poner de relieve—como lo anticipé en 1924 y como lo han iniciado otros autores—que la influencia de los teólogos y juristas fué una corriente de ideas que se extendió, renovadora y fecunda, en el derecho indiano y sus instituciones.

El Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y la cátedra de Introducción al Derecho e Historia del Derecho Argentino con mis distinguidos colegas

1. ALFONSO GARCÍA GALLO, *Hinojosa y su obra*, en «Obras», T. I., página XL, Madrid, 1948.

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

los Dres. Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquin Becú tributan su homenaje a la memoria del maestro Eduardo de Hinojosa, que encarna la modestia, el saber, la probidad, y que supo inspirar en sus discípulos la fe en el porvenir espiritual de su patria y el amor a un ideal tan puro como es el de la verdad de la ciencia histórica.

Hago mía esta frase de uno de sus discípulos, Alfonso García Gallo, vinculado a nuestro Instituto: «Lo que él no pudo conseguir lo ha conseguido su escuela.»

Es que la tarea de las ciencias del espíritu no tiene fin, porque se renueva con el esfuerzo de las nuevas generaciones y la germinación de las ideas; y el género humano es, como en la imagen brillante de Pascal, al modo de un solo y mismo hombre que subsiste siempre y que aprende continuamente.

II

Sin desconocer la labor de sus predecesores, fué Eduardo Hinojosa quien señaló en la historiografía de España un contenido nuevo a la Historia del Derecho.

Como disciplina autónoma la Historia del Derecho se integra, entre otros, con los conceptos sobre la unidad de la Historia externa o de las fuentes, e interna o de las instituciones, y sobre la necesidad de encasar el conocimiento de la historia genética y sistemática al propio tiempo.

Pero en la teoría y demostración de Hinojosa es también el estudio de las estrechas relaciones y las influencias recíprocas de la historia de las ideas con la historia de las instituciones y de estas últimas con la de los acontecimientos.

La Historia del Derecho como la Historia de la Religión, la Ciencia, el Arte, la Cultura, que son manifestaciones de la espiritualización de la Historia, estudia la forma y materia, la norma y conducta, es decir, la realidad plena del derecho, el derecho puesto en acción.

«Sobre la necesidad de unir al estudio de la legislación el de nuestra historia y antigüedades», versó la disertación de Gaspar Melchor de Jovellanos, al incorporarse a la Real Academia de la Historia, comprendiendo como magistrado que debía

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

penetrarse en el espíritu de las leyes, para aplicarlas bien, y que los códigos estaban escritos en un idioma enigmático, cuyos misterios no podían descifrarse sin la ciencia de la Historia. Anotó asimismo que era estrecho el enlace existente entre las leyes y la Historia de España, y después de recorrer el curso del derecho español desde sus orígenes, preguntaba: «¿Quién se atreverá a interpretar tales leyes sin saber la historia de los tiempos en que se hicieron?»

La Historia del Derecho, tan amplia y autonómicamente concebida, tiene un trazo profundo en Eduardo Hinojosa, y es el de la Historia de las ideas políticas y jurídicas:

En esta especialidad, Hinojosa ha tenido quienes le antecedieran, como que él mismo comienza por reconocerlo al transcribir afirmaciones de Cánovas del Castillo de su «Historia de la decadencia de España desde el advenimiento de Felipe III al trono hasta la muerte de Carlos II» (Madrid, 1854), y luego de su «Bosquejo histórico de la Casa de Austria» (Madrid, 1868). «Durante el siglo de oro de nuestra literatura—había escrito Cánovas del Castillo—predominó en España la doctrina de la Escuela político-religiosa, cuyos principales representantes fueron ciertamente el sabio Francisco de Vitoria, maestro de Melchor Cano; el insigne dominico Domingo de Soto, el jesuíta Francisco Suárez, llamado el doctor Eximio... Ella echó con Alfonso de Castro los cimientos de la ciencia del Derecho Penal y la del Derecho de Gentes con Francisco de Vitoria y Baltasar de Ayala. Ella dió de sí innumerables tratados de Derecho Político, entre los cuales se cuentan muchos dignísimos de estima aun hoy día... Ella será, cuando profundamente llegue a estudiarse y conocerse del todo, el timbre mayor, quizá, del reinado de Felipe II, y uno de los mejores, si no el más celebrado fruto del talento español hasta ahora.»

La breve pero exacta valoración que apunta Cánovas del Castillo—sobre la escuela teológica española del siglo XVI y con ella sobre Felipe II—fué el lema de Hinojosa, el autor que esbozó las líneas generales de un plan arquitectónico sobre la historia de las ideas políticas y jurídicas en el sistema del Derecho español.

La «Influencia que tuvieron en el derecho público de su pa-

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

tria... », ya citada, abarca aspectos principales de la vida espiritual de España, en sus relaciones con la Historia del Derecho. No diré que es la principal de las obras del maestro español, pudiéndose admitir en ese carácter—desde el punto de vista de sus investigaciones y la riqueza de sus datos—los estudios de la Edad Media, sobresaliendo «El Régimen Señorial y la Cuestión Agraria en Cataluña...» (1905). Pero la «Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria...» es una obra de síntesis de alta jerarquía por las ideas directrices que pone en función de la historia política y jurídica y por la elevada orientación que señala a los estudios históricos.

Además, esa obra cobra mayor relieve al relacionarla con algunas contribuciones afines de Hinojosa sobre «Francisco de Vitoria y la ciencia del Derecho Internacional» (1889), «Los precursores españoles de Grocio» (1911, pero publicado años después, en 1929, en el tomo VI del «Anuario»), «El Derecho en el poema del Mío Cid» (1899), y el trabajo póstumo «Joaquín Costa como historiador del Derecho» (en «Anuario», t. II), entre otros.

En la Introducción recuerda Hinojosa el estado de los conocimientos en su tiempo y reseña los estudios que le habían servido de punto de partida para desarrollar el suyo, mencionando con la probidad intelectual que es rasgo moral que le distingue, antecedentes bibliográficos como las obras «Curso de Derecho Político» (1873), de Manuel Colmeiro; «Historia eclesiástica de España» (1873), de Vicente de la Fuente; la «Defensa», de Martínez Marina contra las censuras de que habían sido objeto sus obras por la Inquisición (1868), y los estudios ya citados de Cánovas del Castillo. Hago especial referencia de Joaquín Costa, a quien siguió Hinojosa en la aplicación del método comparativo en la Historia del Derecho Español, porque en «El colectivismo agrario» se anticipan páginas de feliz inspiración para la Historia de las Ideas [2].

2. Como se sabe, «El colectivismo agrario en España», en su parte primera sobre doctrinas, es una valiosa contribución a la historia de las ideas españolas en general, comprendiendo por cierto las ideas jurídicas y políticas. «La Filosofía del Derecho», por no citar sino una, y con mayor especialidad las ciencias del Estado y de Derecho Internacional, van asociadas en su in-

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

Es que la «Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria...», de Hinojosa, contiene elementos que representan una contribución original.

Lo es, en primer término, porque señaló con fina penetración, desde el punto de vista doctrinario, las relaciones de la Historia de las Ideas con la Historia de las Instituciones—«el estudio del lazo unas veces ostensible, velado y escondido otras», y advirtió el grave peligro que existe para la verdad histórica cuando se pretende cómodamente aislar la historia de las instituciones de la crónica de los hechos, afirmando, con razón, que hay instituciones jurídicas de las cuales no puede formarse idea sin referirlas a las circunstancias políticas en que tuvieron su origen y desarrollo.

Una afirmación metodológica de Hinojosa es la de que la historia externa debe preceder a la interna, por ser aquélla base y fundamento de ésta. Pero ante el divorcio muy frecuente entre la ley y las necesidades sociales, la resolución del conflicto se halla «en elevarse a un concepto superior de la vida jurídica, en la cual la ley, la costumbre y la jurisprudencia se nos muestran como fenómenos no menos intensos que los llamados instituciones».

La verdadera relación concreta de causalidad en que se encuentran, en oposiciones diferentes según los casos, la regla y la conducta, el precepto y la institución debe verse tal como históricamente se ha producido, y no de una manera general, como supone la separación entre la Historia externa e interna.

Tales ideas arrojan luz para comprender el significado de esta nueva Historia del Derecho realizada, sin dejarse engañar por la apariencia de simplicidad, con el rigor de un método concéntrico que penetra en la entraña de la sociedad y deja ver la trabazón de los elementos que integran el cuerpo y el espíritu de un sistema.

El método seguido, eminentemente coactivo, le llevó a iniciar la historia de las ideas jurídicas en España a partir del

---

fancia a egregios nombres españoles, Vitoria, Soto, Mariana, Ayala, Suárez, reconocidos y saludados, unos como precursores, como fundadores otros, por cuantos se han aplicado a escudriñar la historia del desenvolvimiento de las ideas en este orden...» (pág. 28.)

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

momento—difícil de captar y distinguir, como todo problema referente a los orígenes de los hechos—en que comienza a ser perceptible la influencia de las especulaciones filosóficas y teológicas sobre las instituciones políticas y penales, que no es el de la filosofía estoica de Séneca, que en nada modificó el derecho de Roma, sino el de la influencia de los teólogos por su colaboración en el poder legislativo o su asesoramiento al Jefe del Estado. Los documentos principales que registraron esta influencia son los cánones de los Concilios de Toledo, considerando como teólogos los Isidoros, Leandros, Julianes, Braulios e Ildefonsos, en los cuales se anticipan con claridad los principios teológicos de los siglos XVI y XVII.

La influencia de los filósofos y teólogos españoles es estudiada por Hinojosa en el Derecho público en su sentido lato, o sea, en el derecho político, administrativo, penal, procesal, eclesiástico e internacional público y las doctrinas sustentadas por sus autores en sucesivas épocas, pero siempre en la medida en que han sido registradas en documentos legislativos y en los escritos doctrinarios.

Limitadas las influencias ideológicas principales en el derecho público español en los términos explicados, Hinojosa se interna en la inmensidad de ese dominio casi inexplorado, comenzando con la abjuración del arrianismo por Recaredo y pasando al siglo XVI con el pensamiento renovador de Francisco de Vitoria hasta llegar a mediados del siglo XVII.

El itinerario trazado en ese libro, recorriendo edades feraces y paisajes brillantes, restablecía una tradición y caracterizaba en rasgos profundos la personalidad jurídica de España.

Son múltiples e importantes los esclarecimientos realizados por Hinojosa. Me concreto a citar algunos, especialmente aquellos que prolongaron su influencia más allá del Derecho español, en el Derecho indiano.

Corresponde mencionar, en primer término, la compenetración del Estado Visigodo con la Iglesia Católica y la significación de la figura de San Isidoro, el que incluyó en sus escritos los principios de las ciencias jurídicas y sociales, declaró sujetos a los Príncipes no sólo a las normas eternas de la moral y el derecho natural, sino aun a las mismas leyes dictadas por

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

ellos y cuyas doctrinas influyeron en el derecho público visigodo, que se concreta en la doctrina isidoriana de la sumisión de la potestad civil a las leyes.

El estudio de la recepción de los Derechos romano y canónico en el siglo XIII le llevó a la afirmación, aun audaz en nuestro tiempo, de que «yerran grandemente los que consideran al Código de las Siete Partidas como copia servil» de los citados Derechos romano y canónico. La sumisión del Rey a las leyes se encuentra formulada en las Partidas, en oposición a la teoría cesarista del Derecho romano y de conformidad con la doctrina de los teólogos visigodos. En la Partida II está enunciada la distinción esencial entre el Príncipe legítimo y el tirano, y de que si bien al Rey le corresponde la plenitud del poder legislativo, quedó sentado el principio defendido por los teólogos visigodos de que el legislador debe conformarse a las normas eternas de la justicia. En cuanto al Derecho penal, la Partida VII, bajo la influencia de enunciados teológicos, suprimió las penas de marcar la cara, cortar las narices y sacar los ojos, admitidas en los fueros, y mitigó la barbarie de penas prohibiendo en principio apedrear, despeñar y crucificar a los delincuentes.

Como dice Cánovas del Castillo, la teología de los siglos de oro—XVI y XVII—no sólo era ciencia de Dios, sino ciencia de la razón y de la conciencia del hombre, y tanto entendían los que trataban de ella en la Sagrada Escritura como en las leyes civiles, económicas o políticas y aun de aquellas en que regía el derecho de gentes. Agrega, con razón, que los filósofos y teólogos españoles predominaron «entre todos los del mundo por la profundidad y extensión de su ingenio y doctrina».

Después de exaltar el destino de la Teología y su íntima conexión con el Derecho, explica Hinojosa las diversas causas que contribuyeron a que fuese más directa la influencia de los teólogos en la legislación y el gobierno, por la costumbre de los Reyes de consultarlos y el prestigio que le reconocían los jurisconsultos y, además, por su carácter cosmopolita.

Destácanse entre los teólogos del siglo XVI Francisco de Vitoria con su obra «Relectiones Theologicas», por la correlación entre los estudios teológicos y jurídicos. A Hinojosa pertene-

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

cen estas frases: «Vitoria ejerció *una verdadera dictadura intelectual*, y su fama no sólo no ha sufrido eclipse, sino que se ha acreditado, consolidado y acrecentado con el transcurso del tiempo.» «Lo que hoy comprendemos bajo el nombre de Filosofía del Derecho era tratado exclusiva y preferentemente por los teólogos como cosa que toca tan cerca a la moral; la crítica e interpretación del derecho positivo era el campo en el que se ejercitaban los jurisconsultos» [3]. De ahí que la Filosofía del Derecho de aquella época no está en las concepciones jurídicas, sino en la obra de los teólogos, como el ya citado Vitoria y como Domingo de Soto, que avanzó ideas fundamentales del derecho y la política con su libro «De iustitia et jure»; Alfonso de Castro, el expositor de conceptos cardinales del Derecho penal, en «De potestate legis poenalis», y Francisco Suárez, el doctor eximio, autor del tratado «De legibus et Deo legislatore».

Anota acertadamente Hinojosa la circunstancia de que la insuficiencia unas veces y otras la vaguedad de que adolecen los teólogos y filósofos citados, «hacen difícil en muchos casos determinar la influencia que las teorías generales consignadas en sus escritos vinieron a ejercer, por vía de derivación o corolario, en las normas del derecho positivo».

Formulada esta salvedad, es notable la teoría acerca del origen de la sociedad política y del poder público, según la cual la autoridad procede de Dios, pero por derecho natural radica en el cuerpo político, el cual, no pudiendo ejercerlo por sí, lo confiere a una o varias personas, de donde no había otro poder legítimo que el emanado del consentimiento tácito o expreso de la sociedad. Integra tal concepción política la ya recordada de la subordinación del Príncipe a las leyes, poniendo como límite a la autoridad legislativa del soberano las normas inmutables del derecho natural y proclamando que la ley humana debe conformarse a la divina y a la natural.

Unos teólogos sostuvieron el derecho de resistencia, otros se declararon enemigos de la perpetuidad de los cargos administrativos, algunos afirmaban la intervención del pueblo en la im-

3. EDUARDO DE HINOJOSA, *Los precursores españoles de Grocio*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Madrid, 1929, T. VI, pág. 223.

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

posición de tributos, no faltaron los que afirmaban la enormidad del tiranicidio, y todos, en fin, combatieron la teoría de la potestad directa del Papa en materias temporales, adoptada durante la Edad Media principalmente por el Ostiense.

III

La «Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria...», de Hinojosa, abrió una nueva etapa en las investigaciones sobre la historia de las ideas, no sólo de España, sino de Indias.

En efecto. Siguiendo el itinerario de Hinojosa se comprueba que la influencia de los teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII ha persistido y se ha proyectado con renovada intensidad en la legislación indiana. Tal influencia ha sido vigorosa y de alcance innovador al considerar y resolver los nuevos problemas de la anexión de las Indias a la Corona de Castilla y León, de modo que no podían enajenarse; la libertad y no la esclavitud de los naturales de Indias; la igualdad de los españoles europeos con los indígenas y la legitimación de los matrimonios entre ellos y no la extinción de la nueva raza; los justos títulos de dominación de España en el Nuevo Mundo conforme a los cuales la guerra quedaba abolida y la conquista no era fuente de derecho, y la afirmación del principio de la concesión pontificia, que caracterizó el sentido misional de la Pacificación y Población de las Indias que no eran Colonias.

Hinojosa, que tanto había contribuído al adelanto en la historia de las ideas en el Derecho español, no ha podido anticipar—se comprende—el conocimiento integral de esta influencia en el Derecho indiano, cuando estos estudios estaban entonces en sus comienzos.

Como ya he explicado, me concretaré a poner en evidencia la importancia de los siguientes temas:

1.° Influencia de los teólogos y juristas en los dominios de la moral y en la concepción de la dualidad del gobierno espiritual y temporal indiano.

2.° Influencia de los teólogos y juristas en la determinación

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

de los justos y legítimos títulos de España a la dominación de las Indias, sobre el regio patronato indiano y la creación del derecho natural y del nuevo derecho de gentes.

3.° Influencia de los teólogos y juristas en el derecho político indiano.

4.° Influencia de los teólogos y juristas en el progreso general de la legislación de Indias.

* * *

1.° En el Derecho indiano, desde sus orígenes, se proyecta la concepción dualista del gobierno temporal y espiritual, existente en el Derecho castellano y leonés, que procedía de la unión del Estado Visigodo con la Iglesia Católica y su expresión doctrinaria en San Isidoro.

En la religión, la moral y la ley, fuente de la justicia y bienestar general, debía inspirarse el rey. Para evitar que el monarca procediera contra la sana razón, ya en las Leyes de Indias como antes en el *Liber Iudiciorum* y en las Partidas, se aborrecía la tiranía.

El espíritu ético domina toda la legislación de Indias, cuando organiza el gobierno y cuando se aplica la ley o se reconocen derechos, prerrogativas y mercedes.

La leyes tutelaban la dignidad y autoridad del funcionario al prohibir a los virreyes, presidentes, oidores y alcaldes del crimen, todo género de tratos, contrato y granjería, y con respecto a los primeros la sanción moral consistía en «pena de nuestra indignación y de las demás que reservamos a nuestro arbitrio» [4]. Los reyes de España en sus cartas solían exteriorizar esa indignación y aun las maldiciones y excomuniones, y los autores agregaban que tal cláusula no debía ponerse fácilmente. Descubre la elevación de sus fines, al juzgar a los seres más débiles y desheredados, para quienes dictóse una legislación tutelar, precursora de la moderna legislación social.

En nombre de la moral se castigaban los vicios como el juego, el libertinaje, la ociosidad, el alcoholismo, el lujo, la blasfemia, la adulonería.

La legislación encomendaba a los virreyes y justicias la mi-

4. *Recopilación de Leyes de Indias*. Ley LXXIV, tít. III, lib. III.

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

sión de que con destreza procuraran que los españoles ociosos se ocuparan en los campos, minas y otras labores públicas, para que a su imitación y ejemplo todos se aplicaran al trabajo. Los vagabundos españoles no podían habitar en los pueblos de Indias y se les obligaba a trabajar con personas a quienes servirían o aprender oficios en que ocuparse para que pudieran «ganar y tener de qué sustentarse por buenos medios», y si esto no fuere bastante, los desterrarían de la provincia para que con temor de pena «vivan los demás de su trabajo y hagan lo que deben» [5].

Parecidas observaciones se formulaban contra la codicia, como raíz de todos los males, que impulsaba a la explotación de los indios, a la obtención de la riqueza fácil, gentes que ni respetaban el cielo ni temían el infierno, ni leyes divinas y humanas, pues que sólo abrigaban el propósito de enriquecerse.

La inspiración teológica de la legislación de Indias alcanza a formular reglas acerca de la caridad. Estimulaba la realización de obras piadosas en beneficio de los pueblos. Es notable una real cédula de 1543—por la amplitud de sus miras—en la que se manda que los sacerdotes de la orden de San Francisco debían instruir a los hombres en el sentido de que al tiempo de su muerte dispusieran de los bienes guardando «las reglas de caridad» en favor de las ciudades en donde habían formado sus fortunas. «Somos informados—se explica en los considerandos de la Ley citada—que acaece muchas veces que los vecinos y pobladores de esas partes, al tiempo de su muerte, disponen de sus bienes y haciendas en obras pías; las cuales mandan cumplir en estos nuestros reinos, teniendo más respeto al amor que tienen a los lugares donde nacieron y se criaron, que a lo que deben a las tierras, donde además de haberse sustentado han ganado lo que dejan, y donde por ventura, si algo deben restituir a pobres, o gastar en obras pías, están los lugares y las personas a quienes se deben y se cometieron las culpas, que les obligaron a la restitución... teniendo tanta obligación como tienen nuestros súbditos de estos reinos que a esas partes pasan y asientan y pueblan en ellas, a procurar y favorecer siempre su

5. *Recopilación de Leyes de Indias*, leyes I, II, III y IV, lib. VII.

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

bien.» En consecuencia, se insistía ante los sacerdotes para que aconsejaran a los vecinos en el sentido expresado, siguiéndose de este modo la mayor satisfacción para sus almas y gran beneficio a esa tierra.

Tal el fondo de moral y de equidad enseñada por teólogos y juristas que palpitaba en la legislación de Indias. Uno de ellos, del siglo XVII, alcanza a afirmar que donde no hay caridad no puede haber justicia.

2.° La influencia de los teólogos y juristas del siglo XVI fué esclarecedora sobre los justos y legítimos títulos de España a la dominación de Indias y el advenimiento del nuevo derecho de gentes [6].

Los reyes de Castilla reconocieron el supremo derecho del Pontífice romano, pero hicieron además la exposición del propio derecho a la posesión de las Indias, fundado en otros títulos.

La Real Cédula por la que se declaraban incorporadas las Indias a la Corona de los reyes de Castilla—de 14 de septiembre de 1519—(Ley I, tít. I, Lib. III de la Recopilación de 1680), reiterada en diversas oportunidades, dice: «Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos somos Señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra Firme del Mar Océano descubiertas y por descubrir y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla. Y porque es nuestra voluntad y lo hemos prometido y jurado, que siempre permanezcan unidas para su mayor perpetuidad y firmeza prohibimos la enage-

---

6. El historiador JUAN MANZANO MANZANO concreta en cinco planteamientos o soluciones el problema de los títulos de la dominación de Indias:

a) Planteamiento pontifical.

b) Solución pactista, en que estudia a Francisco de Vitoria y sus «*Relecciones*», Bartolomé de las Casas ante la Junta de Valladolid de 1542, el emperador ya dispuesto a abandonar las Indias, el contrato político en la etapa legal de 1543.

c) Planteamiento ecléctico, la última gran polémica de Sepúlveda y Las Casas.

d) Solución realista, la repercusión de las disputas sobre el justo título en las Indias.

e) El planteamiento definitivo, la doctrina de Solórzano Pereira y la Ley 1.ª del título 1.° del libro III de la *Recopilación* de 1680.

(«*La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*». Madrid, 1948.)

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

nación de ellas. Y mandamos que en ningún tiempo puedan ser separadas de nuestra Real Corona de Castilla, desunidas ni divididas en todo o en parte ni sus Ciudades, Villas ni Poblaciones, por ningún caso, ni en favor de ninguna persona. Y considerando la fidelidad de nuestros vasallos y los trabajos que los descubridores y pobladores pasaron en su descubrimiento y población, para que tengan mayor certeza y confianza de que siempre estarán y permanecerán unidas a nuestra Real Corona, prometemos y damos nuestra fe y palabra Real por Nos y los Reyes nuestros sucesores, de que para siempre jamás no serán enagenadas, ni apartadas en todo o en parte, ni sus Ciudades, ni Poblaciones por ninguna causa o razón o en favor de ninguna persona; y si Nos o nuestros sucesores hiciéremos alguna donación o enagenación contra lo susodicho, sea nula, y por tal lo declaramos.»

Algunos teólogos desconocían el derécho pontificio y discutieron, por tanto, que el origen de la posesión de las Indias en favor de los reyes de Castilla pudiera fundarse en la mencionada concesión de la Santa Sede. Destácanse entre éstos Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria.

La teoría de Bartolomé de las Casas tenía por fundamento la fé cristiana, considerando que la religión católica no era compatible con otras, «sino el credo necesario que condicionaba la salvación de todo hombre». De allí su virtud expansiva, que autorizaba en la teoría de Las Casas la prolongación en América de las jurisdicciones europeas, religiosas y civiles, las cuales debían quedar estrictamente subordinadas a la fe, causa y razón de su existencia, como se ha dicho, justificándose la potestad de la Iglesia sobre todos los infieles del orbe, sin necesidad de llegar a la tesis del dominio temporal que sostuvo el Ostiense, pero alcanzaba, en Las Casas, un amplio margen como jurisdicción cuasi civil en orden a la espiritual.

Vitoria enseñaba que si Jesucristo no tuvo dominio temporal, mucho menos lo tiene el Papa, que es su Vicario. El dodominio sólo podía corresponderle por derecho natural, por derecho divino o por derecho humano. Y por ningún concepto lo tiene. «Lo que el Señor dijo a San Pedro: *Apacienta mis ovejas*, muy claramente muestra que se trata de dominio espiritual,

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

no de dominio temporal. Otra prueba de que el Papa no es señor universal de todo el mundo: el Señor dijo que al fin de los tiempos *se hará un solo rebaño bajo un solo pastor*, de donde sobradamente se ve que ahora no somos todos ovejas de un solo rebaño.»

Luego de desarrollar el punto de que no toda la potestad de Cristo la transmitió al Papa, observa que, supuesto que el Papa tuviera tal poder secular universal sobre todo el mundo, no podría darlo a los príncipes seglares, pues sería anexo al Papado. Pero el Papa goza del poder temporal en orden a su poder espiritual; es decir, en cuanto es necesario para la recta administración del orden espiritual.

En consecuencia, no podía alegarse en favor de la dominación de las Indias que el Papa les haya dado como señor absoluto, y, por tanto, los españoles que primeramente navegaron hacia tierras de bárbaros ningún título llevaban para ocupar sus provincias.

Entre los «otros justos y legítimos títulos» de los reyes de Castilla a la dominación de las Indias, los tratadistas mencionan los siguientes:

Dios—que da y quita los imperios queriendo que sean instables—otorgó el Nuevo Orbe a los Reyes de Castilla, siendo muchos los divinos impulsos, inspiraciones y revelaciones con que fué incitando a los Católicos Reyes a que acometieran estas empresas. Tal voluntad divina, para algunos autores, fué evidente en la felicidad y facilidad con que se llevó a cabo, entre otras razones, por los muchos y sorprendentes milagros y apariciones (producidos particularmente en lo más difícil de las batallas) de Nuestra Señora de Santiago y de San Pedro.

El descubrimiento hecho por los castellanos al ocupar esas tierras, título fundado en el derecho natural. Pero como se encontraban habitadas en el momento del descubrimiento, la cuestión trasladábase a saber y probar las causas justas en virtud de las cuales se puede hacer la guerra a los indios infieles, reducirlos y, por tanto, poseer por derecho natural, de guerra y de gentes, todo lo conquistado. Son causas justas: si los indios ocupan las tierras de los cristianos; si pecando profanan la fe de Cristo; si blasfeman contra la Iglesia; si impiden la predi-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

cación; si atacan para libertar los inocentes cuya defensa exige la ley divina.

La barbarie e incultura de los indios era el tercer título invocado, considerando «que apenas merecían el nombre de hombres» y necesitaban quienes los elevasen a la condición humana. Así también explicaban los autores la justicia de las conquistas de los romanos porque dominaron a los pueblos bárbaros. Vinculada a esta cuestión enlázase otra no menos importante: la de saber si los indios carecían o no de razón, si eran tan bárbaros que debían ser tenidos más como bestias que como hombres, comparándose en la Sagrada Escritura a los que llegan a tanta inferioridad a los leños y a las piedras.

Invocábanse asimismo los abominables vicios que dominaban entre los indios, como la idolatría, con sacrificios a sus ídolos, la antropofagia, sodomia e incesto, la embriaguez, la tiranía...

Vitoria estudió ampliamente este problema. Con razón se le destaca como precursor de la ciencia del Derecho de Gentes, creada por Grocio en el siglo siguiente, pues como se sabe es Grocio mismo quien cita a Vitoria como teólogo que ha consultado en primer término.

Examina el eminente teólogo los títulos que él estima ilegítimos, pero comúnmente invocados como justos, entre los cuales recuerda:

Que el emperador es señor del mundo; que el Papa es monarca universal; que la invención da derecho a lo hallado; que se podía hacer la guerra a los indios por pecados mortales.

En cambio, para Vitoria los legítimos títulos a la dominación de las Indias son los dos que se enuncian a continuación, aparte otros de menos importancia.

La sociedad y comunicación natural, la libertad de puertos y de mares, por cuya virtud los españoles tienen derecho de recorrer aquellas provincias y de permanecer allí, sin que les hagan daño alguno los bárbaros y sin que puedan prohibírselo, pues todas las naciones consideran inhumano recibir mal sin causa justa a huéspedes y peregrinos, a no ser que obraran mal al llegar a tierra ajena. Si los bárbaros quieren impedir a los españoles todo lo que pueden hacer, como el comercio y otras cosas, que es de derecho de gentes, deben éstos, primero, evitar el

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

escándalo con razones y mostrarles que no han ido allí para hacerles mal, sino que quieren ser sus huéspedes, según aquello de los sabios es intentarlo todo, primero con palabras, y si los bárbaros no se aquietan pueden éstos defenderse, porque es lícito rechazar la fuerza con la fuerza. En consecuencia, si los españoles no pueden conseguir seguridad de parte de los bárbaros sino ocupando sus ciudades y sometiéndolos, también esto les es lícito hacer.

El segundo título es el de la propagación de la religión cristiana acerca del cual afirma que los cristianos tienen el derecho de predicar y anunciar el Evangelio entre los bárbaros, que aunque esto es lícito a todos, no obstante pudo el Papa confiar el negocio a los españoles y prohibirlo a los demás, porque aunque el Papa no sea señor temporal, sin embargo tiene poder sobre las cosas temporales en orden a las espirituales, pues correspondiéndole especialmente la divulgación del Evangelio por todo el mundo, si los príncipes españoles podían más cómodamente dedicarse a este objeto, pudo confiárseles a ellos y prohibirlo a los demás [7].

3.° Igualmente orientadora fué la influencia de los teólogos y juristas en el derecho político indiano.

La compleja estructura institucional de Indias hizo imposible el gobierno absoluto. Ninguna autoridad detentaba todo el poder y éste se desprendía de la fuente nominal del Rey, desplegándose en una vasta organización, en la que cada una de sus autoridades defendía celosamente sus propias prerrogativas.

---

7. Explica HINOJOSA: «La cuestión del título que autorizó a los reyes de España para la conquista del nuevo Mundo, suscitada por nuestros teólogos con motivo del descubrimiento de América, asunto predilecto de sus disquisiciones, ha preocupado también a los autores de derecho internacional de nuestros días, sin que hayan logrado hasta ahora encontrar una solución definitiva y uniforme. Al discurrir sobre si los Estados civilizados pueden emplear la fuerza para obligar a los pueblos salvajes a abrir sus fronteras y sus puertos a las relaciones exteriores, mientras unos resuelven la cuestión negativamente, fundándose en que entre las naciones civilizadas y las bárbaras no hay vínculo ninguno de comunidad, y no puede haber derechos ni deberes mutuos respecto a la comunicación internacional, otros, como nuestros teólogos, las resuelven en sentido afirmativo, recomendando que no se apele a la violencia si no es motivada por la conducta de los salvajes.»

INICIO | SUMARIO AÑO 1953 | BUSCAR EN EL DOCUMENTO | SALIR

Los reyes de España no desempeñaron un poder absoluto en el gobierno de Indias. En su nombre intervenían instituciones organizadas jurídicamente, en la Metrópoli y en el Nuevo Mundo.

Solórzano, al ocuparse del Supremo Consejo de las Indias y de su autoridad, jurisdicción y consultas, se extiende en consideraciones de gran valor moral, afirmando que, no sólo en las consultas de los oficios, sino en los demás negocios en que tuvieren que opinar ante el rey, los consejeros debían proceder con atención, celo y libertad cristiana, diciéndole en todo lo que entendiesen ser más justo y conveniente a su bien y al de sus vasallos, aun cuando pudieran entender que haya mostrado alguna propensión en contrario. Continúa afirmando el autor citado que así había que expedirse, aunque se oponga la voluntad del Rey, y «aunque por entonces les cause algún desabrimiento», terminando por declarar «que los aduladores deben ser tenidos y castigados más que los detractores y calumniadores» [8].

Se mandó en las Instrucciones del segundo viaje de Colón, no sólo la conversión de los indios, sino también el trato a quienes desde ese momento se declaraba como personas, sujetos del derecho, que debían ser considerados «muy bien y amorosamente, castigándose mucho a quienes les trate mal».

Colón envió indios a España, después del segundo viaje, para ser vendidos, de acuerdo con la doctrina del Estagirita *de que había siervos a natura* por su corta inteligencia.

Se autorizó su venta el 12 de abril de 1495, pero la Reina Isabel, previa consulta de teólogos y letrados, ordenó que los indios no se podían negociar y que se enviasen libres a las Indias.

Esa Real Cédula, de 20 de junio de 1500, existente en el Archivo de Indias de Sevilla, dirigida a Pedro de Torres, dice así:

«Ya sabéis como por nuestro mandado tenedes en vuestro poder en secuestración o depósito algunos indios de los que fueron traídos de las Indias o vendidos en esta Cibda a su Arzobispado y en otras partes de esta Andalucía por mandado de

8. Juan de Solórzano Pereira, *Política Indiana*, Amberes, 1703, página 465.

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

nuestro Almirante de las Indias, los cuales agora Nos mandamos poner en libertad, e habemos mandado al Comendador Frey Francisco de Bobadilla que los llevase en su poder a las dichas Indias...»

Pedro de Torres deja constancia que en consecuencia había entregado, los indios que tenía, al Mayordomo del Arzobispado de Toledo, por mandato de la Reina, salvo un mozo entregado a Bobadilla. Tenía en depósito veintiún indios. De éstos quedó uno enfermo en San Lúcar y una niña, que por su propia voluntad se quedó en casa de Diego de Escobar para ser educada. Así se restituyeron a sus países diecinueve indios, de los cuales diecisiete eran varones.

En esta resolución dictada a impulsos de la Reina Isabel, llamada con razón «la madre de los indios» por el abate Juan Nuix, están los gérmenes de dos leyes ejemplares de Indias: la que ordenaba «que los indios no sean traídos a estos Reinos ni mudados de su naturaleza», aunque ellos quieran venir (Libro VI, Tít. I, Ley XV), y la que declaraba que los indios sean libres y no sujetos a la servidumbre... y que nadie fuera osado de cautivar indias de nuestras Indias... aun en guerra, aunque sea justa y hayan dado y den causa a ella...» (Lib. VI, Tít. I, Ley I). Tal es la trascendencia de esa resolución profética del 20 de junio del año 1500, una fecha memorable en la historia, que igualmente se proponía libertar a los indios de la esclavitud de los descubridores que libertarles de la tiranía y servidumbre en que antiguamente vivían [9].

Con respecto a la tiranía indígena, el oidor Juan de Matienzo, en el «Gobierno del Perú», demostraba que sus soberanos no eran Reyes naturales del Perú, por su origen y por excesos en el ejercicio del mando, conforme a la distinción fijada en las Partidas. Enuncia los títulos de la dominación española en Indias, y aunque cada uno de ellos era suficiente «bastaría para fundar que el Reyno del Perú fué justamente ganado y tiene a él

---

9. JUAN DE MATIENZO, *Gobierno del Perú*, Buenos Aires, 1910, primera parte, parágrafo 7.º, que trata «De la tiranía de los caciques y de sus malas costumbres y del remedio para ellos», y JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, cit., pág. 120.

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

Su Magestad muy justo título, la tiranía de los Incas que está dicha. Y así, fué justa la prisión de Atahualpa por Pizarro y su gente y por librar aquellos indios y sus Reyes naturales de la tiranía en que estavan y justamente pudieron por ello hazerles guerra». Matienzo insistía en que no obstaba el hecho de que los indios estuvieran contentos y no pidieran ayuda a los españoles, porque como estaban oprimidos no podían declarar libremente su voluntad.

De las informaciones que mandó levantar el Virrey Francisco de Toledo resultaba que los reyes y caciques de los indios no eran señores naturales, sino modernos conquistadores que habían usurpado el poder, destruyendo las afirmaciones del Padre Las Casas.

De la tiranía de los indios se ocuparon las Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571, disponiéndose en una de sus importantes leyes «que los dichos indios entiendan la merced que les deseamos hacer y conozcan que el haverlos puesto Nuestro Señor devajo de nuestra protection y amparo assido por bien suyo y para sacarlos de la tirania y servidumbre en que antiguamente vivian» [10].

La palabra libertad se repite sin cesar en las Leyes de Indias como uno de los fines cuya realización garantiza el Estado, palabra a la que se refieren los teólogos y jurisconsultos y que naturalmente, siendo la misma en su forma, ha cambiado de contenido con los tiempos.

Solórzano se ocupa de la libertad en repetidas ocasiones. Unas veces sigue a Aristóteles para definirla como la facultad natural de hacer de sí un hombre lo que quisiere; pero que se suele perder con la demasiada libertad, consistiendo la verdadera en que todos seamos siervos de las leyes y ayudemos al bien común. Después alude al estudio de la libertad en el Derecho privado, la que se requiere en los contratos, la de matrimonio y la que deben ejercer los jueces [11].

Los conceptos entonces imperantes de la libertad humana

10. JUAN MANZANO MANZANO, *La incorporación de las Indias a la corona de Castilla*, cit., pág. 265.

11. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, cit., págs. 37, 422, 521, etc.

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

y de la igualdad ante la ley comenzaban a tener no sólo un significado doctrinario, sino práctico, en las nuevas aplicaciones a que daban lugar las sociedades, en formación, hispanoindianas.

En las Instrucciones a Ovando, de 1503, se registra la declaración según la cual el gobernador debía empeñarse en consagrar el matrimonio de españoles e indígenas, estableciéndose así el principio de la igualdad entre ambas razas y la legitimidad de la unión entre ellas. Imperaba entonces, con el concepto de la esclavitud aristotélica, el derecho de extinguir las razas inferiores, como se hizo en el siglo siguiente con naturales de la América del Norte.

Otras leyes de Indias que honran a España, como las anteriormente citadas, son elevadas expresiones del pensamiento de teólogos y juristas.

Una es la que afirma el matrimonio de españoles e indígenas (Lib. VI, Tít. I, Ley II), que dice así: «Es nuestra voluntad que los indios e indias tengan como deben entera libertad para casarse con quien quisieren, así con indios como con naturales de estos nuestros reinos o españoles nacidos en las Indias y que en esto no se les ponga impedimento. Y mandamos que ninguna orden nuestra que se hubiere dado o por Nos fuere dada, pueda impedir ni impida el matrimonio entre los indios e indias con españolas o españoles y que todos tengan entera libertad de casarse con quien quisieren y nuestras autoridades procuren que así se guarde y cumpla.»

De la ley que manda abolir la guerra a los indios, debe decirse en primer término que todo el título IV del libro III de la Recopilación de 1680, que comprende treinta leyes, está dedicado a la guerra y que la ley IX ordena: «Establecemos y mandamos que no se pueda hacer ni haga guerra a los indios de ninguna Provincia para que reciban la Santa Fe Católica o nos den la obediencia ni para otro ningún efecto y si fueren agresores y con mano armada rompieren la guerra contra nuestros vasallos, poblaciones y tierra pacífica, se les hagan antes los requerimientos necesarios una, dos y tres veces, y las demás que convengan, hasta atraerlos a la paz que deseamos, con que si estas prevenciones no bastaren, sean castigados como justa-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

mente merecieren y no más; y si habiendo recibido la Santa Fe y dádonos la obediencia, la apostataren y negaren, se proceda contra apóstatas y rebeldes conforme a lo que por sus excesos merecieren, anteponiendo siempre los medios suaves y pacíficos a los rigurosos y jurídicos. Y ordenamos que si fuere necesario hacerles guerra abierta y formada, se nos dé primero aviso en nuestro Consejo de Indias con las causas y motivos que hubiere para que Nos proveamos lo que más convenga al servicio de Dios Nuestro Señor y nuestro»[12].

Trasciende en las Leyes de Indias citadas, el pensamiento que exaltó la Teología del siglo XVI, según el cual debía «anteponerse siempre los medios suaves y pacíficos a los rigurosos y jurídicos» y que había tenido una manifestación conmovedora en la cláusula del maravilloso testamento de la Reina Isabel que pasó a ser la Ley I, Título X del Libro VI, denominada «Del buen tratamiento de los indios», ordenando la cristianización, justicia y respeto para con los indios de América, a cuyo fin encargaba al Rey y a los herederos, que así lo hicieran: "Que este sea su principal fin a que en ello pongan mucha diligencia e no consientan ni den lugar que los indios vezinos e moradores de las dichas Indias e Tierra Firme, ganadas e por ganar, reciban agravio alguno en sus personas ni bienes, mas manden que sean bien e justamente tratados e si algún agravio han recibido lo remedien e provean...»

Palabras de su codicilo de 23 de noviembre de 1504, tres

12. Se omiten en las leyes citadas de la Recopilación de 1680, los antecedentes de los Reyes Católicos.

En lo concerniente a la guerra con los indios, la ley de la Recopilación recuerda como antecedente más antiguo la Real Cédula del emperador Carlos, de 1523. El *Cedulario de Diego de Encinas* (T. IV, pág. 226, reedición facsimil. Ediciones Cultura Hispánica) inserta el *Requerimiento de Palacios Rubios*; y en el *Libro Primero de la Recopilación de Solórzano de* 1622 (tomo primero, pág. 138, edición del Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1945) se hace referencia diciendo que esa ley «se saca del requerimiento que en tiempo de los Reyes Católicos y después se iba dando a los descubridores». Con respecto al matrimonio de españoles e indígenas, la ley citada de la Recopilación de 1680 sólo menciona como antecedente más antiguo a Fernando y doña Juana, Real Cédula de 1514, siguiendo al *Cedulario de Encinas* (T. IV, pág. 271) y a ENCINAS le sigue SOLÓRZANO en el *Libro Primero* citado (T. I., pág. 138).

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

días antes de su muerte, que revelan la belleza moral de su alma, inundada de luz y de fe.

Imposible seguir la abundante historia de las Juntas de Teólogos, que comienza con la reunida en Burgos en 1512, que dictó treinta y dos leyes famosas.

El Obispo de Darien, Fray Juan Quevedo, sostenía que los indios eran siervos *a natura*. El Padre Las Casas probaba, conforme a la Teología y el Derecho, que la fe se adapta a todas las naciones del mundo y a todos igualmente recibe sin quitar a nadie su libertad. Su concepto de la libertad le inspiraba el repudio de la doctrina del Estagirita, sintetizada en la página de la *Política*, en que afirma que existen seres esclavos por naturaleza, para quienes la esclavitud es tan útil como justa; y le apartaba de Santo Tomás, quien admitió que la esclavitud no era del derecho natural, pero resultaba conveniente para muchos seres. El Papa Paulo III había proclamado la teoría de la libertad del indio, al dictar en 1537 la famosa bula conforme a la cual los indios eran verdaderos hombres, no podían ser privados de sus bienes ni sometidos a servidumbre. Esta bula tuvo gran repercusión social y fué una expresión alentadora para la lucha contra la esclavitud indígena.

En España, a partir de 1539, Las Casas intervino en todas las cuestiones que se trataron en Juntas de teólogos para el mejor gobierno de las Indias. Al año siguiente escribía el famoso alegato «Brevísima relación de la destrucción de las Indias», que se publicó en Sevilla en 1552. Pero en 1542 se habían dictado las Nuevas Leyes, conforme a las cuales se abolieron las encomiendas.

Es posible que en ese momento histórico, ante la argumentación impresionante del P. Las Casas y otros teólogos, el Emperador haya manifestado su voluntad «de dejar estos Reinos» devolviéndolos a sus antiguos poseedores.

La intervención de teólogos de distinta opinión del Padre Las Casas, y especialmente Vitoria, ha influído para que Carlos V desistiera de sus propósitos.

Consideraba el profesor salmantino que el Emperador no debía abandonar estas Provincias, aunque faltaran títulos legítimos: «Primeramente, el comercio no conviene que cese, por-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

que, como ya se ha declarado, hay muchas cosas en que los bárbaros abundan, que pueden por cambio adquirir los españoles. Además, hay muchas también que ellos las tienen abandonadas o que son comunes a todos los que las quieran utilizar; y los portugueses tienen mucho comercio con semejantes gentes que no conquistaron y sacan gran provecho. En segundo lugar, quizá no fuesen menores los intereses del Rey, porque sin faltar a la equidad ni a la justicia, podría imponerse un tributo sobre el oro y plata que se importe de los bárbaros, o la quinta parte o aún mayor, según la calidad de la mercancía... En tercer lugar, es claro que después que se han convertido allí muchos bárbaros, ni sería conveniente ni lícito al Príncipe abandonar por completo la administracción de aquellas Provincias». El Emperador tenía especial consideración por Vitoria, y es posible, como dice un autor [13], que no parece dirigida contra él la carta al Prior de San Esteban de Salamanca, de 10 de noviembre de 1539, «ordenándole haga callar a los frailes que en público y privado discuten los derechos del Rey a las Indias, a la vez que le ordena recoger sus escritos y remitírselos».

Juan Ginés de Sepúlveda, educado en la Universidad de Alcalá de Henares, era partidario de la teoría de Aristóteles y tradujo al latín algunas de sus obras, entre otras la *Política*. Su concepto acerca de la justicia de la guerra contra los indios de América aparece en «Democrates Secundus», escrita en 1547. Afirmaba «que siendo los indios, naturalmente, siervos, bárbaros, incultos e inhumanos, si se negaban, como solía suceder, a obedecer a otros hombres más perfectos era justo sugetarlos por la fuerza y por la guerra, a la manera que la materia se

13. ALFONSO GARCÍA GALLO, *La posición de Francisco de Vitoria ante el problema indiano. Una nueva interpretación*, en «Revista del Instituto de Historia del Derecho», de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, núm. 2, Buenos Aires, 1950, pág. 62. Véase del mismo autor *La aplicación de la doctrina española de la guerra. Datos para su estudio*, en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, T. XI, Madrid, 1934. Entre las publicaciones de la «Fundación Vitoria y Suárez» figura el volumen *La conquista de América y el descubrimiento del moderno derecho internacional. Estudios sobre las ideas de Francisco Vitoria*, Buenos Aires, 1951.

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

sujeta a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, lo peor a lo mejor». Ginés de Sepúlveda representa el espíritu del Renacimiento, vigoriza la tesis aristotélica y en él se perciben influencias de Maquiavelo.

Las Casas escribió la «Apología» impugnando a Sepúlveda. Hacia 1550 Carlos V reunió «la famosa Junta de los Catorce», llamada así por estar integrada de ese número de doctores presidida por el teólogo y jurisconsulto, Fray Domingo de Soto, de renombre por sus avanzadas ideas en favor de los indios, y aun de los negros, habiendo llegado a condenar enérgicamente la trata de esos seres humanos.

Se preparó un resumen de la disputa por encargo de la Junta. La cuestión concreta, a saber, era si podía considerarse lícito al Rey hacer la guerra a los indios antes que se les predicase la fe, para someterlos a su imperio, y que después de sometidos podrían más fácil y cómodamente ser adoctrinados.

El doctor Sepúlveda sustentaba la afirmativa, el Obispo de Chiapa la negativa. En esta polémica se habían rozado cuestiones de orden político como la relativa a establecer los títulos legales a la dominación de las Indias, imputándose a Las Casas la teoría que negaba el señorío de los reyes de Castilla, grave razón por virtud de la cual no se produjo decisión alguna.

En la contienda entre Sepúlveda y Las Casas, Francisco Vitoria estuvo al lado de este último, afirmando la libertad de los indios.

4.° De lo expuesto se desprende que la legislación dictada para América en el siglo XVI y hasta llevarse a cabo la recopilación de 1680 al término del siglo XVII, es obra realizada principalmente bajo la influencia de juristas y teólogos que, aparte haber impulsado la elaboración del derecho del Nuevo Mundo, intervinieron en su renovación y mejoramiento.

Como hombres de leyes que eran afirmaron la necesidad de implantar en las Provincias una administración ordenada y bien atendida, una dirección técnica y un gobierno jurídico y no de fuerza.

Matienzo proclamaba la conveniencia de que los gobernantes de Indias «sean letrados o cavalleros principales, sabios y prudentes, y no principales ni grandes señores, porque estos yen-

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

do por virreyes no temen aunque hagan algún exceso por el gran favor que tienen ; gastan más de la Real Hazienda, lo qual no se atreve a hazer un pobre cavallero o letrado, lleva un virrey muchos cavalleros y personas principales por criados, que cada uno de ellos piensa que el Perú es poco para él» [14].

Consideraba Solórzano que los Virreyes del Nuevo Mundo debían tomar consejo de los hombres «que lo sean de aquella tierra y tengan más experiencia» [15]. Estimaba complejo el gobierno de la sociedad indiana, donde se experimentan «repentinas y peligrosas mudanzas, se ignoran las leyes municipales o no ay las que basten para todos los casos, y si nos queremos valer de las romanas o de las de Castilla, repugnan con las que de antiguo tuvieron los naturales». Los nombrados juristas afirmaban que debían enviarse al Nuevo Mundo en carácter de virreyes «a hombres Togados, versados y experimentados en los Supremos consejos» y no a «Cavalleros de capa y espada y Señores de Título».

Llámo la atención acerca de este hecho fundamental: fueron juristas como Matienzo, Ovando, Pinelo, Solórzano, quienes vislumbraron el porvenir revolucionario de las Indias, no sólo porque se enviaban a América, muchas veces, mandones sin escrúpulos en vez de magistrados probos, o porque se hablaba y escribía acerca de algunas regiones de las Indias, sin conocerlas, sino porque se desplazaban a los criollos de la administración, se les repudiaba moralmente y apenas los juzgaban dignos del nombre de racionales, como observó el último de los nombrados.

Teólogos indianos fueron defensores de los indios y los juristas indianos fueron abogados de los españoles americanos y reclamaron la «igualdad» efectiva—reconocida en dehecho—con los españoles europeos. Una de las causas más graves de la rebelión emancipadora de 1810, fué esta injusta «desigualdad» de hecho entre peninsulares, criollos, indios y de otras castas.

El siglo XVIII ya no es la época de la Teología y del Dere-

14. JUAN DE MATIENZO, *Gobierno del Perú*, cit., pág. 117.
15. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, cit., pág. 447.

INICIO SUMARIO AÑO 1953 BUSCAR EN EL DOCUMENTO SALIR

cho—que había cumplido una misión de orden espiritual inspirando la legislación y despertando la conciencia a las nuevas ideas—, sino el de la enciclopedia general, y para España, más especialmente, el de los economistas hispano-indianos, que llamaba a los hombres a la acción pública.

La revolución de 1810 tiene su proceso vernáculo y su «declaración de los derechos referentes a la igualdad y libertad y se inspira en gran parte en los principios enunciados por los teólogos, juristas y economistas hispano-indianos de los siglos XVI, XVII y XVIII y en la influencia universal de los enciclopedistas.

Si se tienen presentes las anteriores conclusiones—expuestas sintéticamente—, el estudioso comprende el hecho trascendental de la unidad y continuidad de la tradición jurídica hispano-indiana y de la influencia constante de la historia de las ideas en la historia de la legislación y sus instituciones.

Tal comprobación revela asimismo el origen y naturaleza jurídica de la Revolución emancipadora de 1810, de que son muestras elevadas los debates y escritos famosos a que dió lugar, que inspiraron al hombre de derecho, el joven jurisconsulto doctor Mariano Moreno, formado en la Universidad de Charcas y en la Academia Carolina, la afirmación, hecha en 1809, de que la igualdad de las provincias europeas y americanas era «una prerrogativa que, según las leyes fundamentales de las Indias, nunca debió desconocerse».

Al mismo publicista pertenecen estas palabras que explican la acción descollante de los letrados en el proceso de la Revolución: «Nada se presenta más magnífico a la consideración del hombre filósofo, que el espectáculo de un pueblo que elige sin tumultos personas que merecen su confianza y a quienes encarga el cuidado de su gobierno. Buenos Aires había dado una lección al mundo entero por la madurez y moderación con que el Congreso General (el Cabildo abierto del 22 de mayo) se examinaron las grandes cuestiones que iban a decidir de su suerte...»

Ricardo LEVENE