

PRIMERA PARTE  
EL TIPO LEGAL

## CAPÍTULO PRIMERO

### ÁMBITO NORMATIVO DE VALIDEZ PERSONAL

*Por Castilla y por León  
Nuevo Mundo halló Colón*

#### I. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA EXTRANJERÍA: EL INDIVIDUO CON CALIDAD DE EXTRANJERO

##### 1. *El concepto de naturaleza en la Edad Moderna: la configuración de la extranjería*

Pensar la época moderna significa visualizar, más que un resultado concreto, un largo proceso de cambio de mentalidad, que hunde profundamente sus raíces en la Edad Media, que apela a conceptos grecorromanos y germanos, que se nutre de un humanismo,<sup>95</sup> que se antoja tímido y frágil, en un principio, para cobrar, más tarde, un esplendor inigualable. La “preparación cultural” de la que habla Lewis Mumford, como parte del desarrollo de la técnica, impactó la forma de ver el mundo y de regularlo.<sup>96</sup> Así, el ser

---

<sup>95</sup> “...Humanismo es el cultivo de los clásicos greco-latinos para aprender de ellos la elegancia del estilo y la sabiduría en lo que tiene de racional y humano. En él se distinguen tres aspectos característicos: *docta religio*, *amor sapientiae* y *latinismo*. *Docta religio*, o en palabras de Erasmo, *Eruditio cum pietate*, que nos habla de la armonización entre las doctrinas y erudición de los clásicos, con la piedad y la religión cristianas. *Amor sapientiae*, que es aprecio por la verdadera sabiduría que hace que la creencia esté en relación al hombre y a Dios, no simplemente la ciencia por la ciencia. *Latinismo*, que supone el amor y cultivo del latín clásico y ciceroniano. El Humanismo así entendido supera los marcos antes expuestos de ciencia Afilológica, Renacimiento, etc., y sobre todo no está en contradicción con la religión cristiana del mundo occidental de la época, donde Dios de una manera o de otra, entendido o «conocido» de diferentes formas lo envuelve y lo penetra todo”. Salord Bertrán, Manuel Ma., *op. cit.*, p. 41.

<sup>96</sup> Mumford habla de la “preparación cultural” en el sentido del cambio de mentalidad que tuvo que enfrentar la sociedad occidental para incorporar, en todos los aspectos de su vida productiva y cotidiana, a la máquina. Es la preparación cultural el elemento que permi-

humano, tras los primeros movimientos humanistas, colocó a la razón como tema central de sus reflexiones, prácticamente en cualquier ámbito en el que profundicemos.

Nuestro ámbito, la extranjería, no se sustrajo de dicha tendencia, como ya vimos en el capítulo anterior. Si bien existieron, desde la Edad Antigua, diferencias entre los individuos en virtud de su lugar de nacimiento, lengua o color de la piel, "...el Estado moderno hasta el Absolutismo era un Estado promiscuo, donde el factor de la nacionalidad carecía de valor jurídico y, por lo tanto, el concepto de extranjero era solamente adjetivo, eficaz en la relación de encuentro pero inexistente como *status* de la persona".<sup>97</sup>

Aunque veremos que lo anterior no es aplicable en todos los supuestos, ya que efectivamente existía normatividad basada en el origen de los individuos, *i. e.* en el derecho visigodo, sí es cierto que hasta la aparición de los gobiernos absolutistas del siglo XVI el tránsito entre los distintos territorios europeos, e incluso entre los distintos reinos que conformaban lo que conocemos actualmente como España, traía consecuencias deónticas prácticamente intrascendentes para los individuos. Como afirma Elena Pérez:

El moderno concepto de la personalidad del derecho, concebido como el conjunto de derechos y obligaciones del individuo que le siguen a todo lugar donde se encuentre, es decir, la posibilidad de aplicación extraterritorial de las leyes, así como la referencia al individuo en cuanto persona y no como ciudadano, no fue conocida en la antigüedad sino que tendrá su origen más tarde con las doctrinas estatutarias.<sup>98</sup>

El descubrimiento de América avivó las reflexiones en torno a la aplicación del derecho. En efecto, las Indias occidentales hicieron surgir la necesidad de regular el paso hacia sus territorios. Y al pensar y proyectar la normatividad indiana, se reflexionó más y con mayor profundidad sobre la extranjería entre los reinos ibéricos, que efectivamente existió *de jure* hasta los decretos de Nueva Planta en el siglo XVIII.

Tomemos como punto final para nuestro análisis la Recopilación de 1680; a partir de ella, nos moveremos hacia atrás en la línea del tiempo para comparar las distintas regulaciones que se generaron antes de su pro-

---

te, en una primera instancia, desarrollar la técnica, más que la mera investigación científica. Cfr. Mumford, Lewis, *Técnica y civilización*, trad. de Constantino Aznar de Acevedo, Madrid, Alianza Universidad, 1971.

<sup>97</sup> Oliván López, Fernando, "El extranjero y lo nacional. Reflexiones sobre el derecho de extranjería", *Studia Carande*, núm. 5, 2000, p. 85.

<sup>98</sup> Pérez Martín, Elena, *op. cit.*, p. 34.

mulgación. Dicho cuerpo normativo determina en la ley XXVIII del título XXVII, libro IX, t. IV, que eran extranjeros de los reinos de las Indias los que no eran naturales de los siguientes reinos:

- a) Castilla
- b) León
- c) Aragón: que incluye Las Islas de Mallorca y Menorca
- d) Valencia
- e) Cataluña
- f) Navarra

Independientemente de los antecedentes jurídicos a esta norma específica, mismos que analizaremos con mayor detalle en los apartados siguientes, lo primero que salta a la vista del investigador es la construcción semántica de la norma, construcción que se nos presenta en sentido negativo: “el que no es natural”. La determinación jurídica del extranjero se dio mediante un sistema de exclusión: es extranjero el que no reúne determinados requisitos o condiciones para ser considerado como natural.<sup>99</sup>

Esta característica, a primera vista meramente semántica, constituye el presupuesto lógico-normativo de todo nuestro trabajo. En efecto, la calidad de extranjero en el derecho indiano nace de la contraposición a la calidad de natural. Ello significa que de la determinación jurídica de la naturaleza dependerá la de la extranjería. De poco sirve conocer los contenidos normativos aplicables a los extranjeros si no hemos determinado, en primera instancia, sobre quiénes se imputaban. Es decir, debemos construir el criterio general de vinculación personal a un ordenamiento jurídico determinado.

Esto nos conduce lógicamente a las siguientes preguntas: ¿quiénes fueron los naturales en los albores de la Edad Moderna? Y, anterior a dicho cuestionamiento: ¿cómo fue concebida la naturaleza?, ¿cuáles son los elementos que la construyeron?, ¿dónde estaba definida y regulada?

Ha sido labor de numerosísimos estudiosos jurídico-políticos intentar perfilar respuestas a estas preguntas. De hecho, la mayoría de los trabajos sobre la construcción de las identidades nacionales y los nacionalismos

---

<sup>99</sup> En este sentido, la estructura del concepto de extranjero es formalmente idéntico a la que impera hoy día, puesto que actualmente lo seguimos planteando como opuesto al de nacional. Empero, materialmente es, desde luego, un concepto distinto, en la medida en que la naturaleza es el antecedente histórico-jurídico de la condición de nacional. La nacionalidad se entiende dentro de las teorías de la razón de Estado, y, sobre todo, de la soberanía popular, todas ellas expuestas a finales del siglo XVIII y consolidadas en el siglo XIX con la formación del Estado nacional.

parten del análisis histórico para proponer teorías que expliquen esos cuestionamientos. La ciencia política, la sociología, la demografía, la filosofía, la historia, la ciencia jurídica, han dado, todas, su aportación al tema; han ofrecido todo tipo de argumentos sobre la naturaleza de un país, de una raza y de una cultura.

Como ya se hizo mención en el apartado introductorio, este trabajo no versa directamente sobre la naturaleza; aquí no se expondrá ninguna nueva propuesta conceptual o filosófica alrededor de este punto; sin embargo, sí fue necesario ordenar y exponer las principales corrientes teóricas al respecto, siendo el enfoque principal, desde luego, la remisión constante y obligatoria al contenido de las leyes.

Por lo tanto, la investigación sobre la naturaleza fue de extraordinaria puntualidad, en la medida en que dicha materia precede al derecho indiano, al regularse por el derecho castellano y por el *ius commune* en última instancia,<sup>100</sup> que constituyeron, llegado un punto, el derecho supletorio al indiano.<sup>101</sup> Este derecho común fue recibido en Indias a través de la recepción del derecho castellano, que vivía, al momento del descubrimiento, un proceso de adaptación del *ius commune* medieval<sup>102</sup> a la concepción, más

---

<sup>100</sup> “El *ius commune* europeo puede conceptuarse, en términos muy generales, como un discurso jurisprudencial, universitario y sapiencial cuyas pretensiones de convertirse en un ordenamiento jurídico común supletorio de los diversos derechos particulares determinaron su configuración a partir de la reconducción de los problemas sociales de su tiempo”. Pampillo Balíño, Juan Pablo, *Historia general del derecho*, México, Oxford, 2008, pp. 202 y 203.

<sup>101</sup> Dentro de la técnica y terminología jurídica de la época, el derecho indiano no era más que un derecho especial o municipal encuadrado en el común de Castilla. Una vez que inició la corriente recopiladora de las disposiciones indianas, Juan de Ovando, presidente del Consejo de Indias de 1571 a 1575, fue el primero en concebirlo como un sistema completo y no como un conjunto de normas particulares. Así, en 1614 se dispuso que las disposiciones legales que a partir de ese momento se dictaran para Castilla no regirían sin más en Indias, salvo que se dijera expresamente. Cfr. García-Gallo, Alfonso, “Las etapas del desarrollo del derecho indiano”, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Conmemoración del V Centenario del Descubrimiento de América, 1987, p. 12.

<sup>102</sup> Para un estudio detallado sobre la recepción del *ius commune* en Indias se recomienda el trabajo de Martínez Martínez, Faustino, “Acerca de la recepción del *ius commune* en el derecho de Indias. Notas sobre las opiniones de los juristas indianos”, [en línea], *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, vol. XV, 2003, pp. 447-523. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt14.pdf> [Consulta: 17 junio 2010].

Sobre esta misma temática, acudir a Barrientos Grandón, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España. Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

moderna, del rey como legislador, más que como intérprete del derecho romano justinianeo.<sup>103</sup>

El derecho castellano es producto del derecho romano,<sup>104</sup> sí, pero también lo es del derecho germano. De este último derivará el vínculo interno de la comunidad respecto del Estado; es decir, nuestro objeto de estudio recibe una influencia decisiva del derecho germano. “El estrato del Derecho Castellano es germánico... El Derecho en sentido germano —el orden de paz que vive por la observancia de las convicciones y costumbres de los antepasados— impera sobre el Estado, es el vínculo interno de la comunidad del pueblo”.<sup>105</sup>

Aclarado el punto sobre la remisión al derecho castellano, dejemos momentáneamente de lado la extranjería, para profundizar en el concepto de naturaleza en el derecho de Castilla.

En el principio, está el concepto. La naturaleza

...hace referencia, pues, a la relación entre un conjunto de seres humanos que, normalmente asentados en un lugar concreto, se presentan hacia el exterior como un grupo cultural homogéneo, como una nación, pero implica, además, frente a la mera idea relacional y cultural de nación..., un tercer elemento: la configuración de un conjunto de derechos y deberes entre todos los miembros de la comunidad que produce una tendencia a la organización política.<sup>106</sup>

O, de forma más sucinta, naturaleza “es el origen que cada cual tiene con respecto a una ciudad o reino donde ha nacido y que le da ciertos de-

---

<sup>103</sup> “El monarca, será ahora, con relación a la tierra nueva, un activo personaje en el mundo del Derecho, pero no obrará a su antojo, ni podrá prescindir (ni tampoco habrá de quererlo ante semejante empresa), del inmenso bagaje intelectual que le ofrece el Derecho común (que es, además, un Derecho imperial que lo atrae irremisiblemente)”. Martíre, Eduardo, “Algo más sobre derecho indiano (entre el *ius commune* medieval y la modernidad)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 73, 2003, p. 244.

<sup>104</sup> “Desde el siglo XI, la legitimidad del Derecho romano justinianeo se fundamentaba en su consideración como ley del imperio. A lo que debe sumarse su enorme prestigio derivado de su nombradía como una creación insuperable. Esta autoridad había sido apoyada también por la Iglesia Romana. Era pues un Derecho común a toda la cristiandad en su doble vertiente eclesiástica y laica”. Luque Talaván, Miguel, “Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana”, *cit.*, p. 119.

<sup>105</sup> Góngora, Mario, *El Estado en el derecho indiano*, Santiago de Chile, Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales-Universidad de Chile, 1951, p. 15.

<sup>106</sup> 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, pp. 13 y 14.

rechos civiles o eclesiásticos”.<sup>107</sup> En este sentido, la consecuencia deóntica de la naturaleza es el conjunto de derechos y obligaciones específicos que genera, *v. gr.* la concesión de beneficios eclesiásticos solo era privilegio de los individuos con naturaleza plena.<sup>108</sup>

Desde la óptica de la evolución de la figura, la primera puntualización que conviene hacer es que la naturaleza es el concepto antecesor al de la nacionalidad, aunque etimológicamente ambos términos proceden de la misma raíz indoeuropea.

En efecto, en sentido estricto, no podemos hablar de nacionalidad sino hasta el siglo XIX, cuando los conceptos de Estado y de nación quedaron claramente delimitados (independientemente de la corriente de pensamiento político que los haya explicado en cada caso) y cuando las formas de organización sociopolíticas hubieron superado, ya, los absolutismos.

La idea de nación en plenitud, por ejemplo, no podrá llegar hasta el propio momento en que, derrocada la monarquía con las primeras revoluciones liberales, el referente unificador del rey ya no sea posible con lo que, y en plena coherencia con la reciente asunción popular de la soberanía, deberá configurarse con plena nitidez un concepto de nación que será el que, desde entonces y sin ningún intermediario, impulse y motorice el Estado que adquirirá, por lo mismo, una fuerza y desarrollo renovados.<sup>109</sup>

Así pues, la naturaleza no se entiende, en este momento histórico, dentro de una nación o de un Estado como se concibieron éstos a finales de la Edad Moderna, sino dentro de un reino,<sup>110</sup> y en el caso de la península

---

<sup>107</sup> Del Vas Mingo, Milagros, estudio histórico de la voz “naturaleza”, en Ayala, Manuel Josef de, *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, edición y estudios de Marta Milagros del Vas Mingo, vol. X, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica-Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1988-1996.

<sup>108</sup> Como veremos más adelante, la naturaleza fue susceptible de graduación; esto es, un sujeto podía ser considerado como natural para ser titular de ciertos derechos, y extranjero para serlo de otros.

<sup>109</sup> Pérez Collados, José María, *op. cit.*, p. 15.

<sup>110</sup> En palabras de Maravall: “no queremos decir que el proceso de formación de las Naciones se halle, ni siquiera en las sociedades políticas barrocas del siglo XVII, en un momento de plenitud: ni que haya logrado —tal vez no lo logrará nunca— una reconocida correspondencia con los ámbitos de los principados existentes; ni que presente, en cada caso, confines definidos y excluyentes. Dejémoslo en el grado de iniciación que se quiera. Para ello, a fin de evitar errores de interpretación —que no serán posibles si se leen estas páginas correctamente— hemos acuñado el neologismo protonación, para caracterizar el nivel de evolución de la época”. Maravall, José Antonio, *Estado moderno y modernidad social (siglos XV a XVII)*, Madrid, Alianza, 1986. *Apud. ibidem*, nota 18, p. 15.

ibérica,<sup>111</sup> dentro de un conjunto de reinos;<sup>112</sup> en palabras de Ots Capdequí: “una federación de naciones sujetas a una misma Monarquía, y en un último término, un Imperio”.<sup>113</sup> Bajo esta misma línea de reflexión, Bravo Lira explica:

En Castilla la formación del concepto de Estado está ligada a la realidad institucional de la monarquía como un conjunto de reinos, distintos entre sí, pero unidos bajo un mismo monarca. Por Estado y cosas de Estado se entiende lo que refiere a toda la monarquía y depende, por tanto, del rey, en contraposición a reino y cosas del reino, que son las que atañen a cada reino en particular.<sup>114</sup>

El que hubiera estos varios reinos dentro de la península ibérica conllevó a la utilización, cada vez más difundida a lo largo de la Edad Moderna, del término “español”, lo cual no aludía en este momento a una generalidad supranacional, sino a una manera práctica de decir que se era natural de alguno de los reinos de dicha península. En este trabajo haremos referencia no al español, sino al castellano, por ser la Corona de Castilla, a través de su Real y Supremo Consejo de Indias, el órgano legislador de nuestra materia de estudio.

A pesar de esta precisión, lo cierto es que el Renacimiento y, sobre todo, la crisis de la Iglesia católica, tras el Cisma de Occidente y, más adelante, la Contrarreforma, propiciaron una reacción que podríamos calificar de cuasinacionalista por parte de los príncipes europeos, en la búsqueda del fortalecimiento político de sus coronas frente a la manifiesta crisis de poder del papa. Este posicionamiento influyó decisivamente en la concepción de la potestad estatal sobre los derechos de sus súbditos naturales y los límites que

---

<sup>111</sup> “Como es sabido, en Castilla el uso de la palabra «Estado» en sentido propiamente político es muy anterior a Maquiavelo. Está atestiguado, por lo menos, desde el siglo XIV... Bajo los Reyes Católicos se habla en los documentos oficiales de *nuestro real estado* y del *real estado* de sus altezas”. Bravo Lira, Bernardino, “Formación del Estado moderno I: El concepto de Estado en las Leyes de Indias durante los siglos XVI y XVII”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, VIII Congreso del Instituto Internacional del Derecho Indiano, núm. 11, vol. I, 1985, p. 211.

<sup>112</sup> Esta situación marca ya un proceso de evolución respecto de la Baja Edad Media en la que se era natural no de un reino, sino de un señorío, es decir, de un cuadro de organización política más restringido, dentro del cual la figura del vasallaje era la que definía la relación del señor con su pueblo.

<sup>113</sup> Ots Capdequí, José María, “Los portugueses y el concepto jurídico de extranjería en los territorios hispanoamericanos durante el período colonial”, *Estudios de historia del derecho español en las Indias*, Bogotá, Editorial Minerva, 1940, p. 369.

<sup>114</sup> Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, p. 213.



debían tener aquellos individuos procedentes de otros territorios (incluso cuando los mismos estuvieran sujetos al mismo monarca, como fue el caso de la Corona de Castilla en la persona de Carlos V) o que profesaban una fe diversa a la católica. Dicha concepción se tradujo en una legislación altamente excluyente en el derecho castellano, y que habría de traspasarse, más adelante, al derecho indiano, todo ello fundamentado aún en el *ius commune*, particularmente en el caso de Castilla.

Retomando el concepto, decimos que la naturaleza está compuesta por dos elementos materiales y un elemento subjetivo. Los elementos materiales son el suelo (*ius soli*) y la sangre (*ius sanguinis*); el elemento subjetivo es la voluntad, que algunas corrientes teóricas han identificado con la mentalidad o la personalidad cultural<sup>115</sup> de un grupo humano,<sup>116</sup> cuyos miembros se identifican a sí mismos como naturales.<sup>117</sup>

El *ius soli* se refiere a la procedencia o vinculación de un sujeto con una tierra en virtud de su nacimiento; esto es, el lugar donde se nace, el lazo territorial. El origen del concepto se remonta al derecho feudal, el cual concibió que los nacidos en un territorio determinado quedaban sometidos, *subiecti*, al señor de la tierra, en calidad de accesoión o fruto de esa misma tierra. Una vez que se evolucionó a las concepciones absolutistas de las monarquías modernas, es que nació plenamente el *ius soli*.<sup>118</sup> Así, no debemos confundir los conceptos de “súbdito” y de “natural”. Dentro de este contexto, la subyugación es un concepto primitivo respecto de la naturaleza, y se refería al vínculo que se establecía entre el señor y el sujeto nacido dentro

---

<sup>115</sup> Desde un punto de vista purista, la nacionalidad, y su opuesto, la extranjería, carecerían de elementos culturales, reduciéndose, ambos conceptos, a los derechos y obligaciones dados por el Estado (o su equivalente según el periodo histórico) a través de sus leyes. De tal suerte se pronuncia Kelsen en su *Teoría pura del derecho*. El problema es que esta postura deja fuera a mujeres, en grandes periodos de la historia (como es el caso que nos ocupa), y a los menores, los cuales, desde luego, tienen algún tipo de vínculo. Y, por el contrario, se haría partícipe del Estado a los establecidos de forma pasajera y, desde luego, a los extranjeros. *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 1995.

<sup>116</sup> Precisamente, debido a la existencia de esta mentalidad en común, es que algunos autores afirman que ni judíos, mudéjares o protestantes, incluso teniendo varias generaciones de arraigo en lugares concretos podían alcanzar la naturaleza en ningún reino cristiano, y no podían considerarse como miembros de aquella nación, puesto que no compartían con el resto de la población dicho ideario colectivo. *Cfr.* Sesma Muñoz, Ángel, “Estado y nacionalismo en la Edad Media, Zaragoza, núm. 7, 1987, p. 266.

<sup>117</sup> Batiffol, Henri y Paul Lagarde, *Droit international privé*, París, 1974-1976.

<sup>118</sup> Castro y Bravo, Federico de, “Introducción al derecho civil”, *Compendio de derecho civil*, vol. 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957-1958, p. 374.

de su tierra durante el medioevo;<sup>119</sup> no será hasta más tarde, producto de la evolución conceptual, cuando se hará derivar la calidad de súbdito del *ius soli*, y la calidad de natural del *ius sanguinis*,<sup>120</sup> del que hablaremos inmediatamente.

