

ESTUDIO INTRODUCTORIO

“Fue desde el descubrimiento de las Indias privativo derecho de los españoles la contratación con aquellas colonias y la libertad de residir en ellas”.¹ Así comienza Rafael Antúnez y Acevedo, uno de los principales doctrinarios del derecho de Indias de finales del siglo XVIII, la quinta y última parte de su obra, *Memorias históricas*, donde toca todos los temas referentes a comerciantes naturales y extranjeros en Indias.

Que eso no fue del todo exacto en la realidad, es un hecho indiscutible. Sin embargo, la Corona de Castilla procuró limitar, a través de la norma, la posibilidad que tuvieron los extranjeros de acceder a los territorios ultramarinos, ya fuera cerrando del todo el paso, ya dificultando la obtención de la correspondiente naturaleza o licencia de paso. Asimismo, promulgó una serie de restricciones para la participación en la vida económica, religiosa, política y militar a la que dichos extranjeros podían aspirar, en sus posesiones americanas.

La promulgación de la normatividad en materia de extranjería no siguió, en ninguna época del periodo indiano, criterio alguno ni se adscribió dentro de algún proyecto político concreto. Al igual que el propio derecho indiano, se fue emitiendo en función de las circunstancias históricas que se fueron presentando. La consecuencia fue una dispersión de las disposiciones, y, por ello, un desconocimiento del alcance regulatorio para esta materia. Tal circunstancia ha generado que los especialistas consideren este ámbito jurídico como secundario, supeditado a un campo de estudio de mayor envergadura. Por esta razón, el objetivo principal de esta investigación fue elaborar un estudio sistematizado de toda la normativa castellana relacionada con el conglomerado de extranjeros durante el periodo comprendido de 1492 a 1680. No es una mera enumeración de leyes, conforme fueron apareciendo, sino una ordenación analítica de la legislación, destacando la naturaleza de los conceptos, identificando principios y proponiendo una

¹ Antúnez y Acevedo, Rafael, *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias en las Indias Occidentales*, edición facsimilar de la edición de 1797; estudio preliminar de Antonio García-Baquero González, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 268.

posible lógica regulatoria. El resultado de la investigación pretende ofrecer una herramienta valiosa para la historia del derecho indiano y para sus especialistas: un estudio histórico del derecho de extranjería en Indias.

Entendemos por derecho de extranjería el conjunto de normas que definen la categoría jurídica de extranjero, así como los derechos y obligaciones relativos a la movilidad, permanencia y actividades de quienes actualizaban dicha categoría.

La extraordinaria riqueza del tema nos llevó a plantearnos, desde un inicio, la naturaleza misma de nuestro estudio (o en términos técnicos, el método de análisis investigativo), que es la histórico-jurídica. Esto significa que la aportación de esta obra, desde el punto de vista histórico, se limitará a valorar críticamente los procesos sociopolíticos del periodo en cuestión —y en este sentido nos referimos a los acaecidos en la metrópoli, toda vez que es ella la que genera la legislación—, en tanto hayan influido directamente en la producción normativa de la figura que nos ocupa; esto es, las circunstancias específicas de la época que pudieron influir en la normatividad relativa a la extranjería, apelando para ello a los datos proporcionados por los estudios históricos más relevantes en la materia. De ninguna manera pretende agotar el análisis histórico, ni del periodo, ni de los productos normativos en su totalidad, ni respecto del ámbito indiano, y mucho menos respecto del Antiguo Régimen. La razón determinante para ello se deduce de nuestro propio objeto de estudio: estamos analizando una institución jurídica —el extranjero o la extranjería—, cuyo tratamiento será extraído directamente de las cédulas, o bien de las obras que compilaron la legislación, las cuales, por supuesto, requieren de una contextualización histórica; pero el objetivo no es el contexto, sino la institución jurídica en sí misma. Aunado a ello, pretender agotar el estudio histórico de todo el periodo de dominación española en Indias que acotamos (1492-1680), aunque se circunscribiera únicamente a la extranjería, sería un planteamiento a todas luces equívoco desde el punto de vista metodológico, dadas las dimensiones del ámbito temporal que ello implica.

La obra, además, se adentra no sólo en la norma, sino en los principales autores de la literatura jurídica de la época,² en tanto constituye, la literatura jurídica, una de las fuentes normativas principales del derecho indiano;

² Entendemos literatura jurídica como “el conjunto de obras —impresas indistintamente en la península ibérica, en el resto de Europa o en Indias— en las que los autores —juristas o no juristas, peninsulares o indianos— exponen su opinión y analizan cuestiones de derecho relativas exclusivamente a la legislación y al sistema jurídico indiano”. Luque Talaván, Miguel, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, Biblioteca de Historia de América, CSIC, 2003, p. 108.

de esta manera, podemos referirnos a un estudio verdaderamente de derecho y no sólo de leyes. En palabras de García-Gallo: “El estudio jurídico del Derecho lleva consigo, sin duda alguna, la consideración estática del mismo en cuanto sistema, y en esta no puede cederse en modo alguno. La consideración histórico-jurídico del Derecho ha de compaginar y conciliar el estudio del sistema y de su evolución, sin menoscabo de ninguna de las dos perspectivas”.³

Toda investigación nace de la curiosidad. En esa lógica, las preguntas medulares que incitaron y guiaron este libro fueron las siguientes: ¿a quiénes se les imputaba la condición de “extranjero” durante el periodo indiano? ¿Cuáles eran los derechos y obligaciones especiales de los extranjeros respecto de la entrada, permanencia y salida de Indias? ¿A qué restricciones estaban sujetos? ¿Cómo se desarrollaban los procedimientos legales a los que se vieron sometidos? ¿Qué se pretendía, desde la óptica del derecho, con dichas regulaciones? ¿Qué facultades tenían los órganos de regulación indios respecto de este colectivo? ¿Cuáles fueron las figuras jurídicas propias que nacieron dentro de este contexto normativo, y, de haberlas, cuáles fueron sus características formales y materiales?

Las respuestas obtenidas se agruparon en dos áreas generales, que estructuran las partes de este libro, y que comentaremos, en este momento, de forma sucinta, para precisarlas, más adelante.

La primera de dichas áreas se refiere al tipo legal denominado “extranjero”. En ese extenso apartado, se llevó a cabo la revisión de los antecedentes legales en el derecho castellano, remontándonos para ello a las Siete Partidas de Alfonso X, y terminando en la Nueva Recopilación de 1567. Éste fue el último cuerpo legal castellano revisado, ya que en 1492 se suscitó la llegada de Cristóbal Colón a América, y aunque el derecho indiano como tal se configuró varios años después, se emitieron, en el contexto del descubrimiento, un conjunto de documentos legales que pueden considerarse la cúspide de la pirámide normativa del derecho indiano, aun dentro del sistema jurídico del derecho castellano.⁴ A partir de este momento la revisión

³ García-Gallo, Alfonso, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*, España, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Conmemoración del V Centenario del Descubrimiento de América, 1987, p. 6.

⁴ “Hasta el siglo XVII toda ley de carácter general dictada para Castilla vale al mismo tiempo para Indias, e incluso puede derogar disposiciones dictadas especialmente para éstas. En cambio, desde 1614, y la disposición se ratifica en 1625 y 1645, las nuevas leyes que se dictan para Castilla sólo rigen en América cuando reciben el pase expreso del Consejo de Indias. El problema se plantea porque no sabemos qué disposiciones castellanas recibieron este pase del Consejo”. García-Gallo, Alfonso, “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano”, *op. cit.*, p. 25.

se centró en la documentación legal emitida para Indias, aunque estamos conscientes de que el derecho indiano no puede explicarse sin el derecho castellano, incluso cuando éste asumió un papel de derecho supletorio.⁵ La situación del Nuevo Mundo generó una legislación de extrema especificidad para el paso de extranjeros a aquellos territorios, separándose del derecho castellano, incluso precisándolo, complementándolo, para Indias, pero nunca anulándolo.⁶ En los supuestos en que el derecho castellano prevaleciera sobre el indiano, se encontrará la consecuente mención. En el caso del llamado derecho criollo o vulgar y del derecho indígena, se requiere de un estudio en los archivos nacionales de los antiguos virreinos, labor necesaria, pero aún pendiente.⁷

También se incluye en esta primera parte del libro un análisis de la configuración de la personalidad jurídica en función de la profesión de la religión

⁵ “El uso ha hecho que todos hablemos de «Derecho castellano» y de «Derecho indiano», identificando este último, casi siempre, con la legislación especial dictada para Indias. Esto no deja de ser incorrecto. Si como «indiano» queremos designar el Derecho vigente en Indias, entonces éste abarca tanto aquellas leyes especiales como las de Castilla o cualesquiera otras fuentes que rijan en la América española, incluso las costumbres indígenas”. García-Gallo, Alfonso, “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, núm. 18, 1967, p. 22.

⁶ “El indiano nunca pretendió ser un sistema completo de reglas destinadas a ordenar toda la vida jurídica de las Indias, como podría serlo el derecho moderno. Se limitó a legislar en las materias que no estaban previstas en el derecho de Castilla, y sólo más adelante se dictaron algunas grandes ordenanzas referentes a ciertas instituciones importantes. En síntesis, el indiano fue un sistema complementario, destinado a llenar los vacíos de la legislación castellana en todo aquello que no servía para afrontar eficazmente las nuevas situaciones surgidas en las regiones de ultramar. ... Consecuencia de esta situación fue que el derecho indiano sólo abordara determinados temas. Es cierto que esos temas fueron numerosos, y que la legislación llegó a ser muy abundante a medida que crecía el afán reglamentario de las autoridades. Pero subsistió, no obstante, el propósito de ordenar únicamente los problemas que no encontraban solución en el derecho existente”. Zorraquín Becú, Ricardo, “Las aspiraciones del derecho indiano y los resultados conseguidos”, *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Veracruz, 1995, p. 1771. En este sentido, coincidimos con Ricardo Zorraquín Becú en lo que toca al derecho de extranjería, quien, como se puede concluir, plantea una posición con un matiz ligeramente distinto al de García-Gallo, afirmando que el derecho indiano fue, en realidad, no un sistema que, al adquirir volumen, se desprendió del castellano y adquirió independencia plena, sino que en realidad lo complementó. Las normas de extranjería forman parte de este subconjunto de disposiciones que adquirieron particularidad, casi independencia, frente al derecho castellano, pero que efectivamente se remitieron, al menos en su lógica deóntica y en sus motivos regulatorios, a este, conformando lo que hoy podríamos llamar un sistema jurídico complejo.

⁷ “De los registros que pertenecieron a las autoridades indianas que contienen copias de las disposiciones contenidas en los registros del consejo, en su mayor parte se hallan dispersos en los Archivos de Hispanoamérica; de ellos, por lo común, no existen inventarios ni catálogos”. *Ibidem*, p. 54.

católica, para diferenciar al no católico del extranjero, así como la sistematización de las normas que habilitaban a los extranjeros, tanto para su paso a Indias como para ser considerados naturales de Castilla.

La segunda sección del libro sistematiza el contenido de las disposiciones, con base en un criterio formal —extraído de la revisión bibliográfica— diseñado en función de los intereses que protegieron, a saber: comercio, Estado y religión.

La sistematización de la legislación indiana en materia de extranjería constituye el primer eslabón de un estudio de mayor envergadura, que deberá abordar, primero, la sistematización de las disposiciones posteriores a 1680, seguida de la sistematización de los criterios judiciales extraídos de los procesos que se siguieron al momento de individualizar la norma. Un tercer momento requerirá el estudio del derecho indiano criollo y del derecho indígena, que ya comentamos. La cuarta etapa deberá abarcar el estudio de los derechos nacionales circunscritos al tema, para plantear un análisis comparativo entre la regulación indiana y la desarrollada por los Estados emancipados del siglo XIX. En la presente obra sólo se hacen menciones puntuales sobre derecho procesal aplicado a la materia de extranjería en el periodo que va de 1492 a 1680.

Finalmente, vale la pena mencionar lo que este estudio no abarca. No es una obra de filosofía jurídica, aunque, desde luego, se analizó la fundamentación del derecho de extranjería en el derecho de gentes y en el derecho natural. Tampoco es un análisis sobre demografía ni sobre patrones migratorios ni sobre movilidad social.⁸ Y no constituye una pormenorización

⁸ Estos ámbitos de estudio abarcan aspectos sociales, culturales, económicos, raciales, geográficos, entre otros muchos y diversos temas, que no coinciden con el objetivo de este trabajo ni con su naturaleza jurídica. “...las sociedades hispánicas han estado siempre en marcha; desde las movilizaciones colectivas que acompañaron la «reconquista» peninsular hasta la apertura de diversos frentes migratorios en Hispanoamérica. Una de esas expresiones es el poblamiento, fenómeno que acompañó y sucedió a la conquista en diversas latitudes del mundo hispánico. Se trata de un proceso de establecimiento y de asentamiento de aglomeraciones humanas que transcurre en un tiempo largo. En él hay temas aparentemente diferentes, como las travesías interoceánicas o la capacidad defensiva militar de las monarquías ibéricas, pero el poblamiento es, asimismo un fenómeno de frontera. Sus rasgos son perceptibles en ese umbral sujeto a avances y retrocesos. Allí tuvo lugar no sólo el enfrentamiento con las poblaciones autóctonas, sino también la incorporación de éstas y de los grupos migratorios de origen africano y asiático a la formación compleja de nuevos órdenes sociales. Por otra parte, la movilidad se entiende no sólo como movilidad en el espacio, sino como posibilidad de ascenso social. Por eso involucra aspectos tales como los conceptos de nobleza desarrollados en la España medieval, la construcción de marcadores y de barrera étnicas y sociales de identidad, los fenómenos relativos al mestizaje en general, y el predominio del comercio en las economías de las sociedades hispánicas”. Mazín, Óscar, *Una ventana*

de la actividad mercante de ciertos colectivos específicos de extranjeros (*v. gr.* flamencos, franceses, portugueses, irlandeses, chinos, etcétera) en Indias. Este es un libro de historia del derecho.

I. NATURALEZA DE LA OBRA

Toda norma se compone de cuatro ámbitos de validez: personal, temporal, material y espacial. El ámbito procedimental puede o no estar presente en la propia norma, puede delegarse en una autoridad o, incluso, en los particulares.⁹ Una forma de análisis jurídico básico, que no el único, consiste en descomponer dichos ámbitos de validez. En esencia, este trabajo se apega a esa forma básica de análisis deóntico: ¿quién es el extranjero en el derecho indiano?, ¿Desde cuándo podemos hablar de extranjeros en Indias? ¿Qué regulación específica recibían? La legislación en materia de extranjería ¿se aplicaba en todos los territorios de la monarquía castellana o existía alguna diferencia en función del criterio de validez espacial? Estos cuestionamientos generales han requerido de formulaciones específicas y apartados especiales; empero, la naturaleza deóntica de nuestra tarea no sólo está dada por el objeto de estudio, las normas, sino también por el planteamiento metodológico por el que se optó: el de la deconstrucción de los ámbitos de validez para presentar, de manera facticia, el sistema legal que reguló a los extranjeros en el periodo de estudio delimitado.

El estudio jurídico de la extranjería en el ámbito indiano requiere, como presupuesto lógico, el estudio previo del concepto jurídico de naturaleza, puesto que en el periodo que abarca de 1492 a 1680, dicho concepto se entendió, simplemente, como el contrario al de naturaleza. Tan evidente resultaba esto, que no hubo en el derecho de Indias, definición legal explícita de lo que debía entenderse por extranjero, sino hasta 1596. Esto aconteció así por la propia naturaleza del derecho indiano, que nació como

al mundo hispánico. Ensayo bibliográfico, México, El Colegio de México, t. II, 2013, p. 15. En el mismo sentido se pronuncian Elda González y Consuelo Naranjo, respecto de los movimientos migratorios y su estudio: “El análisis del fenómeno migratorio requiere una metodología interdisciplinaria que ayude a la reconstrucción de las causas y consecuencias que derivaron del mismo, así como de la vida cotidiana de los individuos que en este participaron”. González Martínez, Elda y Naranjo Orovio, Consuelo, “Aproximaciones cuantitativas y aspectos cualitativos de la emigración andaluza a Brasil y Cuba (1880-1940)”, *Andalucía y América en el siglo XX: Actas de las VI Jornadas de Andalucía y América*, Huelva, Universidad de Santa María de la Rábida, marzo, 1986, p. 245.

⁹ Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, México, UNAM, 1988, pp. 215 y 216.

un derecho especial dentro del castellano. Así, las definiciones legales las proporcionaba el derecho de Castilla, sin que el indiano haya tenido necesidad de articular ese apartado teórico-normativo. Siguiendo al maestro Tomás y Valiente, el derecho indiano tuvo que desarrollarse hasta la etapa de consolidación para que la literatura jurídica se ocupara de estos temas: “Entre 1566 y 1680 la legislación creció, la literatura jurídica indiana tuvo también su mayor esplendor, el Derecho indiano fue distanciándose progresivamente del de Castilla, y el Derecho Indiano criollo continuó creciendo y diferenciando con particularidades propias las distintas y muy distantes demarcaciones del mundo americano”.¹⁰

La regulación jurídica de la naturaleza en Castilla, de la cual hablaremos en el capítulo primero, y, por ende, de la extranjería, implica, también, una reflexión sobre el principio de territorialidad del derecho castellano; es decir, la posibilidad de aplicar la norma de Castilla a todos los sujetos que estuvieran dentro de sus territorios, europeos o americanos, con independencia de su origen. En la Alta Edad Media, en la península ibérica, “la determinación del ámbito de aplicación del derecho local necesariamente se vincula con la delimitación de los beneficiarios de los privilegios atribuidos a un lugar o población”,¹¹ así “cuando el suelo ejerce su atracción sobre el pueblo que lo habita; cuando el país con su influjo unifica las razas y culturas; cuando un Estado pretende constituirse no sobre un pueblo, una cultura o una religión, sino sobre un territorio y dar a éste unos límites naturales y una personalidad peculiar, el Derecho deja de ser nacional o confesional para hacerse territorial”.¹²

El concepto de extranjero es un concepto referenciado, en el sentido de que se es extranjero respecto de determinados territorios o, en un sentido negativo, no se es extranjero tan sólo de un territorio específico. La extranjería no fue ni es inherente a la persona; lo que sí se le atribuye directamente es el vínculo entre ella y el lugar donde ha nacido (o de quiénes ha nacido, cuando el criterio imperante es la sangre), es la naturaleza o nacionalidad: la extranjería, en cambio, requiere de un sistema legal que impute al sujeto dicha categoría, es una determinación dada por el derecho, cuyas conse-

¹⁰ Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 328.

¹¹ Domínguez Lozano, Pilar, *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el derecho local. Estudio sobre el derecho local altomedieval y el derecho local de Aragón, Navarra y Cataluña (siglos IX-XV)*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1988, p. 36.

¹² García-Gallo, Alfonso, “Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, t. XIII, 1936-1941, p. 257.

cuencias son, en primera instancia, normativas, pero también políticas, sociales y económicas. La extranjería es una aplicación del principio de territorialidad de la ley. Ser extranjero respecto de los territorios castellanos, a pesar de que se hubiera vivido durante un largo periodo en Castilla, fue una característica que sólo pudo entenderse plenamente cuando definimos, en esta investigación, los conceptos de vecindad y naturaleza en el derecho castellano.

Dependiendo de las variables que se sumen al principio de territorialidad, podemos afirmar que hubo distintas graduaciones dentro del conglomerado de extranjeros: de paso, establecidos o con cuasidomicilio; del exterior y del interior de la península; nacidos fuera o dentro de Castilla; de país amigo o enemigo; privilegiados (*i. e.* mercaderes y peregrinos) y desaventajados (*i. e.* mendigos, vagabundos y gitanos); extranjeros al poder del rey, o al de la villa o ciudad, etcétera.¹³

Este principio de territorialidad debe vincularse al hecho de que la legislación indiana tuvo tres características principales: casuismo, particularismo y creciente descentralización.¹⁴ El casuismo tenía un objetivo trascendente: se buscaba la solución general, a través de la reiteración del criterio plasmado en ley.¹⁵ Empero, existieron fenómenos cuya misma naturaleza o, para ser más precisos, por los intereses sobre los que incidieron, sí fueron objeto de un tratamiento jurídico más generalizado, desde su formación misma. Tal es el caso de la extranjería. No se era extranjero respecto del virreinato de la Nueva España o de Cartagena de Indias o de Sevilla; no, se era extranjero de Castilla, y aunque los requisitos para acceder a la naturaleza meramente castellana fueron distintos que para poder tratar y contratar en Indias, la consecuencia deóntica fue la misma: naturalización como ficción jurídica. Entonces, se era extranjero, en primer lugar, respecto de los reinos de Castilla, y, como consecuencia de la muy discutida accesión de los territorios americanos a dichos reinos, se era extranjero también respecto de todo el territorio de Indias, y no sólo de una región o de un virreinato indiano en específico.¹⁶ En este sentido, por ejemplo, podemos ubicar una

¹³ Álvarez-Valdés, Manuel, *La extranjería en la historia del derecho español*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1992, p. 33.

¹⁴ Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, p. 337.

¹⁵ Ots Capdequí, José María, *El Estado español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 12.

¹⁶ Hay que aclarar que el tratamiento otorgado al extranjero que pretendía entrar únicamente a España fue distinto que para el que quería pasar, temporal o definitivamente, a Indias. Domínguez Compañy opina al respecto lo siguiente: “Las puertas de España continúan, como antaño, abiertas al extranjero quien en ocasiones, sobre todo después de la con-

gran cantidad de documentación que versa sobre temas relacionados con la extranjería en el “Indiferente General” de la sección de Gobierno del Archivo General de Indias (en adelante, AGI), en el cual se colocaron asuntos que afectaron con carácter de generalidad a todas las Indias o a alguna de sus partes, en este último caso, se remitían sendos traslados de la cédula original para cada territorio.¹⁷

En cuanto a la naturaleza histórico-jurídica del tema, el derecho de extranjería se incardinó dentro del derecho de gentes,¹⁸ que en los albores de la modernidad castellana vivió una verdadera revolución como consecuencia de varios factores: i) la culminación del proceso de reconquista y la implementación de una política de unificación regia por parte de los Reyes Católicos, cuyo centro debía ser Castilla, frente a una Europa en donde la idea de unidad medieval se resquebrajaba; ii) la subsiguiente expansión de los dominios territoriales de la Corona de Castilla, al incorporarse bajo su mandato los reinos de Flandes en la persona de Carlos V, lo cual implicó tener súbditos de distintas naturalezas bajo un mismo rey; iii) el propio descubrimiento de América y sus pobladores;¹⁹ iv) la efervescencia de pensamiento producto del Renacimiento y del humanismo, que si bien no alcanzaron a Castilla en su totalidad, debido al control férreo de la Iglesia católica sobre la producción intelectual, sí permitió, gracias a la renovación tomista, el nacimiento de sistemas filosóficos de la envergadura de la escolástica y propuestas de mayor practicidad, como el arbitrista en el ámbito

quista de América, gozó de enormes privilegios. En contraste con esta política, podríamos decir permanente de la legislación española, la Metrópoli restringe al mínimo la entrada de los extranjeros en las Indias y limita y regula minuciosamente el campo de acción de aquellos que consiguen la licencia de entrada en las mismas”. Domínguez Compañy, Francisco, “La condición jurídica del extranjero en América (según las Leyes de Indias)”, *Revista de Historia de América*, núm. 39, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1955, p. 108.

¹⁷ Peña y Cámara, José María de la, *Archivo General de Indias de Sevilla. Guía del Visitante*, Madrid, Junta Técnica de Archivos, Bibliotecas y Museos, 1958, p. 115

¹⁸ El *ius gentium* es el “conjunto supranacional de prácticas e ideas jurídicas que se había impuesto, en la vida mediterránea, por la fuerza de la necesidad y de la razón”. Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 20a. ed., México, Esfinge, 1994, p. 101.

¹⁹ “El encuentro del sinfín de naciones indígenas cuya consideración precisamente de *naciones* se mantuvo explícitamente sin que ello fuera en menoscabo de la jurisdicción del rey de las Españas cortó de un tajo la orientación de la España europea hacia el estado nacional que comenzaba a ser, siquiera como esbozo, cuando, mediado el siglo XV, se unieron las dos Coronas en las personas de sus reyes”. Maravall, José Antonio, “Estado moderno y mentalidad social, siglos XV a XVII”, 2 vol., Madrid, Revista de Occidente, 1972. *Apud* Andrés-Gallego, José, “El uso de los conceptos *patria* y *nación* en el derecho indiano”, *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba, Universidad de Córdoba, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, vol. II, 2005, p. 1327.

político-económico;²⁰ v) la reforma protestante. Este cambio de paradigma influyó directamente en los hombres y en sus leyes, particularmente en el Real y Supremo Consejo de Indias.²¹

La reconsideración del derecho de gentes romano y los planteamientos de los escolásticos²² (en particular de Vitoria²³ y de Suárez), así como de autores como Hugo Grocio, frente al descubrimiento y posterior dominio de Castilla sobre los territorios americanos y sus habitantes, en realidad, frente a la nueva dimensión y acomodo del mundo, trajeron como consecuencia la formulación de un mínimo de derechos comunes a todos los hombres, en particular a todos los súbditos de la Corona de Castilla (naturales y patrimoniales, europeos o americanos) aunque de hecho pertenecieran a Estados distintos.

Estas reflexiones alimentaron y modificaron la visión del derecho en su conjunto, como ciencia y como práctica: “Aunque para el siglo XVI el *ius*

²⁰ El arbitristo fue una corriente de pensamiento económico y político que tuvo origen en Flandes, pero que adquirió gran desarrollo en la monarquía castellana a partir de la segunda mitad del siglo XVI y a lo largo de todo el siglo XVII. Consistía en otorgar una serie de recomendaciones o memoriales al rey, basados en análisis de mayor o menor precisión, para que tomara tal o cual arbitrio en temas relacionados básicamente con la economía real. A mayor depresión económica, mayor producción memorialística. Por ello, los arbitristas adquirieron mala fama de oportunistas y meros vividores de la hacienda real. Hubo, empero, pensadores serios e importantes dentro de esta corriente —precursora del mercantilismo—, entre ellos: Tomás de Mercado (economista y autor multicitado por los arbitristas, aunque podría considerársele más un precursor que un miembro formal de esta corriente de pensamiento), Pedro Fernández de Navarrete y Luis Ortiz.

²¹ “Pero la apreciación de los hechos, el estudio de las posibles soluciones y la propuesta o consulta de las normas que conviene dictar es obra exclusiva del Real y Supremo Consejo de Indias, integrado en su casi totalidad por juristas. Entendiendo por juristas no sólo a los licenciados y doctos en Derecho civil y canónico, sino también a los teólogos expertos en Derecho natural”. García-Gallo, Alfonso, “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispano-americano en los siglos XVI al XVIII”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, t. XLIV, 1974, p. 160.

²² “El movimiento escolástico, de orientación tomista, iniciado por Vitoria lo siguen después los también dominicos Soto y Báñez, así como los jesuitas Luis de Molina, Gabriel Vázquez, Juan Salas, Francisco Suárez, el franciscano Alfonso de Castro, el obispo Diego de Covarrubias, el clérigo secular Martín de Azpilicueta y el laico (jurista) Fernando Vázquez de Menchaca”. Rodríguez Paniagua, José María, *Historia del pensamiento jurídico*, vol. I, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid, 8a. ed. del vol. I, 1996, p. 101.

²³ “Vitoria establece las bases y principios que hacen posible la formulación de un derecho justo para el nuevo mundo basándose en el Derecho Natural expuesto por Santo Tomás y comentado por Cayetano, aplicándolo a las nuevas situaciones encontradas. De esta forma, se constituye con su doctrina en el artífice de la apertura y el reconocimiento, del Derecho Indiano propiamente tal, por los monarcas españoles”. Salord Bertrán, Manuel Ma., *La influencia de Francisco de Vitoria en el derecho indiano*, México, Porrúa, 2002, p. 67.

commune ya mostraba una profunda decadencia, en Castilla y otros reinos de la Península vivió un esplendor inigualable. Algunos de los más distinguidos representantes del *mos italicus* tardío se desarrollaron junto con los famosos teólogos juristas españoles y con la corriente de los humanistas del derecho o *mos gallicus*".²⁴

La extranjería, como concepto normativo, también se vio inmersa en esta tensión entre la corriente de renovación humanista y el conservadurismo clásico; hubo un debate que no se reflejó directamente en las disposiciones, pero que con el discurrir de la época se fue transformando en una visión nueva del "otro" a través del reconocimiento legal de su inclusión social. No es el objetivo de este trabajo analizar la influencia que este cambio de paradigma generó en la mentalidad jurídica ibérica de la época moderna; empero, sí fue necesario mencionar el contexto ideológico-jurídico dentro del cual se gestó la legislación castellana en materia de extranjería.

Otra consideración que conviene hacer, de naturaleza más práctica, es acerca de la rama jurídica a la que el derecho de extranjería perteneció en nuestro periodo de estudio: ¿es la extranjería solo un tema secundario dentro de la regulación del comercio colonial español? Y en ese sentido ¿podemos agotarla dentro de la teoría general del comercio indiano?

Acudiendo directamente a la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias de 1680 (en adelante, la Recopilación de 1680), en el límite del periodo de nuestra investigación, podemos observar que los extranjeros tienen su propio título, independiente, a primera vista, del título de los mercaderes, de los pasajeros o del comercio: el título XXVII, libro IX, t. IV, "De los efrangeros, que paffan á las Indias, y fu compoficion, y naturaleza, que en ella pueden adquirir para tratar, y contratar". Sin embargo, hay que considerar que los tomos de la Recopilación de 1680 no están divididos en función de alguna materia previamente especificada, y que sus nueve libros carecen de una denominación propia. No obstante, podemos encontrar un orden más o menos claro. Siguiendo en esto al maestro Antonio Muro,²⁵ podemos apreciar que en el primer libro encontramos la materia eclesiástica, el Regio Patronato, las universidades y estudios generales. Los 34 títulos del libro segundo regulan al Real y Supremo Consejo de Indias y a las audiencias y reales chancillerías del Nuevo Mundo. El libro tercero se refiere a las autoridades indianas en el orden gubernativo. Los libros cuarto y quinto están dedicados al gobierno municipal o local. El tema de los indios está

²⁴ Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho indiano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 47.

²⁵ Muro Orejón, Antonio, "La Recopilación de Indias de 1680", *VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Valladolid, diciembre, 1980), Valladolid, Casa-Museo de Colón, 1983, pp. 58-65.

regulado por el libro sexto. El libro séptimo contiene una miscelánea muy heterogénea de leyes, sin mayor ordenamiento jurídico, que nos puede interesar, en todo caso, porque contiene regulación sobre vagabundos, gitanos, mulatos, negros y berberiscos. El libro octavo regula la Real Hacienda. Y finalmente, el libro noveno comprende las leyes sobre comercio, navegación y la Casa de la Contratación de las Indias.

El título XXVII, que regula la cuestión de los extranjeros, está en el libro IX, es decir, dentro de los temas de tráfico comercial y navegación.

Ahora veamos qué ocurre con algunos de los principales exponentes de la literatura jurídica de la época, cuya importancia comentaremos más adelante: en el caso de Juan de Hevia Bolaños, no hay un capítulo concreto dedicado a los extranjeros, pero a excepción de una de ellas —localizada en su *Curia Philippica*—, todas las disposiciones relacionadas con temas de extranjería se encuentran en su otra obra, el *Laberinto de comercio*.²⁶ Una vez más, se coloca el tema de los extranjeros dentro del comercio.

Por su parte, Joseph de Veitia Linage dedica todo el capítulo XXXI del libro I de su obra al tema de los extranjeros bajo el rubro “De la prohibición que para navegar a las Indias, o comerciar en ellas tienen los estrangeros, y quales lo son para este efecto”. Por un lado, dicha obra, el *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*,²⁷ es un trabajo que buscó orientar (el propio autor lo señala en el prefacio) tanto al personal de la Casa de Contratación como a los mareantes en general, sobre la legislación aplicable al monopolio comercial de España en Indias. Es decir, el marco general es el comercio marítimo entre la metrópoli y sus colonias. El tema también se aborda desde la visión concreta del comerciante.

Juan de Solórzano y Pereyra nos ofrece una variante del tema. El doctor madrileño, en su monumental *Política indiana*,²⁸ coloca la cuestión de los extranjeros en el capítulo XIX del libro IV, “En que se trata de las cosas eclesiásticas y patronato real de las Indias”, bajo el siguiente rubro: “De la justificación, y conveniencias que hay, para que en las iglesias y beneficios de las Indias se prefieran en igualdad de méritos los que huvieren nacido en ellas, y de las leyes del derecho común y del Reyno, y cédulas reales que tra-

²⁶ Hevia Bolaños, Juan de, *Curia Philippica*, edición facsimilar de la edición hecha en Madrid en 1797, 2 vol., Valladolid, Lex Nova, 1989.

²⁷ Veitia Linage, Joseph de, *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, 1671, Sergio Chiáppori (ed.), Buenos Aires, Publicaciones de la Comisión Argentina de Fomento Interamericano, 1945.

²⁸ Solórzano y Pereyra, Juan de, *Política indiana*, edición de la obra publicada en 1647, prólogo de Francisco Tomás y Valiente, edición de Francisco Tomás y Valiente y Ana María Barrero, 3 vol., Madrid, Biblioteca Castro, 1996.

tan de esto”. Esta localización nos indica una faceta nueva de la cuestión: la reserva de beneficios eclesiásticos con base en un criterio de estricta naturaleza, tal y como ya se regulaba en el derecho castellano. La mayor parte de las piezas legislativas a las que se refiere Solórzano se verán luego reflejadas, prácticamente idénticas, en la Recopilación de 1680, en el título XXVII antes mencionado; esto es, un título subsumido en la materia del comercio. Por supuesto, una de las grandes influencias en dicha Recopilación fue Solórzano, con lo cual resulta lógico que él manejara y expusiera en su obra los textos legislativos que, en efecto, eran aplicados en la materia. Empero, si bien Solórzano aborda la cuestión partiendo de un tema tan importante como la reserva de beneficios eclesiásticos, terminó refiriéndose a la naturaleza que debieron haber detentado todas las personas que pretendieron comerciar en Indias, aunque no fuera la cuestión que más le interesara.²⁹

El *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, editado por Milagros del Vas Mingo, basado en el cedulario-diccionario elaborado por Josef Manuel de Ayala,³⁰ recopila un gran número de cédulas que regulan la situación de los extranjeros bajo la voz “comercio” y “comercio ilícito”, muchas de ellas repetidas en la propia voz de “extranjero”. Ahora bien, la mayor parte de las cédulas se refieren a las cartas de naturaleza para poder comerciar y tratar en Indias, así como a materia mercantil, en la que eventualmente podían participar los extranjeros. Por lo tanto, parece que el tratamiento sigue siendo el de ubicar la regulación de la extranjería dentro del derecho mercantil.

Rafael Antúnez y Acevedo, en su extraordinaria obra *Memorias históricas*,³¹ es, en nuestra opinión, quien mejor sistematiza y visualiza la cuestión de la extranjería. Para empezar, dedica a ello una parte completa de su obra. En

²⁹ A guisa de comentario, me parece interesante que Solórzano mencione, casi 250 años antes de que los movimientos de independencia de las colonias americanas se gesten, la importancia que tenía otorgar un sitio dentro de la sociedad española a los criollos (elementos decisivos de la insurgencia americana), y resaltar su naturaleza española —“en cuanto a los criollos, no se puede dudar, que son verdaderos Españoles...”—, ya que de lo contrario “podrían venir a caer en tal género de desesperación que aborreciesen la virtud y los estudios, pues pocos hay que los sigan sin esperanza de alcanzar por ellos alguna honra, premio y utilidad”. Solórzano y Pereyra, Juan de, *ibidem*, punto 21, cap. XIX, libro IV. Antúnez y Acevedo también se refiere al tema en los albores mismos del siglo XIX: “Nunca se ha dudado que los naturales de las provincias del Nuevo Mundo sujetas a la dominación española debían reputarse en el mismo concepto para todos los efectos del nacimiento español, puesto que las dichas provincias desde su descubrimiento y conquista se agregaron con igual derecho a la corona de Castilla”. Antúnez y Acevedo, Rafael, *op. cit.*, p. 297.

³⁰ Ayala, Manuel Josef de, *Diccionario de gobierno y legislación de indias*, edición y estudios de Marta Milagros del Vas Mingo, 13 vols., Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1988-1996.

³¹ Antúnez y Acevedo, Rafael, *op. cit.*

efecto, la parte quinta “De las personas habilitadas para este comercio”, se estructura en sentido negativo, es decir, define a las personas excluidas por la ley para participar en la carrera de Indias; los extranjeros, pues, reciben un tratamiento pormenorizado en dicho estudio. Antúnez, además, nos ofrece una clasificación de la naturaleza para comerciar y tratar en Indias, sobre la que ahondaremos en el capítulo segundo, que es un indicio muy claro de la verdadera naturaleza de la extranjería en el derecho indiano. En todo caso, volvemos a localizar nuestro objeto de análisis en la rama del comercio.

Tomando en consideración la historiografía especializada en el tema de los extranjeros, se constata una innegable tendencia a estudiar a este conglomerado como actores del tráfico comercial. Pero también hay una corriente de estudio que coloca la cuestión como una parte del derecho de gentes, ya que, como hemos dicho, el concepto de extranjero surge como opuesto al de natural, y el tema de la naturaleza se resuelve por el derecho del reino. Desde esta visión, la extranjería está y debe estar íntimamente vinculada a la naturaleza política de las personas, que en el derecho castellano (remon-tándonos para ello hasta las Partidas alfonsinas) estaba basada en la idea de comunidad del pueblo, de la “hermandad” de los naturales, en su “derecho” en y a la cosa común; por esta circunstancia, las normas especiales que sirvieron para fundamentar la distinción entre natural y extranjero no fueron solamente las de carácter comercial, fiscal o de interés privado (como ocurrió en Francia o Inglaterra), sino también y muy particularmente las referentes al *ius honorum*, al merecimiento, a la aptitud para recibir beneficios eclesiásticos y desempeñar funciones públicas, entre otras.³² Fue un tema de naturaleza pública, incluso en las áreas más ligadas al derecho privado.³³

La idea del honor y el interés por la cosa pública son los elementos que a nuestro juicio resuelven la cuestión. La Corona de Castilla reguló todos los aspectos de la extranjería, colocando el tema en un nicho particular dotado de naturaleza pública en su totalidad. No hubo aspecto dentro de la legislación para extranjeros que se circunscribiera exclusivamente a la rama del derecho privado, ya fuera por la importancia que los capitales extranjeros representaron o porque el foráneo constituía un peligro potencial para el Estado o para la religión, o porque la concesión de beneficios a este gremio

³² Castro y Bravo, Federico de, “Los estudios históricos sobre la nacionalidad (apostillas y comentarios)”, *op. cit.*, pp. 228-231.

³³ Desde luego que establecer una diferencia entre derecho público y derecho privado es un estudio que debe hacerse con sumo cuidado en el contexto del derecho de finales del medioevo y principios de la modernidad, para no incurrir en extrapolaciones, aunque sólo se efectúe como un mero ejercicio de reflexión histórico-jurídico.

atentaba contra los derechos de los naturales de origen, todos los ámbitos confluían en la participación, directa o indirecta, del Estado no sólo como agente regulador, sino como parte afectada e interesada en las actuaciones de los extranjeros, en una relación de subordinación. El derecho de extranjería fue un tema de derecho público, con casos puntuales de excepcionalidad.

Para determinar si una relación es de derecho público o privado, se han ofrecido, a lo largo de la historia, diversas teorías. La que corresponde aplicar a nuestro periodo de estudio, en el contexto del *ius commune*, fue la teoría romana del interés en juego; así, “la naturaleza, privada o pública, de un precepto o un conjunto de preceptos, depende de la índole del interés que garanticen o protejan. Las normas del derecho público corresponden al interés colectivo; las del privado refiérense a intereses particulares”.³⁴ Bajo esta postura, el derecho de extranjería protegía los intereses de la comunidad y de la monarquía misma al excluir a un elemento potencialmente peligroso; por ello, aplicando la teoría del interés en juego, todas las relaciones sancionadas por el derecho en las que participaba un extranjero debían ser catalogadas como de derecho público.

Esta característica del derecho de extranjería deriva también de la naturaleza pública predominante en el derecho indiano general, que tuvo sólo una proporción menor de sus regulaciones destinadas al derecho privado,³⁵ lo cual se explica por la concepción misma que se tuvo del Estado en Castilla, sobre todo tras el descubrimiento de América, como un reflejo institucional de la monarquía, pero que se acrecentó con los conceptos de población y territorio, además de otras instituciones que adquirieron singular fuerza en los reinos indianos, como los virreinos, las audiencias y los arzobispados, entre otras. Todo cabía en el Estado, origen y fin del bien común. El Estado se erigió como el ámbito para desarrollar todas las competencias humanas y, a su vez, todas éstas fueron susceptibles de ser intervenidas por el Estado a través de la potestad pública.³⁶ Siempre que participaba un ex-

³⁴ García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 44a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 132.

³⁵ “El derecho indiano, entendido en el sentido estricto a que hacíamos antes alusión, fue un derecho eminentemente público, cuyo contenido fueron normas destinadas al buen gobierno, tanto temporal como espiritual de las Indias orientales y occidentales”. Bernal Gómez, Beatriz, *Historia del derecho*, México, Nostra Ediciones-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 151 y 152. En el mismo sentido se pronuncia Zorraquín Becú: “El ordenamiento indiano era, como ya lo señalamos antes, un sistema de derecho público o de orden público, con una fuerte injerencia del Estado”. Zorraquín Becú, Ricardo, “Las aspiraciones del derecho indiano y los resultados conseguidos”, *cit.*, 1778.

³⁶ Góngora, Mario, *El Estado en el derecho indiano*, Santiago de Chile, Instituto de investigaciones Histórico-Culturales-Universidad de Chile, 1951, pp. 30 y 31.

tranjero en una relación sancionada por el derecho, el Estado tenía interés, no sólo como particular, como podría haberlo sido en ciertas capitulaciones, sino también como ente público, al erigirse como el protector último contra los posibles daños que pudiera representar el extranjero, quien no compararía los mismos intereses, puesto que pertenecía a una comunidad distinta.

La evolución del *ius commune* se dirigió hacia la teoría de la naturaleza de la relación, que es la doctrina más aceptada en la actualidad, aunque la distinción entre derecho público y derecho privado está lejos de ser un tema plenamente resuelto. Vale la pena mencionarla, porque es bajo esta teoría que se clasifica, hoy en día, la extranjería como una rama del derecho internacional privado; así, cuando se hacen estudios históricos de esta rama del derecho, se incluye en su temática el estatuto del extranjero y su regulación. Bajo esta teoría, “la relación es de derecho privado, si los sujetos de la misma encuéntrase colocados por la norma en un plano de igualdad y ninguno de ellos interviene como entidad soberana. Es de derecho público, si se establece entre un particular y el Estado (cuando hay subordinación del primero al segundo) o si los sujetos de la misma son dos órganos del poder público o dos Estados soberanos”.³⁷ Con base en esta teoría, el derecho indiano de extranjería continuaría siendo mayoritariamente de derecho público, exceptuándose los casos en que los extranjeros celebraran tratos y contratos para comerciar en Indias, en cuya situación esos actos pertenecerían al derecho privado, incluso si se formalizaban ante un escribano público.

En todo caso, Castilla no constituye una excepción dentro del derecho general europeo, al diseñar una legislación de carácter prohibitivo respecto de los extranjeros.³⁸ Francia, a través de la figura del *albinage* (la que llegaba al extremo de impedir al extranjero disponer de sus propios bienes vía testamentaria)³⁹ e Inglaterra con la *allegiance*, tampoco admitían una plenitud jurídica para este grupo.⁴⁰ Lo que la diferenció del resto de Europa

³⁷ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 134.

³⁸ En el mismo sentido se pronuncia Eduardo Gould: “Al igual que otros países de la Europa occidental, España procuró excluir a los extranjeros de la vida nacional. En los albores de la modernidad era una actitud común en el seno de las respectivas comunidades, las que habían ido adquiriendo paulatinamente conciencia de sí frente a otros países. En este contexto, los grandes descubrimientos geográficos y en particular de América no hicieron más que profundizar las diferencias y los sentimientos de exclusividad”. Gould, Eduardo Gregorio, “Los extranjeros y su integración a la vida de una ciudad india: los portugueses en Córdoba del Tucumán (1573-1640)”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 24, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1994, pp. 64 y 65.

³⁹ Solórzano y Pereyra, Juan de, *op. cit.*, punto 36, cap. VI, libro III.

⁴⁰ Castro y Bravo, Federico, “Los estudios históricos sobre la nacionalidad (apostillas y comentarios)”, *op. cit.*, pp. 217-225.

fueron las bases, que ya mencionamos, sobre las cuales fundó la exclusión: honor e interés por la *res publica*.

Retomando el punto de la rama jurídica a la cual pertenece, la extranjería se reflejó en la norma indiana en diversos aspectos, no sólo en el mercantil, aunque éste fuera preponderante en cuantía y calidad: reserva de oficios públicos y beneficios eclesiásticos, participación como mercaderes, marineros, exploradores, soldados, piratas, miembros del clero y de cofradías, vecindad, sucesiones, calidad de los reos, rescatistas, entre otra variadísima gama de supuestos. En este sentido, recordemos que el derecho indiano se concibió originalmente como complementario al castellano; así, las normas de extranjería indianas complementaron, al menos al inicio del periodo de dominación en América, las de naturaleza castellana, pero eso no significó que el derecho de extranjería, como sistema jurídico, únicamente abarque las normas promulgadas para complementar, sino que incluye, desde luego, a las que complementó.

Así pues, se promulgaron normas que, considerando la categoría de extranjero como determinante, protegieron diversos intereses, y que la historiografía ha clasificado de la siguiente manera:⁴¹

1. Normas que se refirieron a la protección del monopolio comercial de Castilla en Indias, y dentro de éstas, las de particular interés fiscal.
2. Normas de protección a la seguridad y defensa del Estado castellano.
3. Normas de protección a la fe católica.

Existen también las normas que definieron el ámbito de validez personal; es decir, las que nos indican quiénes fueron considerados extranjeros y la manera de establecer su esfera jurídica de derechos y obligaciones, así como las normas procedimentales para acceder a la naturaleza castellana o la específica para poder participar legalmente en la carrera de Indias.

Las cuatro tipologías antes referidas dotan de contenido específico a los ámbitos de validez personal, material y procedimental que expusimos al inicio de este apartado.

El intercambio mercantil que la carrera de Indias propició fue, con mucho, la actividad que mayor interés tuvo para la Corona de Castilla (los beneficios económicos que producía se explican por sí mismos), y por ello recibió profusa regulación, incluyendo la participación de extranjeros en la carrera de Indias. Pero analizando directamente la normativa indiana, podemos constatar que el comercio no fue el único ámbito dentro del cual se recono-

⁴¹ Domínguez Compañy, Francisco, *op. cit.*, p. 114.

ció la participación de extranjeros, y no necesariamente los otros intereses que fueron protegidos por el derecho fueron menores. La extranjería, como supuesto deóntico, no se agotó en el comercio indiano; es más, ni siquiera fue una figura jurídica creada dentro del contexto de la carrera de Indias. En el capítulo primero de este trabajo se analizarán los alcances de su preexistencia en el derecho castellano, así como la importancia que tuvo en otros ámbitos regulatorios, como el de la protección de la fe católica. Pero agotar el análisis en un solo contexto, por decisivo que haya podido ser, ha dificultado que los especialistas consideren, incluso la posibilidad, de que este fenómeno, la extranjería, haya configurado un sistema jurídico independiente.

De este modo, el derecho de extranjería, dentro del derecho indiano, ha sido estudiado generalmente de forma secundaria, como una herramienta para explicar un fenómeno de mayor envergadura, como puede ser el monopolio comercial, el derecho de gentes o la construcción del nacionalismo. Aislar la figura como una institución jurídica independiente suele ser un área poco explorada por la historiografía. Ese hueco se debe, parcialmente, a que la presencia de extranjeros, como miembros de las comunidades americanas, no fue tan influyente (su cuantificación es de muy difícil precisión, sobre todo por el número de pasos ilegales que no aparecieron reflejados en los distintos libros de la Casa de Contratación) como lo pudo haber sido su participación en la carrera de Indias. En efecto, su presencia numérica no superaba, por lo general, la de individuos de origen castellano, aunque desde luego que su existencia causó un impacto social, cultural y económico decisivo; por ejemplo, en el Buenos Aires del siglo XVIII la mayor parte de la población era de origen portugués, a tal punto que cuando por un bando real se ordenó expulsar a todos los extranjeros de esos reinos, una de las razones que se alegó para suavizar dicha medida fue el riesgo inminente de despoblar la ciudad si se aplicaba de forma tajante.⁴²

Habremos, pues, de estudiar el largo y tortuoso camino que siguió el derecho indiano para la conformación del sistema jurídico que reguló al denominado *estrangero* o *efrangero*. Para ello, nos remitiremos principalmente a los cuerpos legales compilados siguiendo un orden estrictamente cronológico. Además, se hizo un rastreo general de cédulas individualizadas no recopiladas; sin embargo, no es un trabajo que podamos considerar concluido: el tiempo las extravió, en muchas ocasiones, y las que perduran hasta el día de hoy se encuentran repartidas, con frecuencia, sin clasificación material, como disposiciones legales, en el AGI, en el Archivo General de

⁴² Tau Anzoátegui, Víctor, “Una defensa de los extranjeros en el Buenos Aires de 1743”, *VI Congreso de Historia de América*, separata, t. IV, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1982, p. 275.

Simancas (en adelante AGS) y en los diversos archivos históricos de las naciones latinoamericanas; o bien en las valiosas colecciones de documentos elaboradas, en su mayoría, en el siglo pasado.⁴³ A pesar de esta situación, hemos encontrado varias disposiciones de particular interés para nuestro trabajo (se hará mención de ellas, así como de su localización, en cada caso). Debemos señalar que hay una tendencia por parte de los estudiosos contemporáneos del derecho indiano, en obviar ciertos cuerpos normativos, por estar comprendidas, buena parte de sus disposiciones, en el Cedulaario de Encinas o, incluso, en la Recopilación de 1680. El problema es que ni todas las disposiciones trascendieron a las recopilaciones posteriores, ni las que sí lo hicieron permanecieron con el mismo sentido regulatorio. Aunado a lo anterior, es común que en los grandes cuerpos recopilatorios, como en la propia Recopilación de 1680, se transcriba sólo la parte dispositiva de la ley, prescindiendo de la exposición de motivos, que casi siempre acompañaba a las disposiciones indianas. Dicho texto exponía un contexto específico de aplicación; es decir, indicaba a qué supuestos concretos iba dirigida la disposición, guiándonos, con ello, al subtexto legal; más que un simple formalismo, la exposición, en ciertos casos, clarificaba el texto legal,⁴⁴ y, en ese sentido, es de nuestro interés conocerlo respecto de la regulación aplicable a los extranjeros. Finalmente, nuestro objetivo es conocer no sólo la ley como producto, sino como proceso; es decir, la realización de un estudio normativo diacrónico⁴⁵ que nos permita un conocimiento minucioso de la regulación en comento.

Cabe recordar que las distintas disposiciones indianas tenían una denominación particular en función de tres criterios, a saber: autoridad, contenido y forma de promulgación. Así, existieron: leyes (en sentido estricto), pragmáticas, provisiones, cédulas, ordenanzas, instrucciones, cartas reales y declaraciones. Todas ellas denominadas en este estudio con el término genérico de leyes.⁴⁶

Como ya tuvimos oportunidad de constatar y comentar en párrafos anteriores, la legislación indiana fue objeto de los comentarios de los grandes

⁴³ El listado de colecciones consultadas se encuentra en el inciso IV del apartado “Referencias”.

⁴⁴ García-Gallo, Alfonso, “La ley como fuente de derecho en Indias en el siglo XVI”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, t. XXI-XXII, Madrid, 1951-1952, p. 670.

⁴⁵ Para la diferencia entre análisis normativo sincrónico y diacrónico, *cf.*: Robles, Gregorio, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁶ Para un estudio pormenorizado sobre las diferencias entre cada uno de los tipos legales expuestos véase García-Gallo, Alfonso, “La ley como fuente de derecho en Indias en el siglo XVI”, *op. cit.*

juristas de su tiempo, indianos y castellanos.⁴⁷ Estamos obligados a considerar los trabajos de Hevia Bolaños, Manuel Ayala, el docto Juan de Solórzano y Pereyra, Joseph de Veitia Linage y, a nuestro juicio, el más preciso: Rafael Antúnez. Todos ellos, junto con otros que habremos de, al menos, mencionar a lo largo de este trabajo, fueron creadores de la literatura jurídica indiana, también conocida como “doctrina de los autores”, “opiniones de los doctores” u “opiniones de los autores”. Y es obligado, porque en el derecho indiano, como lo fue también en el castellano, la literatura jurídica no sólo fungió como fuente de conocimiento del derecho, sino como una verdadera fuente de creación⁴⁸. “En un sistema jurídico casuista como lo fue el Indiano —rasgo que también tiene el Derecho castellano—, la doctrina de los autores actuó como depositaria del conocimiento jurídico, sirviendo de base para sostener las resoluciones”.⁴⁹

Conviene hacer una aclaración semántica para no incurrir en equívocos. Se usó con frecuencia el término “naturales” para referirse a los indígenas, acepción que en este trabajo no se utilizará; cuando se haga referencia a los pobladores originales de las tierras americanas, nos referiremos a ellos como “indígenas”, quienes sí fueron considerados como naturales de Castilla, pero con capacidad jurídica de goce, mas no de ejercicio.

Hay que apuntar que la legislación es producto de su tiempo y de las circunstancias de poder que la produjeron. Como ya hicimos mención, no haremos historia política, ni podemos abordar como estudio principal dichas circunstancias. Empero, se mencionará ocasionalmente el contexto histórico general dentro del cual se gestó la norma, si es que ello nos ayuda a entenderla plenamente e, incluso, para poder desentramar lo que quiso decir cuando calla.

En cuanto a la legislación de carácter internacional, el lector no hallará un estudio exhaustivo de los tratados internacionales suscritos por la Corona de Castilla, toda vez que ello requiere el manejo y análisis de fuentes adicionales a los propios tratados, en concreto: correspondencia diplomática, historiografía coetánea y crónicas oficiales. No obstante, se hace mención, en el capítulo segundo, de los principales tratados suscritos por la Corona

⁴⁷ “Este derecho se recibió en Indias a través del estamento letrado, culto de la sociedad, ya sea formado en América o bien en la Península”. Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho indiano*, cit., p. 46.

⁴⁸ “A través de la literatura jurídica, la práctica y la doctrina europeas del cuatrocientos sirvieron de base para la primera formulación del derecho indiano”. Leiva, Alberto David, “La literatura jurídica en la época del descubrimiento”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, num. 20, 1992, p. 233.

⁴⁹ Luque Talaván, Miguel, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, Biblioteca de Historia de América, CSIC, 2003, p. 83.

de Castilla en los que se acordó un trato específico para los naturales de los territorios de los otros reinos firmantes.

En resumen, en esta obra se considera la extranjería como un objeto de estudio jurídico independiente, y no sólo de interés para temas vinculados al comercio indiano; se abordará a través de un análisis también jurídico, dentro del contexto histórico que abarca, principalmente, de 1492 a 1680, con un análisis de las Siete Partidas de Alfonso X como antecedente.

II. LA EXTRANJERÍA EN LOS ESTUDIOS INDIANOS CONTEMPORÁNEOS

Nuestro objeto de estudio es, repetimos, un tema de derecho indiano. Pretende aislar una figura jurídica, la extranjería, en su proyección legislativa, y tangencialmente en su aplicación judicial, para así abarcar la mayor parte de las secciones de la pirámide de validez normativa. Los trabajos historiográficos y bibliográficos sobre derecho indiano y sobre historia de América nos permitieron una contextualización del tema, porque sería imposible tratar de comprender plenamente la producción jurídica indiana si la sustraemos de los principales sucesos históricos a los que se enfrentaron tanto la Corona de Castilla, y las instituciones por ella creadas para la administración y gobierno de las Indias occidentales, como los territorios americanos en su individualidad. Pero como ya sostuvimos en párrafos anteriores, no quisimos perder la institución en pos del contexto.

Por lo tanto, para el contexto general del derecho indiano y español apelamos a la obra de los profesores Alfonso García-Gallo, Juan Manzano Manzano, Rafael Altamira y Crevea, José María Ots Capdequí, Antonio Muro Orejón, Ismael Sánchez Bella, Óscar Cruz Barney, Mario Góngora del Campo, Ricardo Zorraquín Becú, Víctor Tau Anzoátegui, Francisco Tomás y Valiente, Javier Barrientos Grandón y Beatriz Bernal Gómez.⁵⁰

Para el tema de la naturaleza en el derecho castellano, se siguió con detalle la obra de José María Pérez-Collados, *Una aproximación histórica al concepto jurídico de nacionalidad. La integración del Reino de Aragón en la monarquía hispánica*,⁵¹ quien elaboró un estudio histórico-jurídico general sobre dicho tema, como marco teórico, para aplicarlo después a la naturaleza aragone-

⁵⁰ En el apartado "Referencias" de este trabajo se pueden verificar las obras específicas consultadas de estos autores.

⁵¹ Pérez Collados, José María, *Una aproximación histórica al concepto jurídico de nacionalidad. La integración del Reino de Aragón en la monarquía hispánica*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 1993.

sa, explicando con ello el desarrollo de la identidad del pueblo de Aragón en el seno de una monarquía más amplia, la castellana, que la subsumió mediante un proceso accidentado y lleno de contradicciones. Aragón defendió su individualidad política hasta el punto de actualizar el supuesto de extranjería en los primeros años del descubrimiento de América. La obra de Pérez-Collados explica con particular minuciosidad los orígenes de dicha postura y la culminación de aquel proceso con la integración del reino de Aragón en el reino de Castilla.

El enfoque que propone Tamar Herzog en su obra *Defining Nations. Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*,⁵² con una vertiente analítica más sesgada hacia la teoría política y la sociología histórica, sobre las concepciones de vecindad, naturaleza y ciudadanía, nos permitió introducir algunas variables de análisis que enriquecieron la investigación. La obra constituye un estudio sobre los factores de poder, que trascendieron al derecho, y que influyeron en la construcción política de los conceptos antes expuestos, así como en la consideración que tuvieron de sí mismos los españoles. Es un buen ejemplo de una visión en la que la legislación se considera como un mero instrumento de poder, permanentemente violentado en función de los intereses de las distintas autoridades castellanas e indianas.

La obra de Federico de Castro y Bravo, *Los estudios históricos sobre la nacionalidad (apostillas y comentarios)*,⁵³ lleva a cabo el análisis de la naturaleza desde el derecho civil, enfoque que debe discutirse y aplicarse también a la extranjería, para estar en posibilidad de conocer en todas sus dimensiones nuestro objeto de estudio.

Sobre la regulación jurídica de la extranjería como un tema independiente, como ya hemos comentado, los resultados de la investigación nos muestran que el derecho se visualiza, generalmente, como un instrumento

⁵² Herzog, Tamar, *Defining Nations. Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, Yale University Press, 2003. La obra sostiene que el Nuevo Mundo construyó sociedades donde la naturaleza, la vecindad y el domicilio pasaron a configurar requisitos legales importantes, pero no determinantes para adquirir integración social plena. Aún más, ni siquiera cumplimentando los requisitos legales se tenía garantizada la concesión de una carta de naturaleza; desde la ley se estipularon exigencias como la pureza de sangre, tiempos de residencia, estar casado con mujer castellana, riqueza, etcétera, elementos que, además de objetivar la voluntad (subjética) de permanencia, se vincularon con el estatus de los individuos dentro de la comunidad. En este sentido, a diferencia de lo que ocurría en Castilla, en Indias pesó mucho más la posición social que la calidad jurídica de los individuos, en particular de los extranjeros. Este debate no forma parte del objeto de nuestro estudio, pero es importante mencionar las distintas posturas que existen sobre este tema.

⁵³ Castro y Bravo, Federico de, “Los estudios históricos sobre la nacionalidad (apostillas y comentarios)”, *op. cit.*, pp. 217-233.

dentro de los estudios históricos, y los estudios jurídicos no suelen aislar la figura de la extranjería, aunque en últimos años el interés por este conglomerado ha recibido un mayor interés por parte de los especialistas.

La bibliografía más abundante que se puede hallar sobre nuestro tema (aunque no siempre con énfasis jurídico) tiene como objeto de estudio principal alguna otra materia —sobre todo la del tráfico mercantil— que, debido a su naturaleza y en casos puntuales, se refiere a los extranjeros como participantes de la carrera de Indias; por ejemplo, la obra de Clarence Henry Haring, *Comercio y navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgo*,⁵⁴ hace mención de ellos en la medida en que participan, como sujetos legales o de carácter ilícito (contrabando, piratería, comercio ilegal de esclavos), en la carrera de Indias; la obra tiene un capítulo (el quinto) dedicado a ello: “La emigración y el intruso extranjero”. También expone el procedimiento que se debe cumplimentar para obtener la naturalización.

Podemos decir que, en términos generales, cualquier obra que verse sobre temas de comercio y tráfico mercantil entre España y América se referirá a los extranjeros, dado su carácter de sujetos “prohibidos” o de “especial tratamiento” para el otorgamiento de licencias para tratar y contratar en Indias.⁵⁵ En este sentido, las investigaciones histórico-jurídicas de Antonio García-Baquero González exaltan la participación financiera de los extranjeros en la carrera de Indias, señalándolos como los verdaderos titulares, *de facto*, del monopolio comercial.⁵⁶

Dentro de la tipología de obras centradas en el aspecto irregular —piratas y corsarios— o invasor de los extranjeros, tenemos los estudios de Antonio Gutiérrez Escudero,⁵⁷ quien centra sus reflexiones, principalmente,

⁵⁴ Haring, Clarence H., *Comercio y navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

⁵⁵ Es necesario aclarar que aunque conocemos la decisiva influencia que los banqueros y prestamistas extranjeros tuvieron en todo el desarrollo del comercio indiano, al no verse regulada su participación en las leyes de Indias, quedaron fuera de este estudio como un conglomerado específico.

⁵⁶ Hicimos uso, en particular, de la obra siguiente: García-Baquero González, Antonio, “Los extranjeros en el tráfico con Indias: entre el rechazo legal y la tolerancia funcional”, en Villar García, M. B. y Pezzi Cristóbal, P. (eds.), *I Coloquio Internacional “Los extranjeros en la España Moderna”* (Málaga, 28-30 de noviembre, 2002), t. I, Málaga, 2003, pp. 73-99.

⁵⁷ Gutiérrez Escudero, Antonio, “Colonización inglesa y francesa en el Caribe durante el siglo XVII”, *Historia de las Américas*, vol. II, Madrid-Sevilla, Alhambra-Longman, 1991, pp. 795-812; “La colonización francesa en Norteamérica en el siglo XVII”, *Historia de las Américas*, vol. II, Madrid-Sevilla, Alhambra-Longman, 1991, pp. 741-760; “Los holandeses en América del Norte y el Caribe en el siglo XVII”, *Historia de las Américas*, vol. II, Madrid-Sevilla, Alhambra-Longman, 1991, pp. 783-794; “Los intentos colonizadores de Francia y

en el tema de la colonización de los nuevos territorios por extranjeros, particularmente franceses, holandeses e ingleses.

Los estudios histórico-jurídicos que se ocupan de manera puntual de los extranjeros suelen circunscribirse a alguna zona geográfica determinada, puesto que tienden a abordar el aspecto cuantitativo de su presencia, lo cual trasciende las dimensiones de un estudio histórico-jurídico y se dirige hacia cuestiones de carácter sociológico, migratorio y demográfico. Empero, los aparatos teóricos que normalmente desarrollan nos han sido de mucha utilidad. Destaca el trabajo de Juan Manuel Morales Álvarez, *Los extranjeros con carta de naturaleza de las Indias durante la segunda mitad del siglo XVIII*,⁵⁸ que a pesar de su circunscripción a Venezuela tiene un estudio jurídico pormenorizado sobre cartas de naturaleza y, por ende, sobre extranjería, materias que tuvieron una regulación general para todos los territorios indios, y que fue de enorme interés para este trabajo.

En el mismo sentido de circunscripción regional encontramos la obra de Enriqueta Vilar Vilar, *Extranjeros en Cartagena (1593-1630)*,⁵⁹ breve estudio sobre la presencia de este colectivo en Cartagena de Indias y la regulación a la que debía sujetarse. Asimismo, tenemos los trabajos de Víctor Tau Anzoátegui, para Argentina, especialmente el trabajo titulado “Una defensa de los extranjeros en el Buenos Aires de 1743”.⁶⁰ También con carácter de espacialidad específica, está la obra de Eduardo Gregorio Gould, “La condición del extranjero en América: los portugueses en Córdoba del Tucumán entre 1573 y 1640”,⁶¹ así como su continuación “Los extranjeros y su integración a la vida de una ciudad india: los portugueses en Córdoba del Tucumán 1573-1640”.⁶² En la misma línea de acotamiento geográfico

Holanda en el siglo XVI”, *Historia de las Américas*, vol. II, Madrid-Sevilla, Alhambra-Longman, 1991, pp. 357-373.

⁵⁸ Morales Álvarez, Juan Manuel, *Los extranjeros con carta de naturaleza de las Indias durante la segunda mitad del siglo XVIII*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Fuentes para la Historia Colonial de Venezuela, 1980.

⁵⁹ Vila Vilar, Enriqueta, “Extranjeros en Cartagena (1593-1630)”, separata de *Jahrbuch Für Geschichte Von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, Editado por Richard Konetzke, Hermann Kellenbenz y Günther Kahle, Böhlau Verlag, Köln Wien, 1979.

⁶⁰ Tau Anzoátegui, Víctor, “Una defensa de los extranjeros en el Buenos Aires de 1743”, trabajo presentado en el *VI Congreso de Historia de América*, separata, t. IV, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1982.

⁶¹ Gould, Eduardo Gregorio, “La condición del extranjero en América: los portugueses en Córdoba del Tucumán entre 1573 y 1640”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 19, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1991, pp. 245-279.

⁶² *Idem*, “Los extranjeros y su integración a la vida de una ciudad india: los portugueses en Córdoba del Tucumán (1573-1640)”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 24, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1996, pp. 63-112.

está la obra de Carmen Gómez Pérez, *Los extranjeros en la América colonial: su expulsión de Cartagena de Indias en 1750*,⁶³ y de Ramón Pedro Yanzi Ferreira, “Expulsión de extranjeros en el Buenos Aires colonial”.⁶⁴ Y de reciente publicación, destacan los estudios de Martin Biersack, “Las prácticas de control sobre los extranjeros en el virreinato del Río de la Plata (1730-1809)”,⁶⁵ así como de Fabricio Gabriel Salvatto y Guillermo Banzato, “Naturales, vecinos y extranjeros en el ejercicio de cargos públicos y oficios. Buenos Aires (ciudad y campaña), 1812-1815”.⁶⁶

Entre los trabajos que abordan la cuestión como un tema puntual del derecho indiano destacan: de José María Ots Capdequí, “Los portugueses y el concepto jurídico de extranjería en los territorios hispanoamericanos durante el período colonial”,⁶⁷ como un esquema general de referencia —dada la brevedad del mismo— para tratar la cuestión; de Francisco Domínguez Compañy, “La condición jurídica del extranjero en América (según las Leyes de Indias)”,⁶⁸ estudio breve, pero contundente y ya clásico en la materia; de Manuel Álvarez-Valdés, *La extranjería en la historia del derecho español*,⁶⁹ que ofrece una visión de conjunto de nuestro tema y facilita la localización de cuerpos normativos, sobre todo los generados en los distintos reinos ibéricos desde la antigüedad hasta el Real Decreto de Extranjería promulgado el 17 de noviembre de 1852. En materia indiana, dedica un apartado a la situación de los extranjeros, sobre todo con base en la Recopilación de 1680.

⁶³ Gómez Pérez, Carmen, *Los extranjeros en la América colonial: su expulsión de Cartagena de Indias en 1750*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1983.

⁶⁴ Yanzi Ferreira, Ramón Pedro, “Expulsión de extranjeros en el Buenos Aires colonial”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 30, Buenos Aires, 1995, pp. 213-229.

⁶⁵ Biersack, Martin, “Las prácticas de control sobre los extranjeros en el virreinato del Río de la Plata (1730-1809)”, [en línea], *Revista de Indias*, Madrid, vol. 76, núm. 268, 2016, pp. 673-716. doi: 10.389/revindias.2016.021

⁶⁶ Salvatto, Fabricio y Banzato Guillermo, “Naturales, vecinos y extranjeros en el ejercicio de cargos públicos y oficios. Buenos Aires (ciudad y campaña), 1812-1815.”, [en línea], *Revista de Indias*, Madrid, vol. 77, núm. 269, 2017, pp. 169-195. doi: 10.389/revindias.2017.006

⁶⁷ Ots Capdequí, José María, “Los portugueses y el concepto jurídico de extranjería en los territorios hispanoamericanos durante el periodo colonial”, *Estudios de Historia del Derecho Español en las Indias*, Bogotá, Editorial Minerva, 1940, pp. 364-378.

⁶⁸ Domínguez Compañy, Francisco, “La condición jurídica del extranjero en América (según las Leyes de Indias)”, *Revista de Historia de América*, México, núm. 39, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1955.

⁶⁹ Álvarez-Valdés, Manuel, *La extranjería en la historia del derecho español*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1992.

Particular mención merece el trabajo, clásico ya, de Richard Konetzke, “Legislación sobre inmigración de extranjeros en América durante la época colonial”.⁷⁰ El autor, que al momento de publicar este artículo investigaba ya en el AGI con miras a la publicación futura de su *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*,⁷¹ lleva a cabo un recuento cronológico de las principales disposiciones legales que regularon al colectivo de extranjeros. Pionero en aquellos años en un ámbito prácticamente inexplorado, el trabajo de Konetzke fue la referencia obligada (y, por desgracia, repetida hasta el exceso) en cada estudio ulterior que abordaba la cuestión de los extranjeros. El trabajo de Konetzke no pretendió un análisis exhaustivo, sino una presentación general, sistematizada por reinos, de las normas promulgadas para regular el paso de extranjeros a Indias, con fundamentaciones históricas, que podrían explicar su diseño y necesidad. Constituye así, una introducción inmejorable al tema, pero no más.

La obra de Demetrio Ramos Pérez, *La prevención de Fernando el Católico contra el presumible dominio flamenco de América: la primera disposición contra el paso de extranjeros al nuevo continente*,⁷² fue igualmente importante para el periodo de descubrimiento y primeras regulaciones en el paso de extranjeros, particularmente para el análisis que proponemos, en un sentido contrario al autor, sobre la exclusión de los aragoneses de la carrera de Indias.

En años recientes, la profesora Eleonora Poggio ha aislado el tema de la composición de extranjeros como objeto de estudio independiente, relacionándolo directamente con la necesidad financiera de la Corona de Castilla, fundamentalmente durante el siglo XVII.⁷³ La autora lleva a cabo un recuento histórico en el que señala los motivos económicos que motivaron el incremento exponencial de composiciones de extranjeros en Indias.

De igual forma, recientemente, Gleydi Sullón Barreto defendió en el Departamento de Historia de América de la Universidad Complutense de

⁷⁰ Konetzke, Richard, “Legislación sobre inmigración de extranjeros en América durante la época colonial”, *Revista Internacional de Sociología*, Madrid, Instituto “Balnes” de Sociología, año III, núm. 11-12, julio-diciembre, 1945, pp. 269-299.

⁷¹ Konetzke, Richard, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, 5 vols., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1953, 1958, 1962.

⁷² Ramos Pérez, Demetrio, “La prevención de Fernando el Católico contra el presumible dominio flamenco de América: la primera disposición contra el paso de extranjeros al nuevo continente”, *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, 14, 1977, pp. 1-46.

⁷³ Poggio, Eleonora, “Las composiciones de extranjeros en la Nueva España, 1595-1700”, *Cuadernos de Historia Moderna*, X, 2011, pp. 177-193.

Madrid, su tesis doctoral,⁷⁴ con un estudio sobre los portugueses en la Lima de finales del siglo XVI y gran parte del XVII. En ella, la hoy doctora lleva a cabo un estudio introductorio en materia de extranjería, haciendo un recuento de las principales disposiciones de derecho indiano.

Para la cuestión sobre la exclusión de extranjeros como medida de protección de la fe católica, el trabajo de María Cristina Navarrete, *Judeoconvertidos en el Nuevo Reino de Granada entre los siglos XVI y XVII*,⁷⁵ señala varios puntos de análisis desde la perspectiva de la extranjería. La autora resalta al conglomerado de portugueses conversos y las vicisitudes legales, y cotidianas también, a las que tuvieron que enfrentarse para lograr la integración en sus comunidades receptoras.

A guisa de perspectiva introductoria a la legislación promulgada con posterioridad a 1680, se acudió al trabajo de Antonio Muro Orejón, “Leyes del Nuevo Código de Indias vigentes en América”,⁷⁶ si bien no se profundizó en este tema, por superar nuestra definición temporal del objeto de estudio.

En lo que concierne a la literatura jurídica indiana, la obra de Miguel Luque Talaván fungió como una guía inestimable para adentrarnos en la valoración crítica de su importancia.⁷⁷ En este trabajo, nos hemos limitado a estudiar a los autores clásicos de la literatura jurídica indiana, toda vez que al tema de la extranjería no se le solía dedicar más que breves comentarios, generalmente circunscritos a la materia mercantil o a la reserva de oficios y beneficios seculares y eclesiásticos.

Se llevó a cabo el estudio de la obra de Joseph de Veitia Linage, *Norte de la contratación de las Indias occidentales*,⁷⁸ especialmente el libro I, capítulo XXXI, “De la prohibición que para navegar a las Indias, o comerciar en ellas tienen los extranjeros, y quales lo son para este efecto”. Por su parte,

⁷⁴ Sullón Barreto, Gleydi, *Vasallos y extranjeros. Portugueses en la Lima virreinal, 1570-1680*, tesis doctoral, Dirección de Pilar Ponce Leiva y Rafael Valladares Ramírez, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

⁷⁵ Navarrete, María Cristina, *Judeoconvertidos en el Nuevo Reino de Granada entre los siglos XVI y XVII, Proyecto judeo-conversos en el mundo colonial neogranadino siglos XVI y XVII*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia-Área de Historia Colonial, diciembre, 2009.

⁷⁶ Muro Orejón, Antonio, “Leyes del Nuevo Código de Indias vigentes en América”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 17, 1941, pp. 443-472.

⁷⁷ Luque Talaván, Miguel, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, Biblioteca de Historia de América, CSIC, 2003.

⁷⁸ Veitia Linage, Joseph de, *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, 1671, Sergio Chiáppori (ed.), Buenos Aires, Publicaciones de la Comisión Argentina de Fomento Interamericano, 1945.

Juan de Hevia Bolaños, en su *Curia philippica*,⁷⁹ no tiene un capítulo específico dedicado a los extranjeros, pero en los temas relativos a “alcabala”, “arrendamiento real”, “cambios y bancos”, “corredores”, “libros”, “mercaderes”, “navegantes”, “naves”, “elección de oficios” y “pena de comiso”, toca las disposiciones especiales para extranjeros. El doctísimo Juan Solórzano Pereyra, en la *Política indiana*,⁸⁰ expone la materia de naturaleza y extranjería en el libro IV, capítulo XIX, “De la justificación, y conveniencias que hay, para que en las iglesias y beneficios de las Indias se prefieran en igualdad de méritos los que hubieren nacido en ellas, y de las leyes del derecho común y del Reyno, y cédulas reales que tratan de esto”.

A su vez, en la monumental *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias en las Indias Occidentales*,⁸¹ Rafael Antúnez y Acevedo es el que mejor sistematiza el tema que nos ocupa, al proponer una graduación dentro de las naturalezas y recoger la legislación vigente hasta la publicación de su obra en 1797, lo cual nos es de incalculable utilidad. La totalidad de la parte quinta de su trabajo versa sobre normas de extranjería. Con la misma utilidad sistemática está el *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*,⁸² de Manuel Josef de Ayala, que cuenta con un estudio elaborado por la editora Milagros del Vas Mingo, bajo la voz “extranjeros”. Aunque también bajo las siguientes voces encontramos temas que hemos relacionado, bajo criterios distintos, con la extranjería: “asiento de negros”, “berberiscos”, “carta de naturaleza”, “cédula de tolerancia”, “comercio”, “comercio ilícito”, “conquistadores”, “chinos”, “embarcaciones”, “gitanos”, “Inquisición”, “judíos”, “marineros”, “naturaleza”, “pasajeros”, “portugueses”, “vagamundos”.

También se revisó la obra de Antonio de Herrera y Tordesillas, el cronista de Felipe II, en su *Historia general de los hechos castellanos en las islas y tierra*

⁷⁹ Hevia Bolaños, Juan de, *Curia philippica*, edición facsimilar de la edición hecha en Madrid en 1797, 2 vols., Valladolid, Lex Nova, 1989.

⁸⁰ Solórzano y Pereyra, Juan, *Política indiana*, edición de la obra publicada en 1647; prólogo de Francisco Tomás y Valiente; edición de Francisco Tomás y Valiente y Ana María Barrero, 3 vols., Madrid, Biblioteca Castro, 1996.

⁸¹ Antúnez y Acevedo, Rafael, *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias en las Indias occidentales*, edición facsimilar de la edición de 1797, estudio preliminar de Antonio García-Baquero González, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

⁸² Ayala, Manuel Josef de, *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, edición y estudios de Marta Milagros del Vas Mingo, 13 vols., Madrid, Ediciones Cultura Hispánica-Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1988-1996.

firme del Mar Océano,⁸³ y de Gaspar de Escalona, *Gazolifacio Real del Perú: Tratado financiero del coloniaje*.⁸⁴

Además de sus aportaciones materiales, interesantes y valiosas, el trabajo de Elena Pérez Martín, *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia*, sirvió como guía metodológica en varios puntos de nuestro trabajo; los planteamientos formales de la autora nos auxiliaron para resolver cuestiones de la misma naturaleza en esta investigación.⁸⁵

III. CUESTIONES METODOLÓGICAS

Cuando hubo que decidir sobre el diseño analítico de esta obra, surgió la cuestión sobre si dividir los temas de estudio por reinados o por cuerpos normativos; es decir, sobre si hacer historia política con mención de las leyes de extranjería que estuvieron vigentes o historia de las instituciones jurídicas de extranjería, la respuesta fue esta última. La diferencia radica en el énfasis que recibe cada eje temático. En el primero —el análisis por reinados—, el énfasis se centra en la política de cada monarca; como consecuencia de ello y desde el estudio e interpretación del ejercicio del poder, se explican los cuerpos normativos. En el segundo, el análisis por cuerpos normativos, se llevó a cabo el estudio directo de la regulación, acudiendo al contexto histórico-político cuando los cambios de criterio legales no se explicaban por sí mismos.

Lo primero que debemos hacer notar es que las disposiciones relativas al paso de personas hacia y desde las Indias, anteriores a 1510, no se encuentran en los cuerpos legales compilados a partir de la segunda mitad del siglo XVI, ya sea porque muchas disposiciones fueron derogadas, o porque fueron refundidas. De igual manera, la literatura jurídica revisada suele enfocar sus comentarios sobre disposiciones posteriores a las Leyes Nuevas de 1542, salvo los escuetos señalamientos de Hevia Bolaños y de Antúnez y Acevedo. Esto significa que las disposiciones de los primeros años de organización de las Indias relacionadas con la extranjería las hemos localizado directamente en el AGI o en las distintas colecciones de documentos consultadas, lo que deja abierta la posibilidad de que existan cédulas no

⁸³ Herrera y Tordesillas, Antonio de, *Historia general de los hechos castellanos en las islas y tierra firme del Mar Océano*, edición y estudio de Mariano Cuesta Domingo, 4 vols., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1991.

⁸⁴ Escalona Agüero, Gaspar de, *Gazolifacio Real del Perú: Tratado financiero del coloniaje*, prólogo de León M. Loza, Bolivia, Editorial del Estado, 1941.

⁸⁵ Pérez Martín, Elena, *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos-Dykinson, 2001.

localizadas aún. No obstante, y con base en las regulaciones promulgadas con posterioridad, podemos concluir que, en caso de existir, esas cédulas no introdujeron cambios normativos de gran importancia.

A partir de 1510, la mayor parte de las disposiciones en la materia se encuentran recogidas en las recopilaciones de los siglos XVI y XVII o referidas en las opiniones de los autores indianos.

La estructura de la presente investigación se construyó con base en la clasificación de las normas en materia de extranjería propuesta por Domínguez Compañy,⁸⁶ y de la cual ya habíamos hablado escuetamente en párrafos anteriores, a saber:

1. Normas “definitorias”, cuyo objetivo fue construir el ámbito personal de validez normativa de la extranjería; es decir, las que nos indican quiénes eran considerados como extranjeros y su esfera jurídica de derechos y obligaciones. Dentro de estas normas hemos incluido las que regularon la manera de acceder a la naturaleza castellana.
2. Normas de protección al monopolio comercial.
3. Normas de protección a la seguridad y defensa del Estado.
4. Normas de protección a la fe católica.

Esta clasificación fue una herramienta muy valiosa en términos metodológicos, toda vez que fungió como guía, tanto en el análisis de la legislación como en la investigación historiográfica y bibliográfica, y permitió sistematizar la legislación mediante un criterio material —de contenido—, pero de ninguna manera constituyó una visión de política legislativa que haya tenido la Corona de Castilla o alguna autoridad indiana para la consecución de intereses u objetivos estatales relacionados con el colectivo de los extranjeros.⁸⁷ Es un criterio facticio que no tiene correlación directa con la historia legislativa del derecho indiano.

La investigación dio inicio con la construcción del concepto de extranjero a finales del siglo XV y principios del siglo XVI: la delimitación del ámbito personal de validez normativa del derecho indiano de extranjería tiene matices muy particulares, que hubo que ir definiendo con mucha claridad para no caer en equívocos, toda vez que, por ejemplo, no necesariamente todo aquel que tenía impedido el paso a Indias era extranjero de los

⁸⁶ Domínguez Compañy, Francisco, *op. cit.*, p. 114.

⁸⁷ Al respecto, Haring opina que es difícil descubrir “política” alguna de caracteres determinados, básicamente en materia comercial, careciendo las decisiones que se tomaban de lineamientos definidos. *Cfr.* Haring, Clarence H., *Comercio y navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgo*, *cit.*

reinos castellanos, como falso es también que se podía ser extranjero de los territorios ultramarinos sin serlo de los reinos castellanos. Este apartado de la obra, que corresponde al capítulo primero, es el más extenso, y en donde se desarrollaron los conceptos principales del aparato teórico. Incluye, además, un estudio sobre la profesión de la fe católica como presupuesto lógico-normativo para configurar la personalidad jurídica, lo cual permite diferenciar al extranjero del no católico. Se consideró oportuno mantener el apartado completo, a pesar de su extensión, primando la unidad temática por encima del balance estrictamente formal.

Habiendo imputado la extranjería, procedimos, en el capítulo segundo, a analizar el proceso que posibilitó transitar de la extranjería a la ficción jurídica de la naturalización, y en ese sentido, se estudiaron los diversos supuestos que permitieron el paso a Indias siendo extranjero. Los tres temas fundamentales de dicho apartado son: licencias de paso, cartas de naturaleza y composición. Se incluyó también, un estudio sobre las sanciones legales en caso de incumplimiento. En esta sección se procedió a un análisis normativo sobre la tan debatida cuestión de la exclusión aragonesa, llegándose a la conclusión de que ésta efectivamente existió, al menos legalmente.

Una vez que definimos quiénes fueron considerados extranjeros en el derecho indiano y cómo podían acceder a la naturaleza de los reinos castellanos, así como las consecuencias jurídicas del incumplimiento, se procedió a sistematizar, siguiendo un criterio material, su esfera jurídica de derechos y obligaciones, en la segunda área general de análisis. La ordenación sistematizada de los derechos y prohibiciones, de las obligaciones de los particulares, fueran extranjeros o naturales de los reinos castellanos, y de las autoridades indianas frente al colectivo de los extranjeros, se construyó sobre la clasificación de normas antes expuesta: comercio, defensa militar y religión.

Los estudios sobre mercaderes e intercambios comerciales son los que en mayor medida han abordado el tema de la extranjería, debido a la enorme participación de extranjeros en la carrera de Indias. No obstante, la legislación promulgada para regular esta actividad específica, sorprendentemente, no es tan abundante como se podría colegir de la importancia histórica que tuvo. La sistematización de estas disposiciones es el tema del capítulo primero de la segunda parte de este trabajo.

Proteger la actividad mercantil ultramarina de los extranjeros pudo haber sido el interés principal de la monarquía hispánica, pero no fue el único, ya que también hubo que proteger al propio Estado castellano y a la tarea evangelizadora que se había arrogado desde el descubrimiento mismo. Además, hubo que defender no sólo negocios, costas, mares, tierras y fe, sino

los intereses económicos aparejados a cada uno de estos rubros, es decir, al Regio Patronato Indiano.

Así, se promulgaron un conjunto de normas cuyo objetivo principal fue la protección y defensa del Estado, lo que propició la existencia de una especie de política legislativa para impedir la transmisión de información estratégica, ya fuera geográfica o naval, a los enemigos de los reinos castellanos. Por ejemplo, los extranjeros tenían prohibido acceder a cartas de marear, pinturas y descripciones de las Indias; es decir, a mapas que pudieran mostrar los caminos construidos tierra adentro. En la misma línea, estaba prohibido encargarles descubrimientos, o formar parte de las expediciones de los descubridores.⁸⁸ Estos temas conforman la materia principal del capítulo segundo de la segunda parte.

La exclusión de los extranjeros con fundamento en la protección de la religión católica y del Regio Patronato Indiano constituye el objeto de estudio del capítulo tercero de la segunda parte. Hay que apuntar que la obra se enfocó en el derecho indiano secular o derecho eclesiástico indiano,⁸⁹ quedando fuera del estudio el derecho canónico indiano —aunque dada su importancia, en numerosas ocasiones fue incluido entre las obras jurídicas de uso corriente en Indias, como bien lo señala Malagón Barceló—,⁹⁰ por considerarlo de una naturaleza diversa, como de hecho fue considerado por la propia Corona de Castilla, al no incluirlo en las distintas recopilaciones de leyes, incluida la propia Recopilación de 1680.

El presente estudio se centró en las normas efectivamente promulgadas, es decir, válidas. La norma o la transgresión de la misma, que no se encuentre documentada, no forma parte de este estudio, y sería objeto, en todo caso, de investigaciones propias de la sociología jurídica o de la historia política.

El sistema de citación empleado se desarrolló con base en la obra *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México,⁹¹ que a su vez se inserta

⁸⁸ Ley III, título I, libro IV de la Recopilación de 1680. O la ley I, título II del libro IV de la misma Recopilación, originada por una cédula aún más antigua expedida por los Reyes Católicos en el sentido de prohibir a cualquier persona, natural o extranjera, que no contara con una licencia, formar parte de expediciones de descubrimiento a tierra firme en todas las Indias e islas adyacentes, descubiertas ya o por descubrir.

⁸⁹ Es el que dicta el Estado para regular el fenómeno religioso en su proyección social, distinto al derecho canónico o confesional, que es el que dicta la Iglesia a sí misma para su gobierno interno.

⁹⁰ Malagón Barceló, Javier, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España*, México, Biblioteca Nacional de México, Instituto Bibliográfico Mexicano, 1959, p. 39.

⁹¹ Márquez Romero, Raúl y Hernández Montes de Oca, Ricardo, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013.

en el modo latino de citación. Las referencias a documentos extraídos de archivos, así como el apartado de *Documentales*, fueron elaborados con base en la *Norma Internacional General de Descripción Archivística, ISAD (G)*.⁹²

En síntesis, el esquema temático sobre el cual se desarrolló este libro es el siguiente:

1. Un aparato teórico en donde se definan los conceptos de naturaleza y extranjería.
2. Estudio y definición del concepto normativo de extranjero mediante la construcción del ámbito personal de validez normativa del derecho de extranjería en Indias.
3. Procedimientos de naturalización y de acceso legal a Indias desde la extranjería.
4. Construcción del ámbito material de validez normativa del derecho de extranjería en Indias: normas de protección al comercio, a la fe católica y a la defensa y seguridad del Estado.
5. Conclusiones.

Antes de terminar, se ha de confesar que este estudio se inspiró en un interés francamente contemporáneo por conocer el derecho de extranjería que heredaron los territorios americanos tras su independencia, una curiosidad por comprender las bases jurídicas sobre las que estructuraron esas naciones nuevas sus propios conceptos de extranjero, de nacional y de ciudadano,⁹³ y desde donde proyectaron los distintos cuerpos legales que los regularon, y regulan en la actualidad;⁹⁴ y es que en casos como el del antiguo virreinato de la Nueva España, hoy México, la relevancia de conocer y comprender todo el espectro normativo del fenómeno migratorio no es un asunto secundario frente al fenómeno migratorio más grande del mundo, que comparte con los Estados Unidos de América. En definitiva, la construcción del puente entre el pasado y el presente, verdadero tesoro que puede buscar, encontrar y ofrecer el historiador del derecho.

⁹² Adoptada por el Comité de Normas de Descripción Estocolmo, Suecia, 19-22 de septiembre 1999, Madrid, 2000.

⁹³ Para un estudio introductorio sobre la construcción de la ciudadanía partiendo de la promulgación de la Constitución de Cádiz, ya en pleno proceso de independencia de los reinos indios, se recomienda acudir a: Lorente Sariñena, Marta, “De monarquía a nación: la imagen de América y la cuestión de la ciudadanía hispana”, *Historia Contemporánea*, Universidad del País Vasco, núm. 33, 2006, pp. 537-556.

⁹⁴ “El derecho de la América sometida a España, el llamado indiano, porque como Indias se designa el Nuevo Mundo, constituye el fondo común y base de partida de los sistemas jurídicos de los pueblos de habla hispana”. García-Gallo, Alfonso, “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispano-americano en los siglos XVI a XVIII”, *cit.*, p. 158.