El *ius sanguinis* se refiere a la ascendencia, a los padres, a la línea genealógica de la cual procedemos, y, en último término, a la raza. Este elemento cobra fundamental interés; por ejemplo, para determinar la naturaleza de los niños adoptados, espurios y expósitos, en el caso de estos últimos, resultaba prácticamente imposible de determinar biológicamente, razón por la cual la ley hacía una presunción, declarándolos como limpios de sangre. De igual forma, este elemento ayudaba a la determinación de pureza de sangre, en el sentido de averiguar si había ascendentes que hubieran profesado una religión distinta a la católica, lo cual actualizaba el supuesto de imposibilidad jurídica para acceder a la naturaleza, ya fuera castellana o indiana. Más adelante ahondaremos en todos estos puntos.

El elemento volitivo hay que entenderlo desde una óptica doble: como un elemento de identidad cultural y como un elemento técnico.

El primer aspecto se refiere al acervo cultural, el cual provoca que determinados sujetos se vinculen con cierta formación política. Más allá de la reflexión filosófica, este tema señala una conciencia de identidad, distinta, por supuesto, para cada reino de la península ibérica, pero, sobre todo, distinta del desarrollo que tuvo en el resto de Europa la legislación en materia de naturaleza y extranjería.

Francia e Inglaterra fueron los primeros que reflexionaron, en los inicios de la modernidad, sobre el concepto de naturaleza (de nación, en definitiva) dentro del contexto histórico del Concilio de Constanza (convocado el 30 de octubre de 1413, en Constanza, hoy, Alemania), que puso fin al Cisma de Occidente.

Franceses e ingleses estaban en guerra; algunos de los padres conciliares trasladaron sus querellas a la asamblea conciliar y los franceses afirmaron que la nación británica formaba parte en realidad de la nación germana, de manera que no tenía derecho a voto. Los ingleses replicaron que no era así y, al final, lograron que se impusiera su criterio; se reconoció la existencia de cinco na-

---

<sup>119</sup> Al respecto, Juan M. Morales nos señala que en las Partidas, cuerpo normativo que representa por excelencia la cultura jurídica de la Edad Media: “no se hace mención explícita del extranjero, toda vez que en aquella época no existía la idea de *nacionalidad*, en el sentido que tiene para nosotros, sino que, establecidos los lazos sobre la *fidelitas*, era el vasallaje el que definía la relación del señor con su pueblo”. Morales Álvarez, Juan M., *op. cit.*, p. 17.

<sup>120</sup> Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*, p. 426.

ciones con derecho a voto: la británica, la germana, la itálica, la franca y la hispánica.<sup>121</sup>

Estas cinco naciones fueron las generales, insinuándose que había naciones particulares, como portugueses, castellanos o aragoneses.

En Inglaterra, la legislación en materia de extranjería se construyó sobre el concepto de *allegiance*: fidelidad. Esta idea proviene, no de la figura latina de la *fidelitas* o vasallaje, sino de la concepción que el *common law* tuvo del Estado, no como una persona moral, sino como una formación política compleja basada o aglutinada en la persona del rey,<sup>122</sup> sin que este hecho tuviera que fundamentarse en algún tipo de derecho divino;<sup>123</sup> luego, los súbditos británicos se vinculaban no a una entidad política autónoma, sino estrictamente a un rey común a todos, quien los dotaba, en consecuencia, de una identidad. Esta línea de pensamiento político se mantuvo hasta el segundo cuarto del siglo XVII, cuando el protestantismo rompió definitivamente la teoría medieval, e Inglaterra se enfrentó a la guerra civil y al lento pero definitivo final de los absolutismos, incluso en la versión parlamentaria inglesa.

En la época moderna, el primer antecedente del *allegiance* lo localizamos al ascender al trono Jaime VI el 26 de marzo de 1603, convirtiéndose en rey de Inglaterra y de Escocia. Esta situación plantea el dilema de si las personas nacidas en estos reinos son extranjeras entre sí, no obstante que compartían a un mismo rey.

Los civilistas anglosajones sostuvieron dos posturas antagónicas: la primera afirmaba que la persona del rey, poseyendo ambos reinos, posee pueblos y leyes de cada uno separadamente, como lo están los mismos reinos; la segunda sostuvo que nadie podía nacer sujeto a dos *allegiances* ni ser natural por nacimiento de dos reinos distintos.

La importancia política de este dilema adquirió tales proporciones, que se promovió el “Calvin’s Case”, en 1608: un niño escocés, a través de sus curadores, obtuvo el reconocimiento de la acción que le permitía recuperar sus tierras, acción que en principio le debía ser negada dado su carácter de extranjero respecto de Inglaterra. El tribunal se ajustó a la norma “one

---

<sup>121</sup> Andrés-Gallego, José, “El uso de los conceptos patria y nación en el derecho indiano”, *cit.*, p. 1319.

<sup>122</sup> Salmond, Sir John W., “Citizenship and allegiance”, *Law Quarterly Review*, 18, London, 1903. *Apud.* Pérez Collados, José María, *op. cit.*, nota 87, p. 36.

<sup>123</sup> Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, 3a. ed., versión revisada por Thomas Landon Thorson, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 338.

King, one obedience”:<sup>124</sup> se debe obediencia personal al rey, por ley de la *naturaleza*, obediencia a la persona natural que protege al súbdito, y no a un cuerpo político o artificial.<sup>125</sup> Con base en esta sentencia se sentó el precedente legal que resolvía la cuestión de extranjería entre reinos, aboliéndola.

Los abogados franceses, inmersos en la corriente política dentro de la cual el derecho de resistencia estaba unido a la antigua idea de que el poder político residía en el pueblo y en el deber de obediencia pasivo, así como en el derecho divino de los reyes, en cambio, acudieron directamente al derecho romano, alegando los textos sobre el domicilio de origen y el *ius postlimini*,<sup>126</sup> ficción jurídica a través de la cual el cautivo romano que lograba retornar a su patria recuperaba plenamente su personalidad jurídica borrándose completamente el intervalo de su esclavitud.<sup>127</sup> Esto significó dar una importancia especial a la voluntad del individuo por retornar a su patria, aunque se encontrara fuera de ella por un periodo prolongado. El extranjero lo seguía siendo cuando su voluntad fuera la de retornar, algún día, a su lugar de origen.

En ambos casos, británico y francés, la conciencia de identidad es sustancialmente distinta al complejo mosaico que se suscita en la península ibérica, sobre todo por el elemento subjetivo del domicilio. Más adelante seguiremos puntualizando en sus legislaciones para alcanzar una plena comprensión de la situación española.

Desde el punto de vista técnico, el elemento volitivo se traduce en la elección del lugar de residencia fijo, lo que comúnmente se conoce bajo el nombre de “domicilio”. Puede coincidir con el lugar de nacimiento; empero, el mundo de la época moderna se forjó por individuos en continuo movimiento, y en el caso del ámbito indiano, resulta aún más patente la característica de movilidad de los sujetos sobre quienes se imputan las consecuencias normativas de la legislación, puesto que se desplazaban de la metrópoli hacia América, y de vuelta. Esta situación se vio acompañada de la necesidad de regular las consecuencias de dicha movilidad; por ejemplo, la multiplicidad de domicilios que se podían presentar en un mismo individuo.

El domicilio tiene un elemento objetivo, que es la residencia efectiva, el acto real de vivir en un lugar determinado. En tanto que el elemento subjetivo se traduce en la precisión de dónde aspiraba realmente un individuo

<sup>124</sup> “Un rey, una obediencia”.

<sup>125</sup> Castro y Bravo, Federico de, “Los estudios históricos sobre la nacionalidad (apostillas y comentarios)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. VIII, 1955, pp. 217 y 218.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>127</sup> Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 20a. ed., corregida y aumentada, México, Esfinge, 1994, p. 125.

situar aquella residencia definitiva; para esto se contó —desde el derecho romano hasta la modernidad, e incluso en la actualidad—, con diversos criterios materiales de presunción, *v. gr.*: el tiempo que se prolongaba una estancia en determinado sitio; por ejemplo, en el derecho indiano, los extranjeros requerían veinte años de residencia efectiva para poder acceder a la naturaleza que permitía residir y comerciar en Indias, en lenguaje técnico, la conformación de una vecindad.

La vecindad, por tanto, llegó a formar parte del domicilio, puesto que significaba integrarse a una comunidad<sup>128</sup> a través de una habitación continuada y del reconocimiento de la propia comunidad de la existencia de un vecino vinculado a ella;<sup>129</sup> sin embargo, el domicilio es un concepto con mayores requisitos que lo tornan más complejo. Se podían tener varios domicilios y no tener, *de ipso*, ninguna vecindad, como podía ocurrir en el caso de los comerciantes.

En sentido estricto, la vecindad es el antecedente histórico-jurídico del domicilio, que supuso la pertenencia a una comunidad con una determinada organización política durante la Alta Edad Media. En palabras de Pilar Domínguez: “la noción jurídica de vecindad había nacido en el ámbito local-municipal, como referencia a la vida de relación existente entre los miembros de una misma comunidad local”.<sup>130</sup> Encontramos mencionado el concepto de forma recurrente en la legislación foral de la península. “...a través del concepto de vecino se produce, a partir del siglo XII, la reconstrucción del concepto de domicilio y del «incola» tal y como se venía entendiendo por el Derecho romano clásico”.<sup>131</sup>

Así pues, en los albores de la época moderna no todos los súbditos eran naturales de los reinos en los que vivían, ni todos los naturales, por el solo hecho de mudar su residencia, perdían la vinculación con su reino de origen. Recordemos nuevamente que no es lo mismo un súbdito que un natural.

Lo que sí conviene señalar es que existe cierta posibilidad de elección respecto al reino al cual el sujeto pretendía vincularse, constituyendo la ve-

---

<sup>128</sup> El concepto de vecindad se menciona en algunas ocasiones por la legislación indiana como un requisito para integrar el domicilio y estar en posibilidad de solicitar la naturaleza indiana (y así, poder ser titular de la propiedad de tierras o de cierto tipo de prebendas), o bien, y esta es la situación más frecuente, como sinónimo del concepto de domicilio.

<sup>129</sup> Otro tema era cómo probar dicho vínculo. En algunas ocasiones mediante la residencia prolongada o a través de la celebración de matrimonios, pero cada caso se resolvía de acuerdo con las circunstancias específicas.

<sup>130</sup> Domínguez Lozano, Pilar, *op. cit.*, p. 14.

<sup>131</sup> Pérez Collados, José María, *op. cit.*, p. 29.

ciudad el primer eslabón. En efecto, una vez cubiertos los requisitos exigidos por la ley, el extranjero podía optar por solicitar la carta de naturaleza que lo vincularía, en caso de otorgarse, a la Corona de Castilla, y modificaría, si no extinguiría, el lazo con su lugar de origen. Este hecho se conoce en teoría política como la teoría contractual entre el Estado (en esta época hablamos de reino) y los individuos, es decir, Estado y sujetos se relacionan a través de un contrato sinalagmático (aquel que genera derechos y obligaciones para ambas partes).

La vecindad era, en esencia, opcional, ya que se podía elegir a qué núcleo político se quería pertenecer con el mero hecho de mudar el lugar de residencia, sin que el lugar de nacimiento fuera un impedimento para fijarlo.<sup>132</sup>

Es necesario entender que todos estos conceptos evolucionaron en la medida en que evolucionó la organización política ibérica. Conforme el proceso de reconquista (territorial, ideológico, religioso, cultural, político, social, económico, artístico) fue creando figuras político-territoriales más complejas, también los conceptos que vincularon a los habitantes de dichas figuras fueron sofisticándose. Así, los términos empleados en la legislación van del lugareño, morador, poblador, habitador o habitante respecto de la aldea, del vecino respecto del municipio, del natural respecto del reino (Castilla, Aragón, Cataluña, etcétera) hasta llegar al de nacional o ciudadano respecto de España ya para finales del siglo XVIII.<sup>133</sup> Esta evolución conceptual se contextualizó en el marco del tránsito del medievo a la modernidad, y de la modernidad a la época contemporánea.

En el derecho castellano<sup>134</sup> ninguno de estos tres elementos (suelo, sangre o domicilio) tenía, por sí mismo, valor decisivo; esto es, dependiendo de su combinación, que en la Edad Media se tradujo en un régimen muy estricto que se fue flexibilizando conforme la Edad Moderna penetraba en el diseño legislativo, se generaba un supuesto normativo distinto, lo que conllevaba, desde luego, una consecuencia normativa diferente. Empero, esta característica no fue particular de dicha legislación; por ejemplo, el derecho romano clásico no conoció la adquisición de la naturaleza por el simple *ius soli*.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> “The first and most important was the understanding that citizenship was a natural right, which people could exercise freely”. Herzog, Tamar, *Defining Nations. Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, cit., p. 25.

<sup>133</sup> Esta evolución conceptual no significa que en muchas ocasiones se utilizaran estos conceptos como sinónimos, sin que de ninguna manera ello conllevara el contenido que les imputamos hoy en día.

<sup>134</sup> Recordemos que en materia de naturaleza hay que acudir al derecho castellano, y no al indiano.

<sup>135</sup> Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, cit., pp. 136 y 137.

## 2. Régimen jurídico de naturaleza en el derecho castellano

La legislación con la que trabajaremos en este apartado es la castellana,<sup>136</sup> por las razones expuestas en párrafos anteriores. En caso de existir alguna mención en la legislación indiana de los conceptos que nos ocupan, se señalará. Sin embargo, hablar de legislación castellana podría conducirnos al equívoco de visualizar la España de los albores del siglo XVI como un imperio unificado bajo una sola ley. Lejos de ello, la incorporación de los distintos reinos bajo un mismo rey y bajo una misma legislación fue un proceso diplomático largo y complejo, y debemos tenerlo en consideración, ya que esta situación actualizó el supuesto normativo de la extranjería entre reinos; es decir, bajo una misma monarquía existieron distintas naturalezas.<sup>137</sup> “En el siglo XIII existía en Castilla una masa considerable de derecho territorial; material disperso y amorfo, que no emana, como el de otros territorios, del poder central y carece de cohesión y de homogeneidad”.<sup>138</sup>

Así, en el siglo XIII la Corona de Castilla incorporó bajo su mandato los reinos musulmanes de Badajoz, Sevilla, Jaén y Murcia. En 1492, Granada siguió la misma suerte. Todos ellos entraron al siglo XVI como una sola naturaleza política: entre ellos no existía extranjería. Las provincias vascongadas siguieron un proceso diferente, puesto que se unieron mediante pactos a Castilla a lo largo de los siglos XIII y XIV, lo cual les permitió conservar sus instituciones políticas y jurídicas, compartiendo con la Corona castellana tan sólo al rey.<sup>139</sup>

En cuanto a las Coronas de Aragón y de Navarra, ambas conservaron también, en un primer momento, su autonomía, a pesar de su incorpora-

---

<sup>136</sup> Para un estudio pormenorizado del derecho de extranjería en el derecho español, sugerimos consultar la obra de Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*

<sup>137</sup> Sobre este punto, vale la pena señalar el estudio hecho por J. H. Elliot sobre la composición del imperio español que lo concibe, bajo Carlos V, “como simple conglomerado de territorios unidos casi por azar por un soberano común”. Elliot, J. H., *La España imperial (1469-1716)*, 5a. ed., España, Vicens-Vives, 1989, cap. V.

<sup>138</sup> Sánchez, Galo, “Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. VI, Madrid, 1929, p. 266.

<sup>139</sup> “Ciertamente los vascos no quedaron relegados de la empresa americana, muy por el contrario, se incorporaron de inmediato a la misma, poniendo a su servicio la dilatada experiencia de un pueblo laborioso, volcado al mar desde siglos y experto en el mundo de los negocios. ... Por otro lado, muchos de los cargos más influyentes de la administración del Estado y de las Indias en aquellos años estaba desempeñada por vascos. La nómina es muy extensa y suficientemente conocida”. Mena García, Carmen, “Preparativos del viaje de Diego de Nicuesa para poblar la Tierra Firme. Sevilla y los mercaderes del comercio atlántico (1509)”, *Revista de Indias*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), vol. LXXII, núm. 256, 1999, p. 627.

ción a la Corona de Castilla; no es sino hasta el siglo XVIII cuando los decretos de Nueva Planta suprimieron casi totalmente el derecho público de Aragón y Valencia (año de 1707), Mallorca (año de 1715) y Cataluña (año de 1716). Esto significó que la extranjería jurídica entre esos reinos quedó definitivamente abolida en el siglo XVIII,<sup>140</sup> culminando el largo proceso de integración territorial a través del unitarismo político establecido por el rey Felipe V.<sup>141</sup>

Sobre el tema de separación y unificación de los reinos castellanos, Bravo Lira comenta:

Este concepto de reinos unidos entre sí se contrapone al de reinos separados. De ambos había ejemplo en la Corona de Castilla. Mientras Castilla y León son reinos unidos, Navarra es un reino separado. Los reinos unidos se fusionan entre sí; de suerte que constituyen en conjunto un solo todo principal. En consecuencia, los vasallos de estos reinos tienen una misma naturaleza, es decir, no son extranjeros en los otros reinos. De ahí también, que el gobierno y el derecho sean los mismos para los reinos unidos, salvo en lo que se refiere al derecho local.

En cambio, los reinos separados se yuxtaponen entre sí. No tienen en común más que al monarca y, por tanto, los vasallos de cada uno de ellos tienen una naturaleza distinta y cada uno de ellos tiene un gobierno y un derecho propios.<sup>142</sup>

Mediante la figura de la accesión, se unieron las islas Canarias y (no sin discusión) las Indias.<sup>143</sup> Esto tiene una consecuencia fundamental: los espa-

---

<sup>140</sup> Gibert, Rafael, “La condición del extranjero en el antiguo derecho español”, *Recueils de la société Jean Bodin*, t. IX, Bruselas, 1958, p. 155.

<sup>141</sup> Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*, p. 426.

<sup>142</sup> Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, p. 215.

<sup>143</sup> Acerca de la naturaleza jurídica del acto que incorporó los nuevos territorios indios a la Corona de Castilla, resulta muy interesante la teoría de Luis Weckmann. Este autor considera las bulas alejandrinas de partición de 1493, como una de las últimas aplicaciones prácticas de una vieja y extraña teoría jurídica, elaborada explícitamente en la corte pontificia a fines del siglo XI (enunciada por primera vez en 1091 por el papa Urbano II). Conforme a esta teoría, todas las islas pertenecen a la especial jurisdicción de san Pedro y de sus sucesores, los pontífices romanos, quienes pueden libremente disponer de ellas, razón por la cual el papa Alejandro VI perfeccionó la donación de dichos territorios, puesto que para 1493 no había un continente nuevo, sino un conjunto de islas recién descubiertas. A esta postura se le conoce como la Teoría Omni-Insular. Weckmann, Luis, *Las bulas alejandrinas de 1493 y la teoría política del papado medieval. Estudio de la supremacía papal sobre islas 1091-1493*, introducción de Ernst H. Kantorowicz, México, Instituto de Historia-Jus, 1949.

Sobre la copiosa literatura acerca de los justos títulos, destacan por su capacidad de síntesis: Manzano Manzano, Juan, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid,



ños nacidos en Indias no fueron extranjeros respecto de la metrópoli, al menos no desde un punto de vista estrictamente jurídico,<sup>144</sup> en este sentido lo sostiene también Rafael Antúnez y Acevedo, quien señala la concepción sobre la naturaleza de los americanos que se tenía al momento de publicar su obra, en 1797: “Nunca se ha dudado que los naturales de las provincias del Nuevo Mundo sujetas a la dominación española deban 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”.<sup>145</sup> Así, podemos afirmar que en el caso de los americanos (mestizos o criollos), “concurrían en este caso las mismas calidades que con los nacidos en España”.<sup>146</sup> Cuando hablamos de extranjeros nos referimos, entonces, a aquellos individuos que no son naturales de la Corona de Castilla, comprendiendo ésta los distintos reinos que se le anexaron a lo largo del tiempo, independientemente de las circunstancias históricas de dicha anexión.<sup>147</sup> Pero si lo anterior suscita alguna duda, lo mandado por la ley XXVIII del título XXVII, libro IX de la Recopilación de 1680, con la que se comienza este capítulo, y que se deriva de una real cédula promulgada en 1596, zanjó, dentro del ámbito del derecho indiano, la cuestión largamente debatida acerca de la extranjería entre los reinos de Castilla, León, Aragón (con las islas de Mallorca y Menorca), Valencia,

---

Ediciones Cultura Hispánica 1948; García-Gallo, Alfonso, “El derecho común ante el Nuevo Mundo”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 80, 1955, pp. 133-152, y Hanke, Lewis, *Cuerpo de documentos del siglo XVI sobre los derechos de España en las Indias y las Filipinas*, editado por Millares Carló, México, 1943.

<sup>144</sup> Así ocurrió hasta 1729, cuando se prohibió a todos los cargadores del comercio de Indias que pudieran nombrar en primera, segunda ni tercera consignación a vecino alguno de las Indias, pues precisamente habían de ser consignatarios los encomenderos que se embarcaban en flota, galeones, y demás navíos; cuyos retornos habían de venir a España por las mismas manos. A partir de aquí se suscita una larga disputa sobre la igualdad de derechos entre comerciantes españoles e indianos, que se resuelve definitivamente hasta 1780, en que se emita la *Cédula por la vía reservada de 15 de julio de 1780*, que resuelve el tema con esta disposición específica: “... sin obligarles a otras formalidades que las prevenidas en él, ni a hacer más juramento que el de que los efectos o géneros que registran, no corresponden en todo ni en parte, directa ni indirectamente a extranjeros”. Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, p. 215.

<sup>145</sup> Antúnez y Acevedo, Rafael, *op. cit.*, p. 297.

<sup>146</sup> Sullón Barreto, Gleydi, *op. cit.*, p. 40.

<sup>147</sup> “...superando localismos y regionalismos, la corona castellana consiguió integrar distintos reinos en un ámbito hegemónico mayor —la monarquía española— cuyos intereses, a veces contrapuestos, era preciso armonizar. Por lo tanto, el Imperio y sus fines fue el marco del orden en el cual debían insertarse cada una de sus partes”. *Cf.*: Gould, Eduardo Gregorio, “Los extranjeros y su integración a la vida de una ciudad indiana: 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, p. 66.

Cataluña y Navarra: sencillamente, la extranjería entre dichos reinos no se configuraba.

Pero la cuestión no es sólo jurídica, sino filosófica. Si bien el derecho fue el instrumento que permitió plasmar la cosmogonía del mundo moderno, así como los objetivos reales respecto de los nuevos territorios, una cosa fue la norma y otra muy distinta el contexto dentro del cual surgió. En este sentido, es innegable que la ideología renacentista tuvo un impacto profundo en el orden político<sup>148</sup> y jurídico. Es en la historia de las corrientes ideológicas<sup>149</sup> donde podemos encontrar el fundamento filosófico —reflejado, como dijimos, en los ordenamientos jurídicos— que dio origen a la antinomia extranjero-natural. En el caso castellano, la situación de súbditos de diversos orígenes sujetos a un mismo rey (como fue el caso de los flamencos en contraposición a los peninsulares o de todos los casos que generó la carrera de Indias) puso de manifiesto la necesidad de crear tipos normativos nuevos, que superaran la rígida estructura medieval del concepto de natural.

No obstante, como analizaremos con detalle cuando estudiemos la legislación indiana, la extranjería entre los distintos reinos no impidió que el derecho indiano los unificara al considerar a todos los súbditos de la Corona castellana como naturales, con lo cual podía darse, por ejemplo, el caso de individuos extranjeros frente a ciertas prerrogativas propias de los naturales de Castilla, para ejercer en Castilla, pero considerados como natu-

---

<sup>148</sup> Morales Álvarez, Juan M., *op. cit.*, p. 18.

<sup>149</sup> Superada la corriente nominalista, el siglo XVI inició con la renovación tomista, cuya influencia se dejaría sentir a lo largo de toda esa centuria, así como de los primeros años del siglo XVII. Dentro de dicha corriente, la escolástica española cobró una importancia tal que “el estudio de la escolástica de esa época puede reducirse al de la escolástica española, dado el número y calidad de sus representantes”, entre los que destacan Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Diego de Covarrubias. *Cfr.* Rodríguez Paniagua, José María, *op. cit.*, p. 101. Sobre el pensamiento específico de Francisco de Vitoria, debe resaltarse que sus reflexiones sobre el derecho de gentes y su vinculación con el derecho natural formaron parte del debate moderno sobre la configuración del “otro”, del “extranjero”, y sobre la legitimación del derecho de los reinos para excluirlos. Al respecto, se sugiere consultar la obra siguiente como un estudio introductorio al pensamiento vitoriano referido concretamente al *ius gentium* y sobre los debates contemporáneos acerca de su alcance y naturaleza: Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, “La naturaleza jurídica del *ius gentium* de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo”, [en línea], *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, vol. XVII, 2005, pp. 25-52. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/17/cnt/cnt2.htm> [Consulta: 17 junio 2010].

Sobre la influencia puntual del pensamiento vitoriano en el desarrollo del derecho indiano, se sugiere la obra de Salord Bertrán, Manuel Ma., *La influencia de Francisco de Vitoria en el derecho indiano*, México, Porrúa, 2002.

rales para efectos de su paso a Indias. Esto es, la nueva situación que tanto la carrera de Indias como la tarea de evangelización ofrecieron, denota la importancia de la legislación indiana, que propuso nuevos planteamientos al derecho castellano respecto de la naturaleza (y por lo tanto de la extranjería) y de los derechos y obligaciones que se generaban dependiendo de su definición.<sup>150</sup> Para R. Pinya I Homs: “El nuevo concepto de español se gesta por el Derecho indiano sobre la base de la política integradora de la monarquía”.<sup>151</sup>

Cabe hacer una reflexión más antes de proceder al análisis de las normas. Si bien, como hemos hecho ya mención, este no es un estudio sobre la regulación de la extranjería en el derecho castellano, la regulación existente sobre los naturales y extranjeros nos lleva a preguntarnos si la presencia de extranjeros era cuantitativamente relevante, al momento del descubrimiento de las Indias americanas, en el reino de Castilla. Al respecto, Juan Manuel Bello León dice:

Estimar la importancia numérica de los extranjeros en Castilla ofrece ciertas dificultades metodológicas que no son fáciles de salvar. Por un lado la tradicional escasez de fuentes demográficas propias de los siglos medievales, por otro su constante movilidad geográfica dentro del reino, y por último su paulatina integración en la sociedad, hacen que cualquier tipo de recuento sea de escasa fiabilidad.<sup>152</sup>

Siguiendo al mismo autor, podemos apreciar que los italianos, genoveses en concreto, son los extranjeros con mayor presencia numérica dentro del territorio castellano, seguramente por el papel destacado que jugaron

---

<sup>150</sup> Sobre todo en lo que toca al tema de las libertades de los indios americanos. Independientemente de que no sea nuestro tema de estudio, resulta importante señalar la trascendencia de los planteamientos que el derecho natural generó frente a esta cuestión y que impactó de lleno al derecho de gentes castellano. Más que los contenidos normativos y doctrinales que produjo, el descubrimiento de América y la situación frente a los indios ofrecieron la oportunidad para la reflexión profunda y el análisis de temas como la libertad de los hombres, la libre autodeterminación de los pueblos, la injusticia de la guerra, la soberanía y el derecho de dominación. En cierto sentido permitió a la enclaustrada y recientemente moderna Europa repensarse a través de América.

<sup>151</sup> Pinya I Homs, R., *La debatuda exclusió catalano-aragonesa de la conquesta d'Amèrica*, col. Lecció Joan Orpí, Generalitat de Catalunya, 1990. *Apud.* Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*, p. 431.

<sup>152</sup> Bello León, Juan Manuel, *Extranjeros en Castilla (1474-1501). Notas y documentos para el estudio de su presencia en el reino a fines del siglo XV*, Tenerife, Instituto de Estudios Hispánicos de Canarias, Centro de Estudios Medievales y Renacentistas de la Universidad de la Laguna, 1994, p. 17.

como abastecedores del ejército durante los últimos años de la Reconquista.<sup>153</sup> Les siguen, de lejos, los británicos. La presencia de ambas naturalezas se muestra a la alza conforme nos acercamos al año 1500, cuando el reino ya no estaba en guerra y se intentaba consolidar la relación diplomática con Inglaterra. A pesar de ello, la presencia total de extranjeros es inferior al 0.003% de la población total del reino de Castilla, calculada en un aproximado de cuatro millones de habitantes para la época.

A pesar de la discreción en los números, los extranjeros fueron sujetos de una normatividad concreta, a veces excluyente, en otras, permisiva (a través de las llamadas cartas de seguro o de las cartas de naturaleza), razón que nos lleva a concluir que si bien su presencia en números no era, quizá, muy cuantiosa, su importancia radicaba, sobre todo, en su participación como agentes políticos, económicos y comerciales,<sup>154</sup> aunque también como titulares de beneficios eclesiásticos o como aliados potenciales o posibles enemigos en los ámbitos militar o religioso, sin olvidar la nutrida participación de extranjeros en actividades artísticas y arquitectónicas del reino. En definitiva, la figura del extranjero o del no natural es una construcción jurídica que antecede al descubrimiento de América y a la creación del derecho indiano. En palabras de Juan M. Morales: “La primeras previsiones sobre extranjeros no son concomitantes con el propio hecho del descubrimiento...”.<sup>155</sup>

### A. Antecedentes medievales

Una vez explicados los conceptos, procederemos al análisis directo de la legislación castellana medieval, en su calidad de antecedente histórico directo y fuente supletoria de la legislación de Indias,<sup>156</sup> una vez que ésta se

---

<sup>153</sup> Papel que seguirían desempeñando una vez descubierto el continente americano, donde fungieron, desde el inicio mismo, como grandes prestamistas dentro de la carrera de Indias.

<sup>154</sup> “La Corona fue siempre consciente de que para fomentar las relaciones comerciales se hacía necesario proteger de alguna forma a los mercaderes extranjeros”. Bello-León, Juan Manuel, *Extranjeros en Castilla (1474-1501). Notas y documentos para el estudio de su presencia en el reino a fines del siglo XV*, cit., p. 26.

<sup>155</sup> Morales Álvarez, Juan M., *op. cit.*, p. 18.

<sup>156</sup> “Con exclusión del derecho de Aragón, fue el de Castilla el núcleo jurídico fundamental, si bien la realidad con su práctica casuística y compleja se encargó de plantear nuevas cuestiones, cuya solución no estaba en otros caminos, que dar nuevas fórmulas o modificar las existentes”. Manzano Manzano, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, t. I, 1950, p. 5.

consolidó. Para ello, hemos acudido a las principales recopilaciones legales, dejando fuera del análisis el estudio de los fueros municipales, por ser un tema que rebasa nuestro objeto de estudio.<sup>157</sup>

Asimismo, es conveniente precisar que no es el jurídico el único ámbito dentro del cual se construyeron conceptos relacionados con la dicotomía nacional-natural/extranjero, sino que también se debatieron y diseñaron dentro del ámbito eclesiástico y en el universitario, en donde la procedencia de los individuos adquirió relevancia al momento de celebrarse votaciones.<sup>158</sup> No obstante, dejaremos fuera de este estudio dichos ámbitos, para ocuparnos exclusivamente en el de la legislación castellana.

Comenzaremos haciendo una observación: en el derecho castellano medieval y de principios de la era moderna, no podemos hablar de una legislación general centrada en la figura del extranjero; ello vendrá más adelante, con la consolidación de los reinos lograda por los Reyes Católicos y sus sucesores. Al respecto, dice Juan Manuel Bello:

Recordemos también que el Derecho castellano no disponía de ningún tipo de legislación de carácter general —ni las Partidas ni el Fuero Real lo hacían— que regulase de forma sistemática la condición jurídica de los extranjeros. Se limita a disponer para una de las villas y pueblos del reino una serie de ordenanzas que recogen los derechos que atañen a los extranjeros, ya que ni siquiera los privilegios concedidos desde tiempos de Fernando III a los genoveses afincados en Sevilla eran aplicables al conjunto de los ligures establecidos en los reinos hispanos.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Para un análisis pormenorizado sobre la extranjería y naturaleza en el derecho español, consultar Alvaréz-Valdés, Manuel, *op. cit.*

<sup>158</sup> “La palabra *natio*, en el siglo XII, seguía siendo sinónimo de la *gens* latina y carecía de acepción jurídica alguna, fuera de servir de denominación genérica para las *nationes* mencionadas en uno u otro documento. Pero el desarrollo de las relaciones humanas de aquellos siglos tuvo consecuencias, lógicamente, en la práctica jurídica y, concretamente en la que hoy llamaríamos administrativa, fue donde demostró por primera vez —conocida— su utilidad.

Lo sabemos principalmente de dos instituciones muy distintas, en las que ocurrió eso en el mismo siglo, el XIII: los concilios de la iglesia latina y las universidades. En ambos casos, se trataba, al cabo, de someter a votación decisiones y, en los dos casos, se planteó el problema —tan actual— de quién tenía derecho a voto. Si se votaba *per capita*, se imponían los clanes —a veces, *nationales*— más numerosos, así que, en ambas instituciones, se optó por votar por *nationes*”. Andrés-Gallego, José, “El uso de los conceptos *patria* y *nación* en el derecho indiano”, *op. cit.*, pp. 1317 y 1318.

<sup>159</sup> Bello León, Juan Manuel y González Marrero, Ma. del Cristo, “Los «otros extranjeros»: catalanes, flamencos, franceses e ingleses en la sociedad canaria de los siglos XV y XVI (primera parte)”, *Revista de Historia Canaria*, núm. 179, 1998, p. 18.

a. Las Siete Partidas de Alfonso X<sup>160</sup>

El también llamado *Libro de las Leyes* o *Libro del Fuero de las Leyes*, reflejo normativo de las estructuras sociales medievales, establece en la prefación del título XX de la partida segunda,<sup>161</sup> lo siguiente:

Nodrescer, et acrescentar et facer linage son tres virtudes que puso Aristóteles et los otros sabios por semejanza al alma que llaman criadera, et segunt asemejaron al pueblo en sus obras, queremos vos lo aquí mostrar, ca ya de las otras dos naturas del alma fablamos desuso en este libro segunt lo ellos otrosi departieron de que dieron semejanza de la razonable á Dios, et de la sentidera al rey. Et por ende decimos que asi como esta alma criadera obra estas tres virtudes naturalmente por debdo de amor que ha para facerlas: que otrosi es tenuto el pueblo á semejante desto de obrar por amor que han á la tierra onde son naturales en nodreciéndola et acrescentándola, et faciendo linage en ella que la pueble: et en cada una destas deben obrar segunt que conviene, ca dotra guisa non podrien mostrar amor verdadero á la tierra do moran. Et como quier que los sabios en sus libros posieron primeramentela virtud que es del nodrescer, et despues la del ascrecentar, et desi la del engendrar, nos catando el ordenamiento deste nuestro libro mudamos aquella manera et fablamos primero de la virtud que para facer linage donde vienen las otras: et despues diremos en las leyes deste título de la que es para criar: et desi del acrescentador: et sobre todo diremos de qué cosas debe el pueblo estar apercibido et guisado para guardar su tierra et apoderarse de sus enemigos.

---

<sup>160</sup> Publicadas por primera vez en 1263. Una segunda redacción de las Partidas fue publicada en 1265, diferenciándose de la primera tan sólo en los primeros títulos. Sobre esta cuestión, José Luis Soberanes señala: “La elaboración de esta obra está llena de interrogantes respecto a la fecha, a los autores, a los motivos y al propio proceso de redacción. Muy probablemente las *Partidas* fueron objeto de redacciones sucesivas a lo largo de los reinados de Alfonso X, Sancho IV y Fernando IV. También es factible que ante el rechazo de sus anteriores proyectos legislativos, los reyes decidiesen elaborar una obra no de carácter legal sino de contenido enciclopédico. Esto explica que las *Partidas* no recibiesen sanción oficial hasta 1348 y además la disparidad de fuentes utilizadas (no solo textos de derecho romano, canónico y feudal, sino las Sagradas Escrituras, escritos de los padres de la Iglesia, obras filosóficas grecorromanas, tratados de teología, libros morales orientales) permite colegir su carácter eminentemente didáctico, alejado pues de cualquier intento de ver en ese texto una norma con fuerza de ley”. Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, México, Porrúa, 2004, pp. 47 y 48.

<sup>161</sup> *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, Cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, copia facsimilar de la edición hecha en la Imprenta Real de Madrid en 1807, prólogo, título XX, partida II, t. II, Madrid, 1972, p. 189.

Igualmente, la ley I del mismo título y partida<sup>162</sup> disponía:

Acrescentar et amuchiguar et fenchir la tierra fue el primero mandamiento que Dios mandó al primero home et muger despues que los hobo fechos. Et esto hizo porque entendió que esta es la primera naturaleza et la mayor que los homes pueden haber con la tierra en que han de vevir, ca maguer es muy grande la otra que ganan con ella por crianza que les es así como ama que los gobierna, et otrosi la que toman morando en la tierra aprendiendo et usando en ella las cosas que han de facer, et se les face así como ayo et maestro que les enseña lo que han á depender, con todo eso por mayor tovieron los sabios antiguos que fablaron en todas las cosas muy con razon, aquella naturaleza que desuso diximos que los homes han con la tierra por nacer en ella, ca esta les es así como madre de que sallen al mundo et vienen á seer homes. Et por ende el pueblo debe mucho puñar de haber todas estas naturalezas con la tierra en que ha sabor de vevir, et mayormente que el linage que dellos veniere que nasca en ella, ca esto les fara que la amen, et que hayan sabor de haber en ella las otras dos naturalezas que desuso diximos...

Del análisis de estas dos disposiciones podemos extraer tres núcleos normativos, que denominaremos “tipo”.

El primer núcleo establece el tipo de naturaleza por nacimiento, encuadrándose así dentro de la tipología del *ius soli*: “... aquella naturaleza que desuso diximos que los homes han con la tierra por nacer en ella, ca esta les es así como madre de que sallen al mundo et vienen á seer homes...”. Es el lazo que se crea entre una persona y la tierra en la que nace.

Lo verdaderamente interesante no es señalar la existencia de este primer núcleo, sino la existencia de los subsiguientes. Esto significa que el concepto de natural en las Partidas no fue simple, ni se limitó al elemento del suelo, sino que se construyó con varios criterios, a saber: suelo, sangre y residencia efectiva.

El segundo núcleo normativo corresponde al tipo de naturaleza por virtud de la sangre: “...et mayormente que el linage que dellos veniere que nasca en ella, ca esto les fara que la amen...”; este amor hacia su descendencia, que propiciará el amor a su tierra, se traduce en tres obligaciones: “...que otrosí es tenuto el pueblo á semejante desto de obrar por amor que han á la tierra onde son naturales en nodreciéndola et acrescentándola, et haciendo linage en ella que la pueble...”. “Nodrescer” significa criar o alimentar a los propios hijos.<sup>163</sup> “Acrescentar” se refiere a incrementar la especie (“...et desi

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>163</sup> Martín, Alonso, “Nodrescer”, *Diccionario medieval español: desde las glosas emilianenses y silenses (s. X) hasta el siglo XV*, Salamanca, Universidad Pontificia, 2 vols., 1986, p. 1434.

la de engendrar...”).<sup>164</sup> Y “facere linaje” quiere decir desarrollar y mantener la propia estirpe familiar a cargo del “acrescentador”.<sup>165</sup>

Del ejercicio de esas tres virtudes, puestas por Aristóteles, “provenirá otra forma de naturaleza relacionada con la sangre y la familia”,<sup>166</sup> en definitiva por los lazos consanguíneos. Este tipo de vínculo es semejante, en fuerza, al derivado del primer criterio: “...ca maguer es muy grande la otra que ganan con ella por crianza que les es así como ama que los gobierna...”.

Por último, podemos señalar un tercer tipo de naturaleza, el que nace de la residencia efectiva en un territorio: “...et otrosi la que toman morando en la tierra aprendiendo et usando en ella las cosas que han de facer, et se les face así como ayo et maestro que les enseña lo que han á depender...”.

La discusión que se puede suscitar alrededor de este tema es si las Partidas exigían la conjunción de estos tres tipos de naturalezas para imputar la naturaleza plena. La respuesta es afirmativa: “...Et por ende el pueblo debe mucho puñar de haber todas estas naturalezas con la tierra en que ha sabor de vevir...”. Por ello, “el régimen de *naturaleza* que se configuraba en la Castilla bajomedieval a través de las Partidas era, pues, un régimen muy rígido que exigía la conjunción de los criterios del «ius soli» y del «ius sanguinis», así como la efectividad de la residencia para la declaración de la *naturaleza* plena”.<sup>167</sup> Aún así, se hacía hincapié en la importancia del criterio del nacimiento en la tierra, puesto que el hecho de procrear en ella provocará un lazo tal que se inducirán los otros dos tipos de *naturaleza*: “...et mayormente que el linaje que dellos veniere que nasca en ella, ca esto les fara que la amen, et que hayan sabor de haber en ella las otras dos naturalezas que desuso diximos”.

A estas primeras disposiciones se anexan las comprendidas en la partida IV, título XXIV, bajo el rubro “Del debdo que han los homes con sus señores por razon de naturaleza”.

El tema que aborda este título encuentra referente histórico inmediato en el artículo 10 del *Septenario* de Fernando III, padre de Alfonso X.<sup>168</sup> En el

<sup>164</sup> *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*, cit., prólogo, título XX, partida II, t. II, p. 189.

<sup>165</sup> *Ibidem*, ley I, p. 190.

<sup>166</sup> Pérez Collados, José María, *op. cit.*, p. 35.

<sup>167</sup> *Idem*.

<sup>168</sup> Reiteramos que las Partidas fueron tan sólo publicadas por Alfonso X; sin embargo, éste no las sancionó, careciendo de fuerza legal hasta 1348, cuando Alfonso XI las hubo promulgado. Ésta es la tesis sostenida, entre otros autores, por Alfonso García-Gallo. Para mayor detalle sobre dicha cuestión se sugiere consultar García-Gallo, Alfonso, “El Libro de leyes de Alfonso el Sabio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, ts. XXI-XXII, 1951-1952,



citado artículo se menciona el concepto *contra natura*, del que derivan tres naturalezas o entidades vinculadas al individuo: el linaje, la amistad y Dios.<sup>169</sup> Lo interesante es la sutileza lingüística que introdujo el Septenario. En efecto, al significado jurídico se suma la connotación espiritual, de donde *natura* era a padre (a Dios en definitiva), como la naturaleza lo era a tierra, al señor. Dentro de este contexto es que debemos encuadrar el título XXIV de las Partidas. Esto significa que la *naturaleza* era concebida como un lazo de dependencia hacia el señor de la tierra, y “en primera instancia hacia el rey, señor natural supremo de todos los naturales del reino”.<sup>170</sup>

La ley I del título en comento define el concepto de naturaleza en los siguientes términos:<sup>171</sup>

Naturaleza tanto quiere decir como debdo que han los homes unos con otros por alguna derecha razon en se amar et se querer bien. Et el departimiento que ha entre natura et naturaleza es este, que natura es una virtud que face seer todas las cosas en aquel estado que Dios las ordenó: et naturaleza es cosa que semeja á la natura, et que ayuda á seer et á mantener todo lo que decende della.

La “obligación amorosa” es una expresión lingüística netamente medieval, referida a la solidaridad política.<sup>172</sup> Así, la naturaleza deriva de la *natura*, que es el ordenamiento dictado por Dios.<sup>173</sup> Esta carga profundamente mo-

---

pp. 345-528. En cuanto a la polémica historiográfica sobre la obra legislativa de Alfonso X el Sabio, se sugiere acudir a la obra de Sánchez-Arcilla Bernal, José, “La obra legislativa de Alfonso X el Sabio. Historia de una polémica”, *El Scriptorium Alfonsí. De los Libros de Astrología a las “Cantigas de Santa María”*, Ana Domínguez Rodríguez y Jesús Montoya Martínez (coord.), Madrid, Editorial Complutense, 1999, pp. 17-82. Así como el “Estudio introductorio”, del mismo autor: *Las Siete Partidas*, Madrid, Reus, 2004, pp. XIII-XXXVI.

<sup>169</sup> Martin, George, “Alphonse X ou la science politique (Septénaire, 1-11)”, *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*, 20, 1995, pp. 7-33 [en línea]: [Univésité de París XIII]. Versión digital de la publicación original, p. 7. Disponible en: <<http://eprints.ens-lsh.fr/archive/00000012/01/mari20021003A.pdf>> [Consulta: 26 mayo 2005]. “La notion de «nature», si importante que par référence à elle s’exprime le comble de la faute des insoumis, touche donc, relativement à l’être du sujet (soi-même), trois entités: le lignage, c’est-à-dire la solidarité parentale, l’amitié, c’est-à-dire une forme de la solidarité politique, et Dieu” [traducción propia].

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 11. “...en toute première instance, au roi, seigneur naturel suprême de tous les «naturels» du royaume” [traducción propia].

<sup>171</sup> *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cit.*, ley I, título XXIV, partida IV, t. III, p. 130.

<sup>172</sup> Martín, George, *op. cit.*, p. 9. “Obligation «amoureuse» entre les hommes — nous connaissons ce vocabulaire médiéval de la solidarité politique...”.

<sup>173</sup> Esta concepción iusnaturalista del mundo nos remite inevitablemente a la tipología legal expuesta por santo Tomás de Aquino en la *Suma Teológica* (contemporáneo de Alfonso

ral está relacionada con la influencia escolástica en todas las creaciones normativas de la Baja Edad Media. Para el tema que nos ocupa, lo interesante es que la naturaleza deriva de “alguna derecha razón”, que está expuesta por la ley II;<sup>174</sup> veamos:

Diez maneras posieron los sabios antiguos de naturaleza: la primera et la mejor es la que han los homes con su señor natural, porque tambien ellos como aquellos de cuyo linage decenden, nascieron, et fueron raigados et son en la tierra onde es el señor; la segunda es la que viene por razon del vasallaje; la tercera por crianza; la quarta por caballería; la quinta por casamiento; la sexta por heredamiento; la setena por sacarlo de cativo; ó por librarlo de muerte ó de deshonra; la ochava por aforramiento de que non recibe prescio el que lo aforra; la novena por tornarlo cristiano; la decena por moranza de diez años que faga en la tierra maguer sea natural de otra.

Así, hay diez formas de configurar la naturaleza con base en las Partidas: i) plena; ii) vasallaje; iii) crianza; iv) caballería; v) matrimonio; vi) herencia; vii) liberar del cautiverio al señor feudal; viii) aforramiento; ix) conversión; x) moranza prolongada.

La naturaleza primera y mejor es la que satisface los tres tipos que explicamos con antelación. Es decir, nuevamente confirmamos que para que exista naturaleza plena se deben actualizar el *ius sanguinis* (...*decenden...*), el *ius soli* (...*nascieron...*) y la residencia efectiva (...*fueron raigados...*).

El vasallaje es la institución a través de la cual un señor tiene mando y poder sobre todos aquellos que viven en su tierra, independientemente de que fueran naturales o no de ella.<sup>175</sup> El someterse a un señor bajo la figura del vasallaje podía, eventualmente, conducir a la naturaleza. Pensemos, por ejemplo, en un comerciante que penetraba en un territorio del cual no era natural. Esa situación lo colocaba dentro de una esfera jurídica distinta a su lugar de procedencia; lo convertía en un vasallo del señor al que pertenecía el territorio dentro del cual estaba desarrollando su actividad mercantil. En este sentido, podemos observar una aplicación exacerbada del criterio terri-

---

X), a saber: ley natural (la común a todos los hombres), ley positiva (la promulgada por la voluntad humana) y ley eterna (la ley de Dios). En este sentido, la ley natural deriva directamente de la ley eterna, en tanto que aquélla es el reflejo de la última, pero asequible a la comprensión humana.

<sup>174</sup> *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*, cit., ley II, título XXIV, partida IV, t. III, p. 131.

<sup>175</sup> “Señor es llamado propiamente aquel que ha mandamiento et poderio sobre todos aquellos que viven en su tierra; et á este atal deben todos llamar señor, tambien sus naturales como los otros que vienen á él ó á su tierra”. *Ibidem*, ley I, título XXV, partida IV, t. III, p. 133.

torial para proceder a la imputación normativa. En todo caso, las Partidas, por sí solas, no dejan claramente establecido en qué supuestos los vasallos pueden convertirse en naturales; pero una hipótesis que iría en la misma tesitura del primer supuesto de la ley II en comento es la de exigir criterios adicionales al vasallaje, tales como la residencia efectiva o el casamiento.

La crianza se refiere a una residencia efectiva, pero con la insinuación de una temporalidad considerable que permita, efectivamente, la posibilidad de *nodrescer*, de crecer en la tierra.

Es caballero aquel cuyo oficio consiste en la defensa del pueblo y del territorio. Es una de las tres formas que dictó Dios para la conservación del mundo (las otras dos eran la oración y el trabajo de la tierra).<sup>176</sup> El ejercicio de la caballería podía dar lugar a la naturaleza como una forma de honrar al caballero por sus servicios, toda vez que “los reyes los deben honrar como á aquellos con quien han de facer su obra, guardando et honrando á sí mismos con ellos...”.<sup>177</sup> Es decir, un rey podía considerar que la labor de un caballero había sido de tal valía, que se había ganado formar plenamente parte de su reino, de su obra.<sup>178</sup>

Bajo el mismo rubro de dádiva, de remuneración, se colocan los supuestos siguientes: liberar del cautiverio al señor, al amo de las tierras; la conversión al cristianismo; librar de la muerte o de la deshonra al señor. La naturaleza se adquiría como una suerte de gracia por el servicio otorgado.

El *aforramiento* es “la manumisión o el acto de dar libertad al siervo”,<sup>179</sup> y era causal de naturaleza, siempre y cuando el que manumitía no hubiera recibido compensación por dicho acto; esto equivale a decir que se alcanzaba la libertad como natural, y seguramente bajo la misma naturaleza del señor que la otorgaba.

Tanto el casamiento como la moranza de diez años (distinta de la crianza, porque no alude a un tema de crecimiento en el seno familiar, sino a un traslado, al haber llegado a un sitio nuevo procedente de otro extranjero, para asentarse en un núcleo de población, para morar)<sup>180</sup> remiten a una idea

<sup>176</sup> *Ibidem*, prólogo, título XXI, partida II, t. II, p. 197.

<sup>177</sup> *Ibidem*, ley XXIII, título XXI, partida II, t. II, p. 216.

<sup>178</sup> Por otro lado, no encontramos ninguna prohibición en las Partidas en el sentido de que los extranjeros tuvieran vedado el oficio de la caballería. En cuanto al tema en específico, consultar el título XXI, partida II, t. II del cuerpo normativo en comento.

<sup>179</sup> Escriche, Joaquín D., “Aforramiento”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Nueva edición reformada y considerablemente aumentada por D. León Galindo y Vera y D. José Vicente y Caravantes, vol. 1, Madrid, 1874, p. 332.

<sup>180</sup> La línea de pensamiento en la que se inserta el término “moranza” obedece a una evolución en los conceptos que expresan, en las diversas foralidades altomedievales, la vinculación

de adaptación dentro de la comunidad, de adopción de costumbres. Resulta interesante que estos dos supuestos hayan trascendido, prácticamente intactos, a través de los cuerpos legislativos castellanos hasta la misma Recopilación de 1680, casi cuatrocientos años después.

El heredamiento, en cuanto figura jurídica, era “el conjunto de bienes raíces que, a cambio de someterse a los fueros comunes de la ciudad, recibían en propiedad los pobladores”.<sup>181</sup> Debe entenderse, por tanto, que para ser beneficiario de un determinado conjunto de bienes raíces<sup>182</sup> (a título de heredamiento, claro está) hacía falta ser poblador de la ciudad, con lo cual el rey podía otorgar la naturaleza a guisa de implantación territorial de su vasallo, de ahí que fuera necesario juramentar los fueros comunes.

Así, una cosa era tener la naturaleza, nacer con ella, y otra, muy distinta, adquirirla. Ambas están descritas por los cuerpos legales, como hemos podido corroborar. De su análisis, podemos observar, hasta ahora, dos procedimientos generales para adquirir la naturaleza: cumplimentando los requisitos normativos (la legal en sentido estricto) y la que se otorgaba como dádiva (legal en sentido laxo). Esta situación va a reproducirse durante los siglos en que las Indias formaron parte del reino castellano; en última instancia, siempre se podía arribar a la naturaleza mediante concesión real, se cumplieran o no los supuestos normativos. En este sentido, se puede pensar en esta última forma como un método paralegal; no obstante, se acudió siempre a alguna instancia normativa para fundar y motivar la gracia; *v. gr.* la composición en Indias, de la que hablaremos a su debido tiempo.

En el caso de las Partidas, a excepción del primer supuesto, que es el de naturaleza plena, el resto de los supuestos constituyen un sistema de adquisición de una naturaleza equiparable a la plena.

---

de la persona con los distintos derechos locales. Así, tenemos en primera instancia el concepto de “población”, luego el de “habitación”, posteriormente, alrededor del siglo XI, aparece la “moranza” referida a la ocupación en un núcleo territorial concreto, siendo su matiz diferenciador el establecimiento en un centro estable de vida. Después se llegará al concepto de “hombres del lugar” para finalmente arribar al moderno concepto de “vecindad”, que ya hemos comentado en apartados anteriores. *Cf.* Pérez Collados, José María, *op. cit.*, p. 28.

<sup>181</sup> Ladero Quesada, Miguel Ángel, *La ciudad medieval*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1989, p. 22.

<sup>182</sup> El heredamiento es la figura jurídica que, junto con el donadío, constituyeron los dos tipos fundamentales de donaciones reales de bienes raíces como parte de una política regia de repartimiento territorial, durante la Baja Edad Media. *Cf.* Lázaro Chamorro, Francisco, “Las torres del Infante Don Fadrique (I)”, *Aparejadores*, Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Sevilla, núm. 67, julio, 2004.

Pero así como existieron supuestos para tenerla o adquirirla, las Partidas también especificaron los casos, cuatro en concreto,<sup>183</sup> para el perdimiento de la naturaleza, o, dicho en otras palabras, para la “desnaturalización”. Los cuatro casos se subsumen en el derecho feudal, y no trascendieron a la legislación posterior, por lo cual los dejaremos fuera de este análisis, en cuanto casos específicos. Empero, lo que sí importa decir es que la revocación de la naturaleza aplicaba sobre todos los supuestos de detentación o adquisición de la misma. Esto es, incluso el que gozaba de naturaleza plena podía perderla si actualizaba alguno de esos cuatro supuestos. Lo interesante es que de actualizarse alguno de los supuestos, no podemos concluir del análisis legislativo que se caía en el supuesto de extranjería, sino en el de apatridia o de destierro. En la práctica, esta situación seguramente se resolvía mediante una flexibilización en los requisitos para conformar la naturaleza. Esta hipótesis se ve confirmada, porque ésa fue la tendencia que siguió la legislación castellana con el transcurrir de los siglos.

Por lo tanto, con base en el análisis antes expuesto, podemos afirmar que el supuesto normativo de natural está claramente definido en las Partidas a través de una configuración rígida, en donde se requerían tres factores para acceder a la naturaleza plena: suelo, sangre y residencia efectiva. No así el concepto de extranjero, ausente, como tal, en el texto de las Partidas.<sup>184</sup> Lo que sí aparece, no sólo en el cuerpo de las Partidas (principalmente, pero no exclusivamente, en el título XXIV, primera partida), sino en buena parte de la legislación castellana foral, es el sujeto peregrino o romero, a quienes la Corona siempre procuró una serie de privilegios y salvaguardas por su particular misión (culto católico) y situación dentro del reino que nos lleva a considerarlo como una tipología normativa distinta a la del extranjero, aunque, en efecto, lo haya sido.

---

<sup>183</sup> “Desnaturar segunt language de España tanto quiere decir como salir home de la naturaleza que ha con su señor ó con la tierra en que vive. Et porque esto es como debdo de natura non se puede desatar sinon por alguna derecha razon: et las derechas razones por que los naturales pueden esto facer son quatro; la una es por culpa del natural, et las tres por culpa del señor; et esto serie como quando el natural ficiere trayción al señor ó á la tierra, que solamiente por el fecho es desnaturado de los bienes et de las honras del señor et de la tierra. Et la primera de las tres que viene por culpa del señor es quando se trabaja de muerte de su natural sin razon et sin derecho: la segunda sil face deshonna en su muger; la tercera sil desheredare á tuerto, et nol quisiere caber derecho por juicio de amigos ó de corte”. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio, cit.*, ley V, título XXV, partida IV, t. III, p. 132.

<sup>184</sup> “Piénsese en que obra tan elaborada y minuciosa como el Código de las Siete Partidas, concebido de acuerdo con una sistemática que, anticipándose en más de quinientos años al fenómeno moderno de la Codificación, superando el viejo acarreo de leyes de las Reconquistas, no contiene una regulación de la situación jurídica de los extranjeros”. Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*, p. 151.

## b. La Ley Enriqueña

Posterior a las Siete Partidas,<sup>185</sup> hemos encontrado en la llamada “Ley Enriqueña” mención de los naturales.

Enrique III promulgó una pragmática en las Cortes de Madrid el 20 de mayo de 1396, en la que se excluía a los extranjeros (a favor de los naturales) de los beneficios y pensiones eclesiásticos.<sup>186</sup> Una transcripción literal de dicha pragmática la podemos localizar en la *Lex Toletana* dada por los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo de 1480.<sup>187</sup>

En dicha pragmática, de tono rígido y autoritario, se define brevemente a los “verdaderos naturales” —respecto de los reinos de Castilla y León, así como de sus señoríos<sup>188</sup>— como “aquellos que fueren verdaderos naturales de padre y madre y nascidos en ellos”. Es decir, se requería la presencia del *ius sanguinis* (naturales de padre y madre) y del *ius soli* (nascidos en ellos, los reinos de Castilla y León). La “y” es, desde luego, conjuntiva, y no disyuntiva. Esta aseveración, que puede parecer tan evidente, en realidad ha generado cierta confusión. En efecto, en la ley XIX, título III, libro I, de las Ordenanzas Reales de Castilla, publicadas el 29 de marzo de 1500, recopiladas por A. Díaz de Montalvo, glosadas por Diego Pérez (conocidas popularmente como las Ordenanzas de Montalvo), se trataba también de la materia de los beneficios eclesiásticos para los naturales. La ley no especificaba quiénes eran los naturales. Ante el silencio legal, Diego Pérez de Salamanca (jurisconsulto moderno del siglo XVI) acudió al antecedente enriqueño (que

---

<sup>185</sup> En un análisis primario del Fuero Viejo de Castilla de 1356 no hemos localizado fazaña (declaración de la norma jurídica aplicable en cada caso; se refiere a la figura jurídica que antecede al fuero) alguna que haga mención a la naturaleza. Empero, se impone un estudio de mayor profundidad de los cuerpos normativos de la Baja Edad Media que, dado el periodo de estudio que nos ocupa, fue pospuesto para investigaciones futuras.

<sup>186</sup> Un beneficio eclesiástico “es una entidad jurídica, persona moral no colegiada, constituida (no simplemente erigida) a perpetuidad por la autoridad eclesiástica competente y que consta de un oficio sagrado, o eclesiástico, y del derecho a percibir las rentas anejas por la dote de tal oficio, cosa esta última que constituye la llamada *prebenda*. En menos palabras, es el fondo rentable adscrito a un determinado oficio eclesiástico al que va unido de forma inseparable”. Teruel Gregorio de Tejada, Manuel, *Vocabulario básico de la historia de la Iglesia*, Barcelona, Crítica, 1993, p. 19.

<sup>187</sup> Es posible acceder a la imagen del texto original de esta disposición a través de Pares (Portal de Archivos Españoles): *Ley de Enrique III estableciendo la imposibilidad de conceder dignidades y beneficios eclesiásticos a extranjeros*, AGS, ES.47161.AGS/2.1.3.2/CCA, DIV; 2, 25, 24 de septiembre de 1396. Disponible en: <http://pares.mcu.es/>.

<sup>188</sup> “En el siglo XVI el señorío forma parte de un todo mayor, que es el reino. Por tanto, no es propiamente una comunidad política, sino una comunidad subordinada, cuyo gobernante reconoce un superior en lo temporal”. Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, p. 214.

se encuentra también recopilado en las Ordenanzas de Montalvo), con el “desliz”<sup>189</sup> de colocar una “o” (disyuntiva) en lugar de la “y”, que originalmente formaba parte del texto legal.<sup>190</sup> La consecuencia deóntica es de una trascendencia abismal: no es lo mismo exigir el requisito de la sangre con el del suelo, que exigir uno u otro. El criterio enriqueño era más restringido, más estrecho. Ello implicaba una mayor dificultad para acceder a la naturaleza plena, situación perfectamente comprensible cuando se lee toda la disposición, en la cual, incluso, se fijaba la pena de muerte para los naturales que incumplían la real disposición. Y también es comprensible por el momento histórico que se vivía en pleno proceso de reconquista.

Se hace también mención del interés que los naturales tienen de honrar a su Iglesia, a su fe y a su rey, actitud que, según señala la pragmática, no comparten con los extranjeros, quienes despojan al reino de oro y plata e infligen varios daños a las Iglesias, a los cristianos y al propio reino, al no compartir el producto de los beneficios y canonjías con el rey, quien podía aplicarlo, como la propia ley lo ordena, a la construcción de muros en las ciudades fronterizas con moros. Aquí podríamos detectar un elemento subjetivo para la construcción de la naturaleza: el interés del natural por su lugar de origen, que lo vincula al reino o al rey (no parece clara la separación de estos conceptos en este momento) más allá de su lugar de nacimiento o de la sangre.

De modo que la pragmática enriqueña no menciona expresamente la residencia efectiva de la cual derivaríamos el elemento subjetivo para la construcción de la naturaleza, como sí lo encontramos en las Partidas, pero podemos hablar de un vínculo moral, presupuesto por el rey, que ata al natural a su lugar de origen, a su rey y a su gente. Lo cierto es que son numerosos los casos en que el rey propuso y obtuvo del papa, beneficios eclesiásticos para clérigos que no residieron en su sede eclesiástica, ganándose, así, la posibilidad de cobrar algún favor en el futuro, en caso de necesidad, creándose un vínculo, quizá no con el reino, pero sí con la persona del rey. No obstante, aunque no lo mencione expresamente la norma, es de suponerse que la residencia efectiva era el presupuesto ideal para hacer efectiva, no ya la mera disposición, sino el objetivo que Enrique III expresa en su pragmática.

---

<sup>189</sup> “La explicación de la falta de fidelidad de Diego Pérez no pienso que deba hallarse en un error involuntario de transcripción, sino en la resistencia que la Edad Moderna plantea a aceptar una regulación tan rígida de la naturaleza como la que se había configurado en la Baja Edad Media”. Pérez Collados, José María, *op. cit.*, p. 38.

<sup>190</sup> La glosa de Diego Pérez es retomada casi siempre a la hora de discutir los temas de beneficios eclesiásticos, *v. gr.* Reguera Valdelomar.

Visto así, el concepto de naturaleza seguía construyéndose como un concepto rígido donde, al menos, sangre y suelo confluían claramente, y donde se puede localizar la residencia efectiva, a través de un elemento subjetivo, en el interés demostrado por el natural de servir a su tierra, a su rey y a su gente; en definitiva, a su Estado (en este caso, derivado de la concesión de un beneficio eclesiástico). Como afirma Pérez Collados:

...es posible afirmar que, en su relación con el Estado, la naturaleza materializaba la unidad nacional y su correspondiente formación social se objetivarían en unas concretas estructuras jurídicas materializadas en la acción política de los naturales... A través de la naturaleza la nación se objetivaba en Estado, pasaba de ser una entelequia cultural y una relaciones económicas, para consistir en una realidad política.<sup>191</sup>

#### c. Las Ordenanzas de Montalvo

Las Ordenanzas Reales de Castilla son el siguiente cuerpo normativo que analizaremos. Las también conocidas popularmente como Ordenanzas de Montalvo han recorrido los siglos sumidas en la controversia sobre si, efectivamente, Alonso Díaz de Montalvo recibió el encargo de los Reyes Católicos para llevar a cabo la obra en 1480; en todo caso, tenemos la certeza de que, una vez terminadas e impresas en 1484, no fueron sancionadas por la monarquía, y, por tanto, no adquirieron fuerza legal y efectividad, lo que las coloca en una situación de mera recopilación de carácter privado, no por ello menos valiosa para los historiadores del derecho, puesto que las regulaciones que contienen sí fueron, todas ellas, promulgadas y vigentes en su momento. De hecho, no sólo para los historiadores resulta importante, toda vez que los juristas de finales del siglo XV también les encontraron utilidad, "...de tal suerte que los Reyes Católicos ordenan a los pueblos tengan un ejemplar de tal recopilación. Para 1567 había 28 ediciones de esta obra de Montalvo".<sup>192</sup>

La obra es el primer gran esfuerzo compilador de la Corona de Castilla, con el objetivo de imponer orden al caos legislativo que imperaba en sus reinos, recién salidos del proceso de reconquista, a finales del siglo XV, y, en ese sentido, son el primer producto moderno del pensamiento jurídico castellano. Recogió leyes a partir de 1348, y algunas disposiciones del Fuero

<sup>191</sup> Pérez Collados, José María, *op. cit.*, p. 173.

<sup>192</sup> Soberanes Fernández, José Luis, "Reedición de las Ordenanzas de Montalvo", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. I, 1989, p. 318.



Real y está compuesta por ocho libros, divididos, en la edición que manejamos, en tres tomos.<sup>193</sup>

Las Ordenanzas de Montalvo servirán como fundamento para el diseño de la Nueva Recopilación de 1567, junto con las Leyes de Toro y las Partidas; en ese sentido, son el bastión sobre el cual se cimentará el desarrollo posterior del derecho castellano y piedra angular para la construcción del derecho indiano.

La tipología normativa de natural no está contenida en una ley especial; es más, precisamente porque no estaba claramente definida en la ley XIX del título III del libro primero es que Diego Pérez tuvo que acudir al antecedente enriqueño que ya comentamos, para extraer el *ius sanguinis* y el *ius soli*. En todo caso, en esa ley XIX, promulgada por Enrique IV en 1470, sí se generan una serie de disposiciones que nos dan elementos nuevos sobre la tipología en comento. Para comenzar, habla de súbditos y naturales como conceptos distintos, que ya explicamos anteriormente.

Esta misma ley indicaba que se deberían revocar las cartas de naturaleza otorgadas a cualquier persona, que no fuera súbdito o natural, mediante las cuales se les hubieran otorgado dignidades o cualquier tipo de beneficio eclesiástico. Es decir, podía haber cartas de naturaleza genéricas y otras que otorgaban derechos específicos, como las que se revocan en esta ley. Esto es importante, porque, como lo expondremos a detalle en el capítulo segundo, el derecho castellano, y el indiano más tarde, preveían una graduación de la naturaleza adquirida mediante concesión regia.

Nuevamente, encontramos el elemento subjetivo que hallamos en la Ley Enriqueña, en el interés que había en los naturales por servir a su rey y a su patria, frente al interés meramente monetario de los extranjeros al obtener los beneficios o prebenda eclesiásticos. Cabe aclarar que el término “patria” aún no guarda el significado que le imputamos hoy en día. El concepto nació en Roma para referirse al sentido municipal, al sentido de la ciudad. Tiene mayor relación con un concepto geográfico que político o jurídico. Aunque el comentario siguiente de Román Piña Homs se formuló analizando una época ligeramente más tardía, me parece oportuno mencionar su opinión frente a estos temas, pues ilustra el ideario colectivo imperante en la época: “Ser español, a principios del siglo XVI, no era una categoría jurídica, pero sí nacional y digamos geográfica, asumida en el

---

<sup>193</sup> *Ordenanzas Reales de Castilla*. Recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo. Glosadas por el Doctor Diego Pérez y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las leyes de la Nueva Recopilación, Edición hecha en la imprenta de Josef Doblado, 3 vol., Madrid, 1779.

concierto europeo. Desde fuera, eran llamadas españolas las gentes de la Piel de Toro ibérica, y desde dentro, los castellanos reclamaban la patente de lo español....”<sup>194</sup>

Adicional a esta referencia subjetiva, la ley VIII del título segundo, libro séptimo, nos quita toda duda sobre la importancia de la residencia efectiva; veamos: “Mandamos, que los oficios perpetuos de las nuestras Ciudades, Villas, y Lugares no sean proveídos, ni entendemos proveer; salvo a los naturales dellas, que sean vecinos, y moradores dellas, ó seyendo natural dellos, ó viniendo à facer su morada en ella, y no en otra manera”.

A la naturaleza (sangre y suelo) se le adiciona vecindad (respecto del municipio) y moranza (respecto del pueblo), pero no como elementos insuperables, sino ideales. Esto significa que para obtener un oficio perpetuo se debe ser natural de los reinos o vecino de los mismos; si se reúnen ambos requisitos, la situación es ideal.<sup>195</sup> En todo caso, se puede colegir que no en pocas ocasiones dichos oficios se otorgaron a extranjeros, mediante cartas de naturaleza, razón por la cual se tuvo que ordenar expresamente que se concedieran a naturales de origen.

La reserva de oficios para los naturales también estaba estipulada expresamente para los merinos y para los titulares de mercedes de ciudades, villas, castillos, tierras, heredamientos e islas.<sup>196</sup>

La reserva de oficios castellana, de origen romano, pasó al derecho indiano operando bajo la misma lógica; es decir, para ejercer determinadas funciones en el ámbito público se debía aplicar un criterio de estrecha naturaleza; sólo los castellanos podían acceder a ellos en Indias, puesto que

---

<sup>194</sup> Piña Homs, Román, “La condición jurídica de «español» como producto del derecho indiano”, *Anuario Mexicano del Historia del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. IV, 1992, p. 269.

<sup>195</sup> En este sentido, enfrentamos un tema de probanza, tanto de la vecindad como de la naturaleza, siendo esta última más sencilla de probar siendo el lugar de nacimiento un hecho objetivo; puesto que la vecindad y el domicilio se configuraban, como ya se dijo, con un aspecto subjetivo: la voluntad de permanencia. En este sentido, se buscaban referencias objetivas para probar las subjetivas, tales como propiedad de inmuebles, pago de impuestos, matrimonios, etc. En este sentido se pronunció Tamar Herzog: “Similar conclusions linking external behavior to internal intentions were reached with regard to possession or property, exchanging marriage vows with a local woman, and payment of taxes. All of these factors, which were often enumerated as requirements for citizenship, were no prerequisites. Instead, they were instruments that allowed communities to inquire into the intentions of newcomers. ... They operated only as indicators of the intention to remain in the community and of the decision to become a citizen”. Herzog, Tamar, *Defining Nations. Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, cit., p. 39.

<sup>196</sup> *Ordenanzas Reales de Castilla*, op. cit., ley VIII, título III, libro segundo y ley X, título V, libro quinto.

solamente ellos podrían guardar fidelidad natural a Castilla, y sólo ellos tendrían interés real por los asuntos castellanos; todos los demás, los ajenos, los otros, los extranjeros, tenían sus intereses en otros lares.<sup>197</sup>

No hay un apartado especial para los extranjeros en las Ordenanzas, como no lo ha habido hasta ahora en las regulaciones analizadas. Por ello, resulta interesante la ley VI del título IV, libro VII (“De los que se van à morar de unos lugares à otros”), otorgada por Enrique II en Toro, que ordena que a los extranjeros que vinieran a vivir a los reinos de Castilla se les exente de todo pecho y tributo real, de concejo y de moneda.<sup>198</sup> Este privilegio se pierde si dichos extranjeros salen de los reinos por tres años o más, incluso si vuelven, situación que se explica para evitar fraudes. Esta regulación se funda en una política que incentivaba el poblamiento de los territorios recién reconquistados, aunque no deja de llamar la atención que se otorgue un privilegio tras la línea que se había seguido de restricciones y exclusiones.

También resulta interesante analizar estas leyes bajo la óptica de la lenta transición hacia el fortalecimiento de la Corona de Castilla como poder central. Efectivamente, la Corona está legislando sobre pueblos y villas que tenían sus propios fueros y que habrían de pelear por sus privilegios, hasta que finalmente el Estado absoluto del siglo XVI y siguientes terminaría por subsumir esas regulaciones locales.

Podemos concluir que, aunque se siguen presentando los tres elementos constitutivos de la naturaleza: suelo, sangre y residencia efectiva, empieza a perfilarse un dejo de flexibilidad en la normativa castellana, toda vez que para acceder a los oficios perpetuos se podía ser o natural o residente de la villa o, idealmente, ambos.

---

<sup>197</sup> “La institución de la reserva de oficios para su ejercicio por los naturales contiene dos facetas. La faceta activa hace referencia al proceso «particular» de objetivación de la nación. El individuo, por mor de su incardinación en un grupo nacional, está dotado de un elemento «a priori» en su personalidad, elemento que hace referencia al conjunto cultural y a la formación social en la que cada sujeto se encuentra y que se hace real en su actividad política en el seno del Estado, ya que cada natural incorporará en su comportamiento una coherencia cultural fruto del reflejo de los valores de la nación en su personalidad. ...En lo que hace referencia a la faceta pasiva de la institución de la reserva de oficios para naturales, hay que partir de la afirmación de que, la misma, implicaba una forma de marginación de todo elemento foráneo en el desempeño de actividades públicas”. Pérez Collados, José María, *op. cit.*, p. 179. Así, por ejemplo, en cédula del 18 de abril de 1545 se encuentra una provisión en la que se ordena al adelantado de Nueva Andalucía que no provea oficios en extranjeros. AGI, sección Gobierno, Indiferente General, *Indiferente*, 416, L. 2, F61V-62.

<sup>198</sup> Esta ley pasó a la Nueva Recopilación sin la limitación de diez años, y finalmente se quedó sin materia al ser derogado el tributo en 1724.

#### d. Las Leyes de Toro

Las Leyes de las Cortes de Toro,<sup>199</sup> o Leyes de Toro, fueron publicadas por Fernando el Católico en 1505, habiendo ya fallecido su esposa, y habiéndose ya descubierto oficialmente América, aunque aún no podemos hablar de la existencia de un derecho especial para los nuevos territorios más allá de disposiciones concretas y específicas que, en última instancia, formaban parte del derecho castellano aún.

La intención de las Leyes de Toro era sistematizar las normas que se hubieran expedido tras la publicación de las Ordenanzas de Montalvo, siguiendo pues con la política de ordenación que las Cortes clamaban. Sin embargo, su publicación, lejos de resolver el problema, lo agravó, sobre todo en los ámbitos de vinculación y de mayorazgos; empero, fueron un instrumento jurisdiccional de importancia mayúscula (como lo prueba la enorme cantidad de comentaristas que trabajaron sobre ellas), y de mención obligatoria para cualquier estudioso del derecho castellano.

Este cuaderno de leyes encierra un total de ochenta y tres disposiciones en materia civil y penal, a saber: prelación de fuentes, herencias, sucesiones, mayorazgos, matrimonio, derechos de los cónyuges, deudas y adulterios; todas ellas recogidas en la Novísima Recopilación de 1804.

En materia de naturaleza y de extranjería, las Leyes de Toro guardan silencio, salvo dos menciones en la ley primera:

- a) Nuestra intención y voluntad es que los nuestros naturales y moradores de los nuestros Reynos sean mantenidos en paz y justicia...
- b) ... y queremos dar lugar que los nuestros naturales sean sabidores, y sean porende mas honrados.

En la mención del inciso a) se vuelve a hacer la diferenciación entre natural y morador, que ya habíamos detectado en las Ordenanzas de Montalvo, y que ya habíamos analizado en la parte introductoria de este capítulo. Ello reitera la intención de aplicar la ley territorialmente.

En el inciso b) se expone una intención de beneficiar a los naturales de Castilla mediante un mayor y mejor conocimiento de las leyes que los regulan.

Lo interesante no radica tanto en lo que las Leyes de Toro dicen, sino precisamente en lo que no dicen. A pesar de que las regulaciones en materia

---

<sup>199</sup> *Leyes de Toro*, estudio introductorio de Ma. Soledad Arribas, edición facsimilar, Ministerio de Educación y Ciencias, Dirección General de Patrimonio Artístico y Cultural, sin fecha de publicación.

testamentaria son copiosas, no hay, por ejemplo, ninguna prohibición expresa para que los extranjeros de los reinos de Castilla puedan testar sobre sus bienes, como sí la había en Francia, por ejemplo. No podemos concluir que por estar ausentes en este cuaderno de leyes no existieran regulaciones restrictivas para los extranjeros en materia familiar o testamentaria; sin embargo, podemos pensar que, en caso de existir, no representaban un problema de interpretación para los jueces o escribanos que hubiera requerido precisión y aclaración por parte de la Corona, y, por lo tanto, justificara su inclusión en este cuerpo normativo.

Finalmente, es importante mencionar que el orden de prelación de fuentes que marcan las Leyes de Toro en su ley primera será el que seguirá el derecho indiano<sup>200</sup> cuando deba recurrir al castellano en el supuesto de que sus leyes no proveyeran lo que debía resolverse para un caso concreto.

### B. La legislación castellana posterior a las Leyes de Toro

La legislación castellana del siglo XVI tendrá que ocuparse de los extranjeros, porque su presencia era demasiado importante en la vida cotidiana de los reinos como para ignorarlos.<sup>201</sup> Para comenzar, Sevilla habría de convertirse en la ciudad más importante del reino, en términos económicos: "...los ingresos aduaneros de la Corona en Sevilla en 1502 supusieron el 48.5% de todos los percibidos desde la frontera con el reino de Valencia a la de Portugal... Desde sus inicios, el protagonismo correspondió a extranjeros, destacando el papel de los genoveses, en especial, el de los mercaderes aventureros..."<sup>202</sup>

Frente a esta realidad, se produjo una profusión de cédulas y disposiciones reales que regulaban la presencia de extranjeros en suelo castellano. Posterior a las Leyes de Toro, el siguiente cuerpo legal castellano de importancia es la Nueva Recopilación, promulgada el 14 de marzo de 1567.

---

<sup>200</sup> Ordenanza del 4 de junio de 1528, retomada después en la ley II, título I, libro II de la Recopilación de 1680. La Ordenanza se puede consultar en Codoin-Ultramar, *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de ultramar*, 2a. serie, publicada por acuerdo de la Real Academia de la Historia, vol. 9, Madrid, 1890, p. 338.

<sup>201</sup> "Nuevos estudios nos están demostrando que el protagonismo de los extranjeros en Hispanoamérica fue mayor del supuesto hasta ahora, al menos durante los siglos XVI y XVII". 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, p. 245.

<sup>202</sup> Collantes de Terán Sánchez, Antonio, "Sevilla a finales del cuatrocientos", *Colón desde Andalucía. 1492-1505*, Sevilla, Archivo General de Indias, 2006, p. 46.

Para esa fecha ya existía regulación expresa para Indias; es decir, podríamos hablar ya de derecho indiano en sentido estricto:<sup>203</sup> aunque aún no estuviera sistematizado formalmente, el derecho que debía aplicarse, puesto que era el especial para los nuevos territorios, era el indiano, quedando el derecho castellano —asumiendo en este caso el carácter de derecho general— en un papel de supletoriedad.<sup>204</sup> Sin embargo, la primacía del derecho indiano no fue reconocida legalmente hasta 1614,<sup>205</sup> cuando Felipe III ordenó que sólo se aplicaran los preceptos castellanos que hubieran recibido el despacho correspondiente por parte del Consejo de Indias, mediante real cédula de cumplimiento.<sup>206</sup> Con fundamento en dicha disposición, en sentido estricto, toda la legislación castellana anterior a 1614 debía aplicarse en Indias, siempre y cuando no existiera legislación especial en la materia, promulgada para regir en esos territorios. Ciertamente, esta disposición de 1614 reconocía, más que innovaba, puesto que el derecho indiano era el que, en la práctica de la vida cotidiana, efectivamente se aplicaba. A continuación, analizaremos una disposición puntual del derecho castellano, y posteriormente se ofrecerá un listado de disposiciones sobre extranjería de la Nueva Recopilación de 1567, que con apego estricto a la ley debían formar parte del derecho indiano.

La disposición puntual a la que haremos referencia es insoslayable, porque resuelve un tema que había estado pendiente durante mucho tiempo en la legislación castellana. Nos referimos a la definición legal, clara y precisa,

---

<sup>203</sup> “Tenemos así que por derecho indiano se entiende, en sentido estricto, el conjunto de leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por los reyes y por las autoridades a ellos subordinadas para el establecimiento de un régimen jurídico particular en Indias”. Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford, 2004, p. 223.

<sup>204</sup> “...en cuanto Derecho especial, el de Indias prevalecía en éstas, en caso de disparidad, sobre el Derecho común o general, según admitían los juristas de la época en casos análogos”. García-Gallo, Alfonso, “La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI”, *op. cit.*, p. 612.

<sup>205</sup> Reiterada por disposiciones de 1626 y 1645, todas refundidas en la ley XXXIX, título I, libro II de la Recopilación de 1680.

<sup>206</sup> “Desde 1614, reiterándose la medida en 1626 y 1645, las autoridades de la Corona en Indias reciben la orden de obedecer y no cumplir cualquier disposición dictada para Castilla, a menos que, examinada por el Consejo de Indias, se despache por éste cédula de cumplimiento para los territorios de su competencia. Se pretende con ello que el Derecho que habría de aplicarse en las Indias sea el adecuado a aquella sociedad, tan distinta a la castellana; pero, al mismo tiempo, la medida significa la quiebra del principio en cuya virtud cualquier norma dictada para Castilla regía sin más en las Indias, en tanto que el asunto al que se refiera la norma no hubiese sido regulado específicamente para los territorios indianos”. VV.AA., “La legislación”, *La crisis de la hegemonía española, siglo XVII*, t. VIII: *Historia general de España y América*, Madrid, Rialp, 1986, p. 381.

del concepto jurídico de naturaleza, que, reiteramos, no fue definido por el derecho indiano, sino por el de Castilla. En la ley XIX, título III, libro primero, de la Nueva Recopilación de Castilla,<sup>207</sup> aparece la siguiente cédula de 1565:

...Que aquél se diga Natural, que fuese nacido en estos reynos, y hijo de padres que ambos a dos, o a lo menos el padre sea asimismo nacido en estos reynos, o haya contraído domicilio en ellos, y demás de esto haya vivido en ellos por tiempo de diez años; con que si los padres, siendo ambos, o a lo menos el padre nacido y natural en estos reynos, estando fuera de ellos en servicio nuestro, o por nuestro mandato, o de paso, y sin contraer domicilio fuera de estos reynos, hubieren algún hijo fuera de ellos, este tal sea habido por natural de estos reynos.

Con base en esta norma, podemos proponer distintos niveles de naturaleza en función de la filiación y el domicilio, a saber:

*Primer nivel:* ser “verdaderos naturales de padre y madre” como lo calificaron las Cortes de 1396, es decir, hijos de españoles, que, además, hubieran nacido dentro de Castilla. Las personas que encuadraban dentro de esta tipología son “aquellos cuyos padres y abuelos nacieron también en los reinos de Castilla, Aragón y Navarra, de cuyos habitantes era privativo derecho el trato y comercio con las Indias”.<sup>208</sup> Rafael Antúnez y Acevedo, el gran jurista de derecho indiano del siglo XVIII, nombra a esta tipología como naturales de origen.

Joseph de Veitia Linage apunta que para la comprobación de la naturaleza por nacimiento se requiere fe de bautismo e informaciones que la corroboren.<sup>209</sup>

Es la categoría más sencilla de determinar, puesto que el individuo reúne todos los requisitos de suelo y sangre.

*Segundo nivel:* que al menos el padre haya nacido en los reinos castellanos (el criterio también podría aplicar si ambos padres eran extranjeros, pero habían cumplimentado el requisito de la temporalidad del domicilio en Castilla), es decir, si la madre era extranjera y el padre verdadero natural, habiendo fijado su domicilio en Castilla, y habiendo residido en dichos reinos castellanos desde hacía diez años o más, el hijo de ambos, nacido en territorio castellano (...que fuese nacido en estos reinos...), era natural de

<sup>207</sup> *Los códigos españoles concordados y anotados*, t. XII, 12 vol., Madrid, 1847-1851. También recogida en la *Novísima Recopilación* en la ley 7, título XIV del libro primero.

<sup>208</sup> Antúnez y Acevedo, Rafael, *op. cit.*, p. 278.

<sup>209</sup> Veitia Linage, Joseph de, *op. cit.*, punto 6, cap. XXXI, libro I.

origen, sin mayor discusión, perdiendo, además, en virtud de la domiciliación paterna, todo vínculo con la nación del padre.<sup>210</sup>

Vemos una evidente relajación de los requisitos para configurar la naturaleza respecto del criterio enriqueño, puesto que ya no se pide la confluencia de la naturaleza de padre y madre, sino sólo del padre.

La fórmula, empero, persiste: suelo, sangre y residencia efectiva.

*Tercer nivel:* en el supuesto de que el padre hubiera sido verdadero natural, pero residiendo en el extranjero al momento del nacimiento de su hijo, había dos posibilidades:

- a) Que la residencia en el exterior hubiera sido consecuencia de un servicio al rey (*v. gr.* una embajada) o por mera circunstancia (*v. gr.* un viaje comercial), en cuyo caso el hijo habido en el extranjero era natural de origen. En este caso la parte objetiva era el domicilio en el extranjero, pero la parte subjetiva era el *animus redeundi*, la intención de volver a los reinos castellanos, la cual se presumía *de jure* debido al encargo real.
- b) Que la residencia en el extranjero se hubiera suscitado por causas privadas (“... o de paso...”), con lo cual se contrajo domicilio permanente fuera de los reinos castellanos sin que mediara orden real. En este caso, donde la parte objetiva era el domicilio en el extranjero, lo fundamental era la parte subjetiva. Si prevalecía el *animus redeundi*, el hijo de español nacido en el extranjero era natural, aunque los padres hubieran residido fuera de los reinos castellanos más de diez años, la madre fuera extranjera y el matrimonio se hubiera celebrado en el extranjero, con tal que se haya conservado dicha intención de retorno.

Si no hay intención de retorno, y para esto téngase en cuenta que buena parte de la doctrina entendía que por el matrimonio en el extranjero se contraía domicilio en el extranjero, incluso en tal circunstancia no había plena extranjería; así, cuando el hijo de padre castellano nacía en el extranjero, después de que el padre hubiera adquirido domicilio ahí y no existiera ya esa intención de retorno, el hijo, aunque debía considerarse extranjero (*originem propriam*), sin embargo, debía ser castellano *ex origine paterna*; entre las dos cualidades debía prevalecer el origen castellano; debiéndose entender las dispo-

---

<sup>210</sup> “Lo que ocurre es que el supuesto de hecho previsto por la pragmática de 1565 consideraba que si el progenitor contaba con un previo arraigo en Castilla... perdía la relación efectiva con su lugar de procedencia y se consideraba rota la fuerza transmisiva paterna de su naturaleza originaria. El hijo nacido en estas circunstancias no sería, pues, vecino castellano y natural de la nación paterna, sino natural de Castilla a todos los efectos”. Pérez-Collados, José María, *op. cit.*, pp. 50 y 51.



siciones en esta materia *benigne et non rigide*.<sup>211</sup> Es decir, estamos ante el poder vinculatorio de la sangre por derivación paterna.

Por supuesto, el problema era probar en un posible litigio la parte subjetiva del tema.

Este tercer nivel no excluye la posibilidad de una doble naturaleza; es decir, que habiendo nacido fuera de los reinos castellanos y permaneciendo fuera de Castilla, el individuo pudiera estar inserto en ese territorio donde nació, con lo cual habría que acudir a la legislación de ese lugar para verificar si lo regulaba y, en ese caso, en qué sentido, quedando al menos apuntado que el derecho castellano no prohibía expresamente dicho supuesto.

Si bien las cosas quedan claras para los nacidos en Castilla de padres extranjeros, o al menos la madre, la pregunta es si un extranjero que hubiera residido en los reinos castellanos por más de diez años podía transitar hacia la naturaleza. La respuesta es a todas luces afirmativa. Se torna natural y súbdito del reino, aunque la naturaleza a la que accede estará supeditada, en su graduación, a la voluntad real, o sea que no adquiere una naturaleza plena.<sup>212</sup> Es por ello que la legislación castellana anterior a esta cédula hace la diferenciación entre natural y morador, o entre natural y súbdito, porque no son lo mismo; estos últimos no son naturales de pleno derecho; estarían excluidos, por ejemplo, de la titularidad de beneficios eclesiásticos, a menos, claro, que expresamente lo hubiera concedido el rey.

Este tránsito hacia la naturaleza o naturalización será un acto jurídico de enorme relevancia para el derecho de Indias dentro del contexto de la actividad comercial trasatlántica, acto jurídico configurado por el derecho castellano, y que habría de adquirir especificaciones particulares para Indias, que habremos de analizar con detalle en el capítulo siguiente.

Podemos concluir, que en el derecho castellano en este momento no tenía valor decisivo el domicilio como factor aislado, el *ius soli*, pues el domicilio en los reinos castellanos no bastaba para hacer español ni al padre ni al hijo (como tampoco bastaría más adelante el domicilio en Indias). Puede, en cambio, hablarse de *ius sanguinis*, porque se atendía siempre a la condición del padre. Empero, este *ius sanguinis* era limitado, al no seguir el hijo la condición extranjera del padre en todos los supuestos. Lo que se explica por la especial condición del padre, que poseía, por llamarlo de alguna manera, una “españolidad/castellanidad” en potencia, al reunir los requisitos para llamarse vecino y para poder solicitar la carta de naturaleza menos plena.

<sup>211</sup> Castro y Bravo, Federico de, “Los estudios históricos sobre la nacionalidad (apostillas y comentarios)”, *cit.*, p. 227.

<sup>212</sup> Pérez-Collados, José María, *op. cit.*, p. 67.

Adviértase que no era suficiente la residencia o establecimiento del padre en los reinos castellanos, la que lleva consigo la sujeción a la jurisdicción territorial (*ligeantia localis*), sino que, además, se requería la condición de vecindad o incolado (*incola*) y la adquisición del domicilio; es decir, *animum habitandi perpetuo*.<sup>213</sup>

Cabe recordar nuevamente que no era lo mismo ser natural que súbdito. Ambos conceptos están relacionados con los temas que estamos discutiendo. En efecto, la naturaleza se determina por el *ius sanguinis*, mientras que la vinculación con el territorio deriva del *ius soli*.<sup>214</sup> Por lo tanto, no todos los súbditos eran naturales de los reinos en los que vivían, ni todos los naturales, por el solo hecho de mudar su residencia, perdían toda vinculación con su reino de origen. En tal sentido, el súbdito se movía de un espacio de poder a otro, y una vez que penetraba en la esfera de poder de un determinado monarca era objeto de cierta normatividad; pero él, en sí mismo, por sí mismo, no era titular de derechos, más allá de los que dictaba el derecho natural, cuyo contenido, a principios de la época moderna, se vinculaba estrechamente con la religión católica. Lo anterior, dentro de un esquema ciertamente matizado por la voluntad del individuo, pues no estamos ante la misma situación normativa cuando una persona cambiaba su domicilio con la pretensión de permanencia (*animum habitandi perpetuo*), que cuando lo hacía de forma temporal manteniendo de alguna manera los lazos políticos o tributarios con su reino de origen.

En definitiva, el súbdito incorporaba una determinada esfera normativa a su propia y limitada esfera jurídica dependiendo de dónde se encontrara, con lo cual su naturaleza era, hasta cierto punto y en los albores de la Edad Moderna, intrascendente, excepto en ámbitos muy específicos; por ejemplo, los oficios públicos o los beneficios y oficios eclesiásticos, o, como veremos, la propia carrera de Indias, aunque en muchas ocasiones se habrían de aducir razones de estrategia militar para encubrir verdaderos intereses económicos.

Correspondía, entonces, al rey, la concesión de la naturaleza por equiparación, previa comprobación de todos los requisitos exigidos por las leyes o, para el caso de Indias, previo dictamen del Consejo de Indias, que también se encargaba de “despachar las naturalezas”.<sup>215</sup>

En cuanto a la graduación de la naturaleza por equiparación, en otras palabras, a qué derechos se puede acceder a través de su concesión, nos ofrece Manuel Álvarez-Valdés una clasificación de las cartas de naturaleza

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>214</sup> Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*, p. 426.

<sup>215</sup> Ley XXXIII, título XXVII, libro IX de la Recopilación de 1680.

que podía despachar la Cámara de Castilla, con base en la Real Orden del 7 de septiembre de 1716, en la que se desarrollaron las disposiciones de los decretos de Nueva Planta (en virtud de los cuales la extranjería entre los reinos de España queda prácticamente abolida),<sup>216</sup> a saber:

1. Para todo lo secular y eclesiástico
2. Todo lo secular y nada de lo eclesiástico
3. Para ciertos beneficios eclesiásticos
4. Sólo para honras y oficios seculares

La cuestión no está regulada con semejante claridad en la ley indiana, pero sí podemos extraer esta graduación de la Recopilación de 1680. Así pues, los extranjeros podían obtener una carta de naturaleza para colocarse bajo la misma esfera normativa que los nacidos en España, o solicitar una carta de naturaleza especial, ya fuera para materia comercial o eclesiástica o de simple residencia en Indias.

En cuanto a la legislación castellana puntualmente referida a la extranjería, a continuación se presenta un listado comentado de disposiciones extraídas de la Nueva Recopilación de 1567, anteriores a 1614. Para la elaboración del mismo, además de acudir directamente a dicho cuerpo legal, se consultó la obra de Antonio Xavier Pérez y López, quien en su *Teatro de la legislación universal de España e Indias: por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas: y alfabético de sus títulos y principales materias*)<sup>217</sup> señala una buena cantidad de cédulas sobre extranjeros, basándose en la edición de 1745 de la Nueva Recopilación,<sup>218</sup> que también fue la utilizada para este listado.<sup>219</sup> Respecto a los autos acordados, sólo se localizó uno anterior a 1614.

<sup>216</sup> Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*, pp. 425 y 426.

<sup>217</sup> Pérez y López, Antonio Xavier, *Teatro de la legislación universal de España e Indias: por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas: y alfabético de sus títulos y principales materias*, En la imprenta de M. González, Madrid, 28 vols., 1791-1798.

<sup>218</sup> “La primera edición de la *Recopilación de las Leyes destos Reynos* vio la luz en Alcalá de Henares en 1567, en la imprenta de Andrés de Angulo. En las siguientes ediciones se fueron añadiendo las leyes y pragmáticas posteriores como apéndice del texto... En 1640, durante el reinado de Felipe IV, se realizó una refundición, en tres tomos, que incorporaba las sucesivas adiciones al final de sus respectivos títulos. Ya en el siglo XVIII, en 1725, se publicó un cuarto tomo que contenía Autos Acordados. En la última edición de la obra, que tuvo lugar en 1745, volvió a hacerse una refundición en tres tomos de la legislación añadida, incluyéndola en sus respectivos títulos y manteniendo la estructura inicial de nueve libros”. Cabello Martín, Mercedes, *La Nueva Recopilación de leyes de 1567* [en línea], folio complutense, Noticias de la Biblioteca Histórica de la UCM, Biblioteca Complutense, p. 2. Disponible en: [http://biblioteca.ucm.es/blogs/Foliocomplutense/2147.php#.VbR3OaR\\_Oko](http://biblioteca.ucm.es/blogs/Foliocomplutense/2147.php#.VbR3OaR_Oko) [Consulta: 25 julio 2015].

<sup>219</sup> *Recopilación de las Leyes destos Reynos*, en Madrid, Imprenta de Juan de Zúñiga, 3 vol., 1745.

## LIBRO I

*Título III:* “De los perlados, i clerigos, i sus Beneficios, i libertades; i qué calidades han de tener para afer naturales de eftos Reinos, i tener Beneficios en ellos”.

- Ley XIV (1415, r.<sup>220</sup> 1417, 1473, 1476 y 1480): Es sabia costumbre otorgar a los naturales de los propios reinos las Iglesias y los beneficios eclesiásticos, puesto que fueron los naturales quienes defendieron y expulsaron a los moros y enemigos de la Santa Fe de los territorios castellanos y dan ejemplo de virtud. Por ello, no se otorguen a los extranjeros dichas dignidades y preeminencias. Los perjuicios de conceder cartas de naturaleza para esos efectos son: i) parecería que en Castilla hicieran falta personas dignas, y no es así; ii) se atenta contra la honra y lealtad que los naturales profesan a sus reyes al no verse reconocidos sus méritos; iii) se fomenta la saca de moneda, puesto que los extranjeros envían el producto de sus dignidades fuera de Castilla, lo cual empobrece al reino y enriquece a los reinos extranjeros; iv) los beneficiados extranjeros muestran poca o nula presteza en el servicio y consejo al Reino, como sí lo harían los naturales; v) poca cantidad de cardenales castellanos en la Corte de Roma. Por todo lo anterior “...por ehta lei revocamos, i damos por ningunas, i de ningun valor, i efecto todas qualesquier nuestras cartas de naturaleza, que fahta aquí hemos dado, i diere-mos de aquí adelante á todas qualesquier perfonas efrangeras..., excepto quando por alguna mui jufta, i evidente caufa devieremos dár la tal carta de naturaleza, i entonces la daremos, feyendo vifta, i averiguada primeramente la tal caufa...”.
- Ley XV (1480, r. 1525 y 1560): “...i porque nuefra voluntad es de proveer á la honra de nueftros Subditos, i Naturales; por la prefente agora afsimifmo confirmamos las dichas leyes, i revocamos, i damos por ningunas qualesquier cartas de naturaleza, que avemos dado á qualesquier Efrangeros...”.
- Ley XVI (1523, r. 1525 y 1528). Deben revocarse todas las cartas de naturaleza concedidas hasta el año de 1525. Quienes tuvieran una carta de naturaleza anterior, deben presentarla ante el Consejo de Castilla, para que provea lo conducente. Se exceptúan de la revocación las cartas de naturaleza concedidas por grandes servicios hechos a la Corona. El fundamento del requisito de estricta natura-

<sup>220</sup> r.: reiterada.

leza para la concesión de dignidades y beneficios eclesiásticos, es la bula del papa Sixto IV, *Exigit Sincerae Devotionis Affectus*.<sup>221</sup>

- Ley XVII (1560). Las cartas de naturaleza otorgadas después de 1525 deben presentarse en los siguientes tres meses ante el Consejo de Castilla para que se refrenden o se revoquen.
- Ley XVIII (1539). “... los efrangeros no pueden tener penfiones fobre los Beneficios de eftos Reinos, ni los Naturales confentirlo...”.
- Ley XIX (1565). “Quien fe dice Natural de eftos Reinos para poder tener Beneficio Eclefiaftico en ellos”. —Analizada en párrafos anteriores. La disposición sobre los espurios se comentará en apartado posterior de este mismo capítulo. A la letra se disponía: “...i efto [la naturaleza] fe entienda en los hijos legitimos, i naturales, ó en los naturales folamente; pero en los espurios difponemos, i mandamos que las calidades, que conforme á lo de fufo difpuefto fe requieren en los padres, ayan de concurrir y concurran en las madres”.
- Ley XX (1528): “Que los Efrangeros... que tuvieren carta de naturaleza... para aver Beneficios en eftos nuestros Reinos, no refidiendo en los mismos, la pierdan”.
- Ley XXV (1543): Con fundamento en el Patronazgo Real “...ningun Efrangero deftos Reinos pueda tener Beneficios, ni penfiones en ellos, ni los Naturales dellos por derecho avido de los tales Efrangeros...”.
- Ley XXIX (1534, r. 1537): “Que los Perlados no dén licencia que Clerigos Francefes, i Efrangeros no conocidos, firvan Beneficios, ni eftén de eftada en fus Obifpados”.
- Ley XXXIV (1578, r. 1593): Deben aplicarse las penas previstas en ley a los naturales que cobren pensiones para darlas después a extranjeros.

*Título VI*: “Del Patronazgo Real, y de los otros Patrones, i de cómo folo el Rei es Comendero de lo Abadengo”.

- Ley V (1525): Con fundamento en el patronazgo real, quien no fuera presentado por el rey, sea natural o extranjero, no podrá asumir ninguna preeminencia eclesiástica, aunque tenga provisión emitida en Roma.

---

<sup>221</sup> El 1 de noviembre de 1478, el papa Sixto IV concedió a los Reyes Católicos, quienes insistentemente la habían solicitado, la bula *Exigit Sincerae Devotionis Affectus*, mediante la cual se constituyó la Santa Inquisición.

*Título XX: “De los romeros, peregrinos, i pobres”*

- Ley XXVII (1590). Los extranjeros que vienen en romería a Castilla puedan entrar portando los hábitos de romeros y peregrinos con las mismas condiciones que los naturales, con el propósito de que no se les confunda con vagabundos.

LIBRO II

*Título XI: “De los Alcaldes de los Hijosdalgo, que refiden en las Chancillerías, i fus Efcrivanos, i de las probanzas, i orden de proceder en los pleitos de hidalguías”.*

- Ley XVIII (1551, r. 1553): Que los extranjeros, incluyendo a los naturales de los Reinos de Navarra, Aragón, Valencia, Cataluña y Portugal, que tengan pendiente la probanza de sus hidalguías “fe guarde la mifma orden, que guardan los naturales”.

LIBRO V

*Título X: “De las donaciones, i mercedes, que los Reyes han hecho, i hicieron, i otras perfonas”.*

- Ley I (1386, r. 1455): No hagan los reyes, ni los naturales beneficiados con donaciones o mercedes previas, donaciones o mercedes de “...Señorío de Villa, ni Lugar, ni jurifdicion civil, ni criminal á ningun Efrangero del Reino...”.
- Ley II (Reyes Católicos): “...declaramos que no entendemos dár, ni hacer merced á Rei, ni á otra perfona efraña de fuera de nueftros Reinos, de Ciudades, ni Villas, ni Caftillos, ni Lugar, tierra, ni here-damiento, ni Islas de nueftros Reinos, ni de nuefra Corona Real, ni permitir, ni dár lugar que lo tal fe haga...”.
- Ley XII (1523): “...ningún efrangero trate en las Indias”.

*Título XVIII: “De los cambios, i Cambiadores, i Corredores de ellos, i de los Mercaderes, i intereffes”.*

- Ley VII (1552): “Que ningun efrangero ufe en eftos Reinos de ofi-cio de Corredor de cambios”.

*Título XX:* “De las Cafas de Moneda, i fus Oficiales, i effenciones, i privilegios, i jurifdicion”.

- Ley XXII (1590), cap. 15: “Yanfimifmo permitimos que todos los veftidos, i trages, anfi de hombres, como de mugeres, que eftuvieren hechos el día de la publicacion de efta nueftra lei contra lo prohibido por Leyes, i Pragmaticas... de qualquier genero, i calidad que fean, fe puedan traer, i traigan fin pena alguna por tiempo de feis años cumplidos primeros siguientes...”.

## LIBRO VI

*Título VIII:* “De los embaxadores”.

- Ley I. Sólo naturales pueden ser embajadores del reino.

*Título XVIII:* “De las cofas prohibidas facar del Reino, i meter en él, i de las que pueden andar libremente por el Reino”.

- Ley V (1552). Para evitar la saca de moneda, “que ningun efrange-ro trate en Indias, ni compre oro, ni plata, ni Morifco, ni Arriero”.
- Ley VI (1550). Para evitar la saca de moneda de oro, naturales y extranjeros “no fe pueda llevar por monedas de oro, ni comprarlas, mas precio de lo que eftán taffadas, ni venderlas”.
- Ley XX (1404). Serán sancionados quienes compren caballos y bestias para extranjeros y los saquen de los Reinos subrepticamente “... i como los Alcaldes de facas ban de fer favorefcidos; i que al tal efrangero, que hallaren con beftias, le pidan cuenta donde las vuo”.

## LIBRO VII

*Título III:* “De los regimientos, juradorías, i los otros oficios publicos de los Concejos”.

- Ley II (1515): “...ningunas perfonas, que fean efrangeras deftos nuestros Reinos, no puedan tener ni tengan en ellos oficios de Alcaldias, ni Regimientos en las Ciudades, Villas i Lugares de nueftros Reinos, i Señorios, ni afsimefino tengan oficios, ni cargos, que toquen á governacion dellas, ni Carnicerias, ni Panaderias, ni Pefcaderias, ni otras cofas semejantes, ni fe entremetan en ello”.

- Ley XXVII (1590): “Para que lo proveído por la lei feconda de este titulo, acerca de que eftrangeros de estos Reinos no puedan tener officios de Regimiento, i Juradorías, fe execute con cuidado”.

*Título X:* “De los navíos”.

- Ley III (1500, r. 1523). No deben cargarse navíos extranjeros habiendo navíos de naturales disponibles, pues con ello se causa gran daño a los cargadores castellanos.
- Ley IV (1501, r. 1523). Se exceptúan de la Ley III anterior, los vasallos del Imperio y los del Rey de Inglaterra.
- Ley VIII (1560). Debe cumplirse la prohibición de cargas en navíos extranjeros aunque medie carta de naturaleza.

*Título XII:* “De los trages, i vestidos”.

- Ley I (1534), cap. 17: “... permitimos que todos los eftrangeros deftos nuestros Reinos, que vinieren á ellos despues de la promulgación de esta nuestra lei, i traxeren vestidos hechos contra el tenor de ella, fe puedan fervir de ellos por termino de seis meses, que fe cuenten desde el dia, en que vuieren llegado á qualquier lugar...”.

## LIBRO IX

*Título XXXIII:* “De la moneda forera”

- Ley VII (1482): Que no paguen moneda forera<sup>222</sup> las personas que vinieran a morar a Castilla, siempre y cuando hayan morado fuera de los reinos por tres años o más.

## AUTOS ACORDADOS

### LIBRO II

*Título XVIII:* “De los escrivanos de Cámara del Consejo, i de los derechos de ellos, i de los Confijos de Inquificion, Indias, Ordenes, i Hacienda, i de la Audiencia de la Contaduria”.

---

<sup>222</sup> Moneda forera era uno de los múltiples tributos que se debían al rey de Castilla, por su señorío sobre las tierras y personas. Se llamaba forera porque pertenecía por fuero y se pagaba cada siete años.



Auto III (1524, r. 1545): “Los Defpachos para traer Bulas del Patronato Real, i de Legos, ó por derecho de Efrangero, ó Beneficio patrimonial, antes de entregarlos el Efcrivano del Confejo á la parte, tome fianzas de que pagará todas las coftas, no fiendo cierta la relacion, i que dexe Procurador”.

Del listado anterior destacamos:

- a) La mayor parte de las disposiciones se concentran en la exclusión de extranjeros para recibir beneficios y prebendas eclesiásticos. Esta restricción se traspasó al derecho indiano con el mismo sentido y firmeza.
- b) La revocación de cartas de naturaleza para proteger los intereses de castellanos encuentra un antecedente desde la regulación de 1415 referida. Una medida similar fue adoptada por Felipe IV, en 1645, dentro del contexto indiano, aduciendo razones muy similares. Esta situación se analizará con detalle en el capítulo siguiente.

En conclusión, en el derecho castellano la naturalización podía ser general o especial. La naturalización para comerciar o simplemente residir en Indias, obtener prebendas o cualquier tipo de beneficio eclesiástico en los territorios americanos, algún cargo de marinero o algún oficio dentro de la Casa de la Contratación, es un tipo especial de naturalización para Indias, pero que nació dentro del derecho de Castilla, y que después adquirió características propias dentro del derecho indiano. Las cartas de naturaleza especiales otorgaban derechos limitados, no pudiendo incluirse ningún otro que no estuviera expresamente concedido por la autoridad.

Si bien ya no se encuentra dentro de nuestro periodo de estudio, es pertinente, antes de terminar, hacer mención que en la Novísima Recopilación de Leyes de España de 1805 podemos encontrar los conceptos de natural y de naturalización definidos y sistematizados con una técnica jurídica ya más depurada.

Destaca para el tema de la definición normativa de naturaleza el libro VI, t. III: “De los vasallos: su distinción de estados y fueros; obligaciones, cargas y contribuciones”, dentro de este mismo libro, el t. 11 está dedicado a la extranjería: “De los extranjeros domiciliados y transeuntes en estos Reynos”. En cuanto al concepto de naturalización especial, el título XIV del libro I: “De la naturaleza de estos reynos para obtener beneficios en ellos” habla sobre concesión y revocación de cartas de naturaleza para obtener beneficios eclesiásticos, en donde, por ejemplo, se disponía en la ley 6, que no podía el rey conceder la naturaleza, salvo en los casos de extrema nece-

sidad; en estas condiciones se pedirá consentimiento a las villas y ciudades con voto en Cortes, para que libremente acepten concederla, pudiendo ser ésta absoluta (para poder disfrutar de los mismos derechos que los nacidos en el reino) o limitada (mera actitud para disfrutar de una determinada gracia que se le concede).<sup>223</sup>

### 3. *Naturaleza y extranjería en el derecho indiano*

Desde el instante mismo del descubrimiento de América por Cristóbal Colón y con fundamento legal en las Capitulaciones de Santa Fe, la Corona se ocupó activamente de supervisar y regular, desde el derecho común, lo acontecido en Indias, primero, a través del Consejo de Castilla hasta la constitución, en 1524, del Real y Supremo Consejo de Indias: “Si el descubrimiento y población del Nuevo Mundo se llevó a cabo en el siglo XVI, principalmente, merced al esfuerzo personal y económico del pueblo español, no es menos cierto que en todo momento, desde el primer día, aquel esfuerzo estuvo encauzado por el Estado. ...consecuencia de todo ello fue una constante actividad legislativa de los Reyes”.<sup>224</sup> Empero, la lejanía de los territorios recién descubiertos y las particularidades de su población y costumbres, tan disímolas de las europeas, y que dificultaron el proceso de mutua comprensión, provocaron que el derecho castellano resultara insuficiente para regular las nuevas situaciones, algunas que ni siquiera habían existido nunca en Europa, como fue el caso de la encomienda.

Siguiendo a Víctor Tau, el derecho indiano surgió como parte del *ius commune*; es pues, en el origen, un derecho especial dentro del derecho castellano; con base en el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, los territorios descubiertos y conquistados debían regirse por las leyes del reino conquistador, en este caso, Castilla.<sup>225</sup> Esta postura se ve confirmada por la doctrina de Bártolo y Baldo, juristas del siglo XIV, que aseguraban que las tierras recién descubiertas debían regirse por las leyes del reino al que acrecientan, en este caso las Indias.<sup>226</sup> En el mismo sentido

<sup>223</sup> Del Vas Mingo, Milagros, estudio histórico de la voz “naturaleza”. *Apud*. Ayala, Manuel Josef de, *op. cit.*, t. X.

<sup>224</sup> García-Gallo, Alfonso, “La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI”, *op. cit.*, pp. 608 y 609.

<sup>225</sup> Tau Anzoátegui, Víctor, *¿Qué fue el derecho indiano?*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 17.

<sup>226</sup> Manzano Manzano, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, *cit.*, p. 6.

nos relata Javier Barrientos toda la cuestión, es decir, que la aplicación del derecho castellano en Indias se fundamentó "...dentro del sistema de *ius commune*, vale decir, que asumieran de la accesión de un territorio a otro y la extensión del derecho de este último al primero". Continúa el autor más adelante:

...se preguntaba si las Indias que habían sido conquistadas por Hernán Cortés debían regirse y gobernarse por las leyes de los reinos de España, y su respuesta se basaba en la ya clásica doctrina de Bártolo de Sassoferrato sostenida en el comentario a la ley *Si convenerit*, y así escribía que en el citado pasaje de Bártolo decía que si un reino era aumentado, aquella provincia agregada a él debía regirse por las constituciones del reino cuando tal provincia hubiere accedido a él de una manera accesoria, de modo que formara un solo reino con el primero o un solo condado, pues en tal caso debía regularse según las reglas del reino al que accedía y debía ser gobernada por sus mismas leyes y privilegios.<sup>227</sup>

La concepción castellana de los territorios indianos fue, al menos desde la estructura regulatoria, como la de un solo reino: Castilla misma.

Nació por ello, una legislación de carácter innegablemente casuístico, elaborada, en un primer momento, para resolver situaciones concretas en lugares determinados de las Indias: "...fueron también poco frecuentes las leyes que se dictaron con carácter general para todas las Indias, siendo lo normal que las disposiciones se refiriesen solo a una provincia o a un lugar... cuando se estimó conveniente aplicar una misma medida en varias provincias, en lugar de promulgarla con carácter general, se dictó, repitiéndola, para cada una de las provincias".<sup>228</sup>

La regulación emitida por la Corona de Castilla respecto de sus posesiones ultramarinas obedeció siempre a intereses inmediatos y a situaciones que iba conociendo y enfrentado sobre la marcha de la expansión territorial; por lo tanto, adquirió matices distintos en función del monarca en turno y de las informaciones recibidas. Pero hubo unas líneas que se mantuvieron más o menos constantes y que configuraron una verdadera política

---

<sup>227</sup> Barrientos Grandón, Javier, "La literatura jurídica indiana y el *ius commune*", en Alvarado, Javier (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Marcial Pons, vol. I, 2000, pp. 202 y 203. El doctor Barrientos hace un estudio detallado sobre esta postura que no podemos relatar aquí; empero, se invita al lector interesado en estos temas a consultar este trabajo.

<sup>228</sup> García-Gallo, Alfonso, "La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI", *cit.*, p. 609.

pública indiana. Dentro de dicha política pública uno de los instrumentos principales, o quizá, el instrumento por antonomasia fue la ley.<sup>229</sup> Podemos afirmar que nada escapó a la voluntad legislativa de la Corona de Castilla, en muchísimas ocasiones en detrimento, incluso, de la propia vida indiana: actividad mercantil, mercados, flotas, pasajeros, comercio de artículos suntuosos, trato a los indios, Iglesia, erección y constitución de pueblos y municipios, impuestos, esclavos, explotación de minas, bienes de difuntos, matrimonios, niños expósitos, hospitales, cartas de marear, vestimenta, y una larguísima lista que engloba la vida misma de todos los territorios que estuvieron bajo su dominio.

Uno de esos temas objeto de regulación fue, precisamente, la presencia de extranjeros en las Indias. La razón principal de esta circunstancia fue garantizar y defender la exclusividad del reino de Castilla para gozar de los beneficios del descubrimiento de los nuevos territorios. “Hubo en este proceder un interés económico justificado: las Indias habían sido incorporadas a Castilla y era lógico que el derecho a pasar y comerciar con ellas quedara reservado a los naturales del reino, era por tanto necesario aclarar quién era tomado por natural y quién por extranjero, así como las calidades requeridas para ejercer ese derecho”.<sup>230</sup>

Se reguló desde épocas muy tempranas la realidad de su presencia (*i. e.* en el AGI encontramos una real cédula de 1501<sup>231</sup> en el sentido de prohibir el paso de naturales y extranjeros sin licencia real);<sup>232</sup> la política pública indiana en materia de extranjería fue, en líneas generales, la de la prohibición general y el paso controlado directamente por la Corona a través del Consejo de Castilla, en un primer momento, y luego por el Consejo de Indias y por la Casa de la Contratación:

Otra preocupación es conservar la pureza del elemento español. Prohibese todo trato con extranjeros en las Indias, so pena de vida y perdimento de bienes, y para precaver hasta donde fuese posible la difusión de noticias referentes a la riqueza y recursos de aquellos territorios, se dictaron numerosas

---

<sup>229</sup> “Con el nombre genérico de leyes se designó en el siglo XVI y aun después, en Castilla y en Indias, a toda clase de disposiciones escritas, fuesen o no verdaderas *leyes* en sentido estricto.” *Ibidem*, p. 610.

<sup>230</sup> Sullón Barreto, Gleydi, *Vasallos y extranjeros. Portugueses en la Lima virreinal, 1570-1680*, tesis doctoral, Dirección de Pilar Ponce Leiva y Rafael Valladares Ramírez, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 43.

<sup>231</sup> Esta es la disposición más antigua que hemos localizado en archivos que menciona al colectivo de extranjeros.

<sup>232</sup> AGI, sección Gobierno, Indiferente General, *Indiferente*, 418, L.1, F. 26R-26V.

prohibiciones para que los extranjeros no tuvieran relación ni correspondencia con sus moradores.<sup>233</sup>

Pero no hay que caer en la tentación de calificar a la extranjería como un supuesto jurídico poco deseado, por llamarlo de alguna manera. Los extranjeros tenían derechos limitados y dificultades para el paso a Indias, pero también es cierto que al no ser titulares de todos los derechos tampoco eran titulares de todas las obligaciones correspondientes a los súbditos castellanos (como hemos mencionado cuando estudiamos las Partidas), a saber: deber de consejo, deber de tributación y regalías y deber militar.<sup>234</sup> Esto significa que no siempre se buscó huir de la extranjería para incorporarse, a través de la naturalización, al conglomerado de castellanos.

El largo recorrido que habremos de seguir para localizar y estudiar el supuesto deóntico de extranjero en el derecho indiano se hará con base en la metodología ya expuesta en el estudio introductorio de este trabajo.

#### A. *Las normas fundantes*

El descubrimiento de nuevos territorios no es un acontecimiento aislado en el mundo de los siglos XV y XVI; de hecho, América es hallada, dentro de la llamada “era de los descubrimientos”, como consecuencia de una carrera librada por conquistar el mar y sus secretos, auspiciada directamente por la Corona de Castilla en armonía con los objetivos de las otras Coronas europeas y en franca competencia con el interés colonizador de la Corona de Portugal (esta es una de las múltiples razones que explica el recelo permanente que hubo con los naturales portugueses, reflejado en la legislación). La ciencia se aplicó a la posibilidad de marear con mayor eficiencia y eficacia; formaba parte del ideario colectivo, tal como lo conceptualiza Mumford, la sociedad de fines de la Edad Media estaba mentalmente preparada para descubrir nuevos mundos. “...el procedimiento consistía, a fines de la Edad Media, en que cuanto tenía que ver con el estudio de la astronomía y la geografía fuera analizada su posible utilidad en la navegación”.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Pérez Bustamante, C., “Las regiones españolas y la población de América (1509-1534)”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 6, 1941, p. 85.

<sup>234</sup> Góngora, Mario, *op. cit.*, p. 168.

<sup>235</sup> Cuesta Domingo, Mariano, *La obra cosmográfica y náutica de Pedro de Medina*, Madrid, BCH, 1998, p. 30.

No deja de ser un dato curioso que el descubridor oficial de Indias fuera, precisamente, un extranjero. Cristóbal Colón, uno de los personajes más populares de la historia universal, cuya ciudad de origen aún está sumida en la controversia científica (aunque Génova es la posibilidad más mencionada), no era, eso sí sin duda, castellano. Y sin embargo, descubre para Castilla y León, un mundo nuevo. No fueron, en un primer momento, las riquezas esperadas, pero sí, desde el inicio, le obsequió a la Corona castellana el liderazgo colonizador dentro del contexto europeo.

Así, el descubrimiento de América fue un hecho asombroso, pero no por ello fue sorprendente, sino anhelado. Esto significa que la ley ya contemplaba la posibilidad del descubrimiento, no sólo porque ya se había suscitado respecto de África, sino porque se esperaba seguir descubriendo nuevos territorios. En ese sentido, la concesión de bulas papales que legitimaran, no sólo el descubrimiento, sino que declarara *erga omnes* la exclusiva titularidad del príncipe descubridor sobre los nuevos territorios, obedece a un ejercicio del poder papal conocido y aplicado con anterioridad a 1492, y, por ello, ambicionado por los Reyes Católicos.<sup>236</sup>

De esta manera, comienza la construcción de un mundo nuevo a través de las leyes. Fueron tres los personajes responsables de la configuración normativa original del Nuevo Mundo; ellos fueron: la monarquía castellana (destacando el papel histórico de Isabel I de Castilla y del rey consorte, Fernando de Aragón), Cristóbal Colón y el papa Alejandro VI (Rodrigo Borgia).

Si bien la historiografía hace hincapié en las relaciones de poder que estos tres personajes entablaron para lograr sus objetivos personales e institucionales, lo más importante en la configuración normativa que nos ocupa no fueron los hombres, sino lo que produjeron. A través de un cabildeo tenaz, en donde la amenaza portuguesa y francesa jugó un papel decisivo, que, como acabamos de señalar, ha sido recogido profusamente por los historiadores, los Reyes Católicos obtuvieron del papa Alejandro VI las bulas que habrían de concederle a Castilla la exclusividad de todas las islas y tie-

---

<sup>236</sup> En 1455, la Corona de Portugal había obtenido la bula *Romanus Pontifex*, y en 1456, la *Inter Caetera*, para una zona que iba del cabo Bojador al noroeste de África; es decir, la ruta hacia Oriente y hacia la India. “De esta suerte, y para mediados del siglo XV, Portugal había acaparado —por derecho de conquista y por ratificación papal— las rutas que se suponían únicas para llegar a la especiería, por lo que el campo de acción español quedaba reducido al archipiélago de las Canarias; de ahí que se única esperanza radicara en que en el Atlántico, navegando hacia el poniente, hubiera algo que valiese la pena, ya que de otra forma lo tenía todo vedado, salvo un puñado de islas menores”. Fernández Sotelo, Rafael Diego, *op. cit.*, p. 86.

rra firme del mar océano descubiertas y por descubrir en el Atlántico navegando por el Occidente hacia las Indias. La trascendencia de las bulas en la configuración del Estado español tampoco es menor. “La aceptación de las bulas alejandrinas convirtió al Estado Español en un Estado Misionero, por llamarlo así; es decir, comprometido jurídicamente en la magna empresa evangelizadora de las Indias”.<sup>237</sup>

Pero las bulas no fueron suficientes para mantener a raya a los príncipes europeos<sup>238</sup> ni para justificar la conquista misma de los territorios y sus habitantes. Hubo que recurrir a otros elementos que, juntos, conforman el contenido de una especie de Constitución material,<sup>239</sup> que habría de dotar de unidad, más tarde, a todo el derecho indiano, a saber:

1. Las capitulaciones de descubrimiento, conquista, pacificación y población
2. Las bulas pontificias de donación
3. La ocupación territorial efectiva
4. Los tratados internacionales que fijaron la condición de las Indias en Occidente

#### a. Capitulaciones

Las Indias reciben ese nombre antes de ser descubiertas, con fundamento en las Capitulaciones de Santa Fe, que se firmaron el 17 de abril de 1492, “después de largas y laboriosas negociaciones entre el secretario Juan

---

<sup>237</sup> Martín González, Ángel, prólogo a la *Gobernación espiritual de Indias. Código ovandino. Libro Iº*, transcrito y publicado del original de 1571 por Martín González, Ángel, SDB, Guatemala, Instituto Teológico Salesiano, 1977, p. XXIX. .

<sup>238</sup> “A principios de los años treinta, el padre Pedro de Leturia, S.J., explicaba cómo el título para conquistar tierras de infieles, según el derecho medieval, era el de la invasión y ocupación. Que ni Castilla ni Portugal solicitaban las bulas con el ánimo de contar con título jurídico suficiente para respaldar su presencia en las tierras nuevamente descubiertas —título con el que de hecho ya contaban—, sino para asegurarse con el debido resguardo internacional, acatado por los mismos príncipes cristianos, para intervenir en la propagación de la fe, y para excluir de la conquista, hecha o por hacer, a las demás potencias católicas”. Fernández Sotelo, Rafael Diego, *op. cit.*, p. 89.

<sup>239</sup> Se dice “especie” porque resulta equívoco intentar adecuar la teoría constitucional de los órdenes jurídicos estatales contemporáneos al esquema normativo de la Edad Media. Empero, podemos hablar, sin lugar a dudas, de una Constitución material con contenido escrito y con normas de derecho consuetudinario, presuponiendo una norma fundante básica cuyo contenido sería: “Hágase lo que Castilla ordena”. Para un estudio sobre los tipos de constituciones y del presupuesto lógico-normativo llamado “norma fundante básica” consultar Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 1995.

de Coloma, en nombre de los Reyes Católicos y Fran Juan Pérez, representante de Cristóbal Colón”,<sup>240</sup> en la reciente reconquistada villa de Santa Fe de la Vega de Granada, en virtud de las cuales los Reyes Católicos otorgan a Colón, entre otras muchas prerrogativas y obligaciones, una serie de títulos y derechos sobre los posibles territorios que pudiera descubrir.<sup>241</sup> Si bien esa es la primera capitulación del derecho indiano (en realidad, el primer documento jurídico para Indias), lo cierto es que es una práctica común en la forma de reglamentar las expediciones, como bien lo prueban las capitulaciones que se otorgaron para Canarias.

Y Colón efectivamente descubre no una ruta nueva directa hacia la India, sino unos territorios insulares, que en un primer momento se piensa están localizados frente a la India.

Las Capitulaciones de Santa Fe, junto con las cartas de Privilegios, serán los documentos que se presentarán como pruebas, posteriormente, dentro de los llamados “pleitos colombinos”.

Las capitulaciones indianas anteceden, pues, a las propias bulas papales y las trascienden, puesto que hubo capitulaciones de diversos tipos en función de la finalidad perseguida por la expedición regulada en dicho texto “capitulado”, las más frecuentes, las de descubrimiento, las de conquista y las de población. Sin embargo, las capitulaciones fueron un instrumento jurídico del primer periodo del derecho indiano (con un antecedente claramente castellano), cuando hubo que reconocer el territorio recién descubierto, para fines del siglo XVI eran ya poco frecuentes (las capitulaciones de conquista pasaron a denominarse de “pacificación”).

Su naturaleza jurídica ha sido muy discutida, y podría ser más preciso concebirlas como actos de autoridad que otorgaban a un súbdito determinados derechos, algo similar a lo que hoy llamaríamos una concesión administrativa. En su tiempo, se les consideró como mercedes regias, puesto que uno de los contratantes era el propio rey.<sup>242</sup>

Fue un instrumento de extraordinaria utilidad para la Corona, puesto que las expediciones “capituladas” eran financiadas directamente por el par-

---

<sup>240</sup> Martínez Cardós, José, “Las Indias y las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII. Primera parte”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 64, 1956, p. 207.

<sup>241</sup> En este sentido, podemos considerar a las Capitulaciones de Santa Fe como la primera norma que habría de construir la compleja administración territorial en las Indias. Para un estudio minucioso al respecto: García-Gallo, Alfonso, “Los orígenes de la administración territorial de las Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XV, Madrid, 1944, pp. 1-106.

<sup>242</sup> Muro Orejón, Antonio, “Las capitulaciones de descubrimiento, conquista y población”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. I, 1989, pp. 147-152.



titular, a quien había sido concedida la capitulación, obteniendo, además, un porcentaje de las ganancias, si las hubiera. "... se organizaron a costa y a riesgo de sus jefes. La Corona no arriesgó nunca nada. Pero adquiriría la soberanía sobre todas las tierras descubiertas. De este modo, la Monarquía se encontró con Méjico, con el Perú..., sin hacer nada, limitándose a negociar las condiciones «concedidas» a (o «pactadas» con) los expedicionarios".<sup>243</sup> Dentro de esas negociaciones "capituladas", es menester mencionar que siempre se incluía la referencia a las bulas alejandrinas o a los tratados internacionales celebrados, sobre todo, con Portugal, en el sentido de supeditar toda la labor expedicionaria a la efectiva evangelización de los indios o alguna otra limitante contenida en aquellos instrumentos.

Todas las capitulaciones, incluida la santafesina, se consignaron en los libros-registro o cedularios, como una forma que tuvo la Corona de salvaguardar los derechos y concesiones que había otorgado, así como las obligaciones contraídas. Lo cierto es que la Corona incumplió repetidamente los contratos "capitulados", lo cual generó una gran cantidad de pleitos, muchos de ellos conservados en el AGI.

Además de las capitulaciones, los Reyes Católicos emitieron sendas regulaciones para las Indias antes de tener conocimiento de las bulas alejandrinas; en concreto, nos interesa la *Instrucción de los Reyes al Almirante D. Cristóbal Colón así para el viage que iba á hacer á las Indias, como para el buen gobierno de la nueva Colonia*, del 29 de mayo de 1493,<sup>244</sup> en donde se ordena a Colón que toda la gente que embarcara se presentara ante él y quedara registrada, tanto sus personas como las pertenencias que embarcaban: "...porque se sepa las personas que van, é de que calidad é oficio son una dellas; ...guardarán el servicio de sus Altezas é pro de su hacienda, como fieles é verdaderos vasallos é súbditos de sus Altezas...".

En primer lugar, y esto es importante, estamos frente a una norma que regula el paso de personas, las cuales deberán quedar registradas ante ciertas autoridades precisadas en la propia instrucción. En segundo lugar, no hay ninguna prohibición o precisión sobre el tipo de personas que pueden pasar; ciertamente, no se hace mención a los extranjeros. De hecho, se hace alusión en las Instrucciones, al envío, en el segundo viaje colombino, del "docto P. Fr. Buil", fray Bernardo Boil, perteneciente a la orden de los mí-

<sup>243</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 332.

<sup>244</sup> Codevi, *Colección de los viajes y descubrimientos, que hicieron por mar los españoles desde fines del siglo XV*, coordinada e ilustrada por Don Martín Fernández de Navarrete, vol. 2, Madrid, 1825, pp. 66-72.

nimos, de naturaleza catalana y, por lo tanto, extraño al reino de Castilla,<sup>245</sup> con lo cual no podemos hablar de una prohibición al paso de extranjeros en los primeros meses del descubrimiento de las Indias.

### b. Las bulas alejandrinas de partición<sup>246</sup> (1493)

Antes de comenzar debemos anticipar un hecho: no vamos a encontrar en el texto de las bulas alejandrinas ninguna referencia técnica a la construcción del concepto jurídico de extranjero; tampoco hay ningún tipo de regulación sobre su posible paso a Indias. Sin embargo, los textos papales son el primer documento de derecho público americano<sup>247</sup> que trascendió las fronteras de los reinos ibéricos y fundamentó, tanto la incorporación de Indias a Castilla como la legislación que emitió la Corona respecto de esos territorios en todas las materias, incluyendo la de la extranjería. De ahí la importancia de detenerse en ellas y de entender su lugar y trascendencia dentro de la ingeniería legislativa indiana. Las bulas alejandrinas son uno de los elementos más conocidos de la Constitución (en sentido material) del derecho indiano, localizadas en la punta de la pirámide normativa que dota de validez al resto del sistema jurídico indiano. Puesto que aún es medievo el momento en el que suscita el descubrimiento de América, las bulas también se integraron a la Constitución en la acepción medieval de ésta, como elemento integrador del rey y del resto de los estamentos sociales; siguiendo a Faustino Martínez: “la Constitución medieval es antes jurídica que eminentemente política, se compone de reglas, pactos, contratos, cartas, con los que se reconocen derechos y libertades, cargas y deberes, y se modifican las situaciones de poder”.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> Por cierto, este fraile obtuvo del papa Alejandro VI la bula *Piis Fidelium*, del 3 de mayo de 1493, en la que se establecían lineamientos para la evangelización de los indios dirigidos a los miembros del clero regular y que habría de fungir como un antecedente normativo para la concesión de la bula *Universalis Ecclesiae* de Julio II mediante la cual otorgó, el 28 de junio de 1508, el Regio Patronato Indiano, institución de trascendencia fundamental para la construcción y organización de todas las Indias.

<sup>246</sup> El texto íntegro de las bulas alejandrinas puede consultarse en Giménez Fernández, Manuel, *Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las bulas alejandrinas de 1493 respecto a las Indias*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1944. *Apud.* Fernández Sotelo, Rafael Diego, “Proceso jurídico del descubrimiento de América (bulas, tratados y capitulaciones)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. II, 1990, p. 88.

<sup>247</sup> Weckmann, Luis, *op. cit.*, p. 25.

<sup>248</sup> Martínez Martínez, Faustino, “Una idea histórica de Constitución”, [en línea], *El juez constitucional en el siglo XXI*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César de Jesús Molina Suárez

Si lo anterior no bastara para justificar el estudio de las bulas alejandrinas, debemos señalar que fueron también el primer elemento de transmisión del *ius commune* a lo que más tarde habría de convertirse en derecho indiano, puesto que a través de ellas se heredó al Nuevo Mundo la tradición jurídica castellana. En palabras de Luque Talaván:

Fue a través del Derecho castellano como el Derecho indiano recibió el legado del Derecho común. Un Derecho indiano que nació apegado a la práctica y la doctrina jurídica de la Europa del siglo XV, cuando el Papa Alejandro VI —utilizando su condición de *Dominus Orbis* y siguiendo las doctrinas del Cardinal Enrique de Susa, el Hostiense—, concedió la soberanía del Nuevo Mundo a los Reyes Católicos. Fue, por tanto, el Derecho indiano heredero de la tradición representada por el Derecho común europeo, igual que herederos de esta misma tradición fueron el Derecho castellano, el francés o el alemán; procediendo su carácter especial y su independencia, tal y como vimos, de la posesión de un sistema de fuentes propio y de contar con unas instituciones únicas.<sup>249</sup>

Cuando el rey de Portugal, Juan II, toma conocimiento del descubrimiento de las Indias, trató de alegar ciertos derechos sobre aquellos territorios, con fundamento en las tres bulas pontificias que ya tenía, y que disponían sobre Guinea, Madeira, las Azores y otras islas, y en el tratado de Alcáçovas-Toledo de 1474, en donde los Reyes Católicos reconocían el dominio de Portugal sobre esos territorios, siempre y cuando la Corona portuguesa reconociera el dominio castellano sobre Canarias, con base en la donación hecha por Clemente VI en 1344 y confirmada en 1434, mediante la bula *Dudum cum ad nos*. Ante este escenario, los Reyes Católicos —en particular el rey Fernando de Aragón— solicitaron al papa valenciano Alejandro VI, la concesión de unas bulas similares a las de Portugal,<sup>250</sup> que salvaguardaran íntegramente su derecho a dominar los territorios recién

---

(coord.), Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, t. I, México, 2009, p. 325-381. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2725/17.pdf> [Consulta: 3 enero 2015].

<sup>249</sup> Luque Talaván, Miguel, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, cit., p. 125.

<sup>250</sup> La semejanza queda claramente reconocida en el propio texto de las bulas *Inter Caetera* A y B, a saber: “Y como quiera que algunos reyes de Portugal descubrieron y adquirieron también por concesión apostólica algunas islas..., queremos extender y ampliar de modo semejante, a vosotros y a vuestros sucesores, respecto a las tierras e islas halladas por vosotros o las que se hallasen en el futuro, todas y cada una de aquellas gracias, privilegios, exenciones, libertades, facultades, inmunidades e indultos, con la misma eficacia que si se encontrasen insertos palabra por palabra en las presentes, y queremos que podáis y debáis usar, poseer y gozar de los mismos libre y lícitamente en todo caso y circunstancia como si hubiesen sido especialmente concedidos a vosotros o a vuestros sucesores”.

descubiertos,<sup>251</sup> es decir, una bula de donación, una bula de concesión y una bula de demarcación, como las tenía la Corona lusitana. "...podemos concluir, al fin, que en el momento en el que se produce el descubrimiento, se contaba por parte de Roma con una tradición concretada en una serie de bulas que establecían un reparto geopolítico del Atlántico entre las coronas de Castilla y Portugal".<sup>252</sup>

La naturaleza jurídica de las bulas alejandrinas sigue siendo motivo de análisis en la actualidad. Las principales posturas académicas del derecho censuario pontificio<sup>253</sup> son las siguientes: doctrina Omni-Insular,<sup>254</sup> donación, arbitraje internacional, mera investidura feudal y resguardo internacional. Nuestro tema central no nos concede la posibilidad de intentar, aunque sólo fuera superficialmente, el estudio de cada postura, tema que ha sido por demás trabajado y analizado por los historiadores del derecho indiano; en esta investigación nos pronunciamos en el sentido de que las bulas alejandrinas son un acto jurídico tipificado como donación, con base en la doctrina teocrática medieval del papa como vicario de Cristo, y del cual deriva, entre otras consecuencias jurídicas, la constitución de un poder político sobre una zona geográfica específica. Esto significa que las referidas bulas no sólo convalidaban la propiedad de las tierras recién descubiertas (que podía derivarse únicamente del derecho de ocupación de raíces romanas), sino la posibilidad de constituir un dominio político sobre sus habitantes, tema que fue mucho más discutido en su momento, y que aún hoy genera diversidad de posturas. Por ejemplo, Alfonso García-Gallo se inclina por la postura de que las bulas alejandrinas sólo conceden derechos sobre territorios, dejando a los indios a salvo, quedando pues como libres por naturaleza, razón por la cual no se les puede someter conforme a derecho, sino únicamente establecer con ellas tratados de alianza y amistad entre sujetos en igualdad de condiciones.<sup>255</sup>

En todo caso, no podemos hablar de una decisión papal sobre el continente americano en 1493; es más, debemos considerar a las bulas alejandri-

---

<sup>251</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, p. 329.

<sup>252</sup> Pérez Collados, José María, "En torno a las bulas alejandrinas: las bulas y el derecho censuario pontificio", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. V, 1993, p. 254.

<sup>253</sup> Sobre este tema consultar, *ibidem*, pp. 238-255.

<sup>254</sup> La doctrina Omni-Insular fue enunciada por primera vez en 1091 por el papa Urbano II aduciendo que todas las islas pertenecen a la especial jurisdicción de san Pedro y de sus sucesores, los pontífices romanos, quienes pueden libremente disponer de ellas. Para un análisis pormenorizado de esta postura: *cf.* Weckmann, Luis, *op. cit.*

<sup>255</sup> García-Gallo, Alfonso, "Las Indias durante el reinado de Felipe II. La solución del problema de los justos títulos", *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1972, p. 445.

nas como documentos preamericanos, en el sentido de que cuando fueron emitidas no había aún, conocimiento de un continente descubierto. Su naturaleza es la de la donación de tierras en general, y cuando fueron otorgadas, dichas tierras aún no estaban descubiertas, aunque se hace la distinción en su texto, entre islas y tierra firme, puesto que se creyó que la isla de Cuba era el extremo oriental de la India. Evidentemente, al descubrirse el continente, la línea alejandrina incorporó los territorios continentales a Castilla.

Las bulas fueron escritas en un momento distinto al de su despacho; algunas fueron posfechadas y otras antedatadas;<sup>256</sup> empero, a pesar de las distintas hipótesis que se plantean en cuanto a su validez individual, hay que considerarlas como un sistema jurídico unitario, donde cada una explica o completa el contenido de la otra, mas no lo sustituye;<sup>257</sup> son cuatro, a saber:

a) Bula *Inter Caetera* (A) del 3 de mayo de 1493: Bula de donación.

Probablemente fue emitida desde abril de ese año, pero su fecha oficial es esta de mayo.<sup>258</sup> En ella se apela al “uso de la plenitud de la potes-

---

<sup>256</sup> En un estudio sobre la obra de Juan de Solórzano y Pereyra, Milagros del Vas y Miguel Luque plantean lo siguiente: “Solórzano Pereyra no pone en duda la *Inter Caetera* del 4 de mayo, y curiosamente no menciona la *Inter Caetera* del 3 de mayo. Ello puede querer decir que como persona de la época sabía perfectamente cual era la Bula en la que estaba contenida la donación pontificia. Por tanto, los derechos castellanos estarían en las tres bulas que él cita: *Inter Caetera* del 4 de mayo; *Eximiae Devotionis* de 3 de mayo y *Dudum Siquidem* de 25 de septiembre. Esto confirmaría la tesis defendida por los historiadores que consideran que las bulas fueron dadas de «forma sucesiva» frente a la tesis de la «concesión simultánea». De esta forma, este hecho vendría a dar la razón al Profesor Manzano y Manzano cuando alega que la *Inter Caetera* del 4 de mayo junto con la *Eximiae Devotionis*, invalidan la letra de la *Inter Caetera* del 3 de mayo. Véase Manzano Manzano, Juan, «Nueva hipótesis sobre la historia de las bulas de Alejandro VI referentes a las Indias», *Revista de la Facultad de Derecho*, XXVI/101-102 (enero-junio, 1976), UNAM, México, pp. 327-359”. Cfr. Del Vas Mingo, Marta Milagros y Luque Talaván, Miguel, “Juan de Solórzano Pereyra y la cuestión de los justos títulos: fuentes del libro I (capítulos IX-XII) de la Política Indiana”, en Gutiérrez Escudero, Antonio y Laviana Cuetos, María Luisa (coords.), *Estudios sobre América: siglos XVI-XX. La Asociación Española de Americanistas en su vigésimo aniversario*, Sevilla, AEA, 2005, p. 140. También de Juan Manzano Manzano es fundamental acudir al estudio previo al que mencionan los doctores Del Vas y Luque, a saber: Manzano Manzano, Juan, “El derecho de la Corona de Castilla al descubrimiento y conquista de las Indias de poniente”, *Revista de Indias*, Madrid, núm. 9, 1942, pp. 397-427.

<sup>257</sup> Para mayor abundamiento sobre esta postura véase García-Gallo, Alfonso, “Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXVII, Madrid, 1957, pp. 461-829.

<sup>258</sup> “...se pidió el 18 de abril, se concedió de forma secreta en un breve, que se convierte en oficial, si bien secreto, extendido el 28 o 30 de abril, según el libro de datas, y se fechará, antedatándola, definitivamente el 3 de mayo. Sabemos que será recibida en Barcelona el

tad apostólica” para conceder la bula “declarando que por esta donación, concesión, asignación e investidura” a favor de Fernando e Isabel y a sus herederos y sucesores en los reinos de Castilla y León<sup>259</sup> “todas y cada una de las islas y tierras predichas y desconocidas que hasta el momento han sido halladas por vuestros enviados y las que se encontrasen en el futuro y que en la actualidad no se encuentren bajo el dominio de ningún otro señor cristiano...”.

Y viene una cláusula interesante dentro del texto, misma que establece la exclusividad de la donación, puesto que

...bajo pena de excomunión latae sententiae en la que incurrirá automáticamente quien atentare lo contrario, prohibimos severamente a toda persona de cualquier dignidad, estado, grado, clase o condición, que vaya a esas islas y tierras después que fueran encontradas y recibidas por vuestros embajadores o enviados con el fin de buscar mercaderías o con cualquier otra causa, sin especial licencia vuestra o de vuestros herederos y sucesores.

Estamos frente al fundamento de la prohibición general para el paso a Indias, salvable únicamente mediante concesión regia, la licencia, que

---

28 de mayo por la tarde”. Varela Marcos, Jesús, *El Tratado de Tordesillas en la política atlántica castellana*, Universidad de Valladolid, Octubre, 1997, p. 33.

<sup>259</sup> La donación a los herederos y sucesores de los Reyes Católicos es el fundamento legal por el cual la reina Isabel, en su testamento, hereda su parte de las Indias Occidentales a su hija Juana, mientras que Fernando V, el cónyuge supérstite, tendría, durante el tiempo que durara su vida, el derecho a recibir la mitad de las rentas que se obtuvieran de aquellas tierras. La incorporación definitiva de las Indias a la Corona de Castilla ocurre a la muerte de Fernando V, en 1516, cuando su hija Juana hereda la universalidad de sus Estados. En todo caso, la exclusión aragonesa de la empresa indiana no es una postura unánimemente aceptada por todos los estudiosos del derecho indiano. Este tema se analizará, dentro del ámbito de la extranjería, en el capítulo siguiente. Para un estudio detallado sobre tan polémico tema se sugieren los estudios siguientes: Pérez Embid, Florentino, “El problema de la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 33-34, 1948, pp. 795-836; Manzano Manzano, Juan, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, op. cit.; Rumeu de Armas, Antonio, “Colón en Barcelona. Las bulas de Alejandro VI, y los problemas de la llamada exclusión aragonesa”, *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, CSIC, vol. I, 1944, pp. 479-510; 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; Hera, Alberto de la, “El regio vicariato de Indias en las bulas de 1493”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, t. XXIX, 1959, pp. 317-349; Góngora, Mario, “La incorporación de las Indias a Castilla”, *El Estado en el derecho indiano*, Santiago de Chile, Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales-Universidad de Chile, 1951, pp. 36-41.

no distingue entre naturales o extranjeros, sino que al contrario, subraya la aplicación generalizada de la prohibición. Como ya vimos, es una política que los Reyes Católicos ya habían establecido desde las Instrucciones otorgadas a Colón, y que se seguiría aplicando a lo largo de todo el periodo virreinal.

Esta prohibición se aplica tanto a los particulares como a los otros príncipes europeos, aunque el interés de los Reyes Católicos se centraba en Juan II, rey de Portugal. “El dominio de las Indias se ejercía no solo en el plano interno sino también frente a los otros Estados, y estaba protegido por sanciones de carácter espiritual que entonces tenían enorme trascendencia en una Cristiandad unida por los vínculos de la fe común”.<sup>260</sup> De hecho, el apoyo papal a la empresa evangelizadora acometida en todos los planos por la Corona permitió, al menos durante los primeros años de la dominación, que los pueblos americanos tuvieran un mínimo de conflictos armados internacionales, toda vez que prohibió a los otros príncipes católicos la colonización de América.<sup>261</sup>

Si bien el dominio de las Indias se ejerció no sólo en el plano interno, sino además lo hizo frente a las otras Coronas europeas, y estaba protegido por sanciones de carácter espiritual, que en la Europa del siglo XVI tenían enorme trascendencia en una cristiandad unida, aún, por los vínculos de la fe común. En efecto, la prohibición universal de ir a esas regiones sin especial licencia de los reyes castellanos podía pensarse, en última instancia, con la excomunión *latae sententiae*.<sup>262</sup>

b) Bula *Eximiae Devotionis*, del 3 de mayo de 1493: Bula de concesión.<sup>263</sup>

También adelantada la fecha oficial, puesto que es probable que se haya emitido en julio. “... recordaba las concesiones hechas a los portugueses e insistía en honrar a los reyes castellanos con gracias, prerrogativas y favores no menores, por lo que se les otorgaban los mismos favores concedidos a los primeros”.<sup>264</sup>

---

<sup>260</sup> Zorraquín Becú, Ricardo, “Esquema del derecho internacional de las Indias”, separata del tomo XXXII del *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1975, p. 10.

<sup>261</sup> Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 3.

<sup>262</sup> Zorraquín Becú, Ricardo, “Esquema del derecho internacional de las Indias”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>263</sup> No confundir con la *Eximiae Devotionis* de 1501 por la cual se concedieron los diezmos de Indias a la Corona de Castilla.

<sup>264</sup> Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, *cit.*, pp. 141 y 142.

c) Bula *Inter Caetera* (B), del 4 de mayo de 1493: Bula de demarcación.

Probablemente emitida en junio. Es el mismo texto que el de la bula *Inter Caetera* (A), pero con la inclusión de una línea imaginaria dentro del apartado correspondiente a la exclusividad de la donación, para que pudiera quedar delimitada la zona geográfica a la que podría acceder Portugal en un momento dado. Sin embargo, Portugal no estuvo de acuerdo, ni con la línea alejandrina ni con la precisión hecha por la *Dudum Siquidem*, de septiembre de ese mismo año, por lo que a través del Tratado de Tordesillas, del 7 de junio de 1494, y tras una delicada negociación, se recorrió dicha línea imaginaria 370 leguas al occidente de las islas de Cabo Verde, quedando comprendido bajo la dominación portuguesa lo que hoy conocemos como Brasil.<sup>265</sup>

La prohibición general de la *Inter Caetera* (A) se conservó en la (B), en el sentido de excluir a naturales sin licencia, convirtiéndose dicha prohibición en el fundamento legal de la exclusión de extranjeros sobre el cual se construyó toda la legislación en la materia:

La Bula pontificia del 4 de mayo de 1493 confirmó a la Corona de España el derecho a excluir a los extranjeros de las tierras recién descubiertas. El monopolio colonial de medio mundo, que según el tratado de Tordesillas reclamaba España, y que debía reservar a la madre Patria el señorío exclusivo del Nuevo Mundo y su explotación económica, podía verse amenazado con la entrada y establecimiento allí de súbditos de otras naciones. Por eso la legislación española de inmigración tomó fundamentalmente una orientación antiextranjera.<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> “Esta posición óptima portuguesa en el mar y su acatamiento por los castellanos, se fundamentaba en unos acuerdos en los que la Santa Sede y el Papa habían intervenido a su favor, y se había consolidado con el tiempo y tratados, como el de Almeirim de 1432 y los acuerdos del concilio de Basilea (1431-37). Todo ello había hecho que en Castilla hubiese, o se mostrase, un cierto respeto hacia el monopolio portugués sobre la navegación a África, y en especial al Sur del cabo Bojador; a la par que los lusitanos aceptaban que las islas Canarias, tanto las conquistadas —las más pequeñas— como las de por conquistar, pertenecían a la corona de Castilla.

Pero en estos momentos se estaba produciendo un enfrentamiento importante entre estos dos reinos peninsulares, donde se jugaba algo más que una política de expansión, se debatía una línea sucesoria. Ahora no se respetaban pactos, ni se admitían acuerdos tácitos. Por ello dentro de las acciones bélicas entre castellanos y portugueses, no se va a respetar las posiciones previas en política naval. Tal circunstancia hace que se contemple la posibilidad de la guerra en el mar y con ello la revisión de las actuaciones en política atlántica”. Varela Marcos, Jesús, *op. cit.*, p. 8.

<sup>266</sup> Konetzke, Richard, “Legislación sobre inmigración de extranjeros en América durante la época colonial”, *Revista Internacional de Sociología*, Instituto “Balmes” de Sociología, año III,



En esta misma línea argumentativa, García-Gallo señala: “De acuerdo con ella [la Bula del 4 de mayo], el gobierno español defiende siempre el principio de *mare clausum* y considera como violación del mismo en perjuicio de España las navegaciones y establecimiento de franceses, ingleses y holandeses en las tierras del Nuevo Mundo”.<sup>267</sup>

c) *Dudum siquidem*, del 25 de septiembre de 1493: Bula de demarcación.

La última de las bulas que nos atañe concede, a pesar de las protestas lusitanas, la ampliación de la zona geográfica de dominación castellana, en el supuesto de que, siguiendo la ruta de Occidente, se descubrieran territorios nuevos en Asia.

Podemos concluir que las bulas alejandrinas sirvieron como uno de los fundamentos normativos aducidos por la Corona de Castilla para justificar su dominación en Indias dentro de la famosa polémica de los justos títulos; esto es, la controversia sobre el derecho legítimo que tenía la Corona para ocupar y conquistar, no sólo el territorio indiano, sino a los indios americanos. Asimismo, enmarcaron la discusión sobre temas como el poder temporal del papa, la condición humana y libre de los indios, el derecho a comerciar con las personas, la guerra justa; muchos de los cuales provenían de creencias bajomedievales que fueron superadas paulatinamente, conformándose, así, los cimientos de lo que en un futuro lejano habría de conocerse como derecho internacional.

Por otro lado, las bulas fueron el fundamento jurídico esgrimido, en numerosas ocasiones para justificar el dominio castellano en Indias a lo largo de todo el periodo virreinal, así como del proceso de evangelización, tal y como lo demuestra Ismael Sánchez Bella tras el análisis directo de los textos jurídicos.<sup>268</sup>

En lo que concierne al tema que nos ocupa, reiteramos que las bulas alejandrinas no aportan ningún elemento técnico-jurídico para la construcción del concepto normativo de extranjero, sino una prohibición general de

---

núm. 11-12, Madrid, julio-diciembre, 1945, p. 272. Al respecto, Zorraquín Becú comenta: “La concesión pontificia comprendía, desde el punto de vista internacional, dos aspectos diferentes, Por un lado otorgaba a los reyes de Castilla el señorío —es decir, el dominio, o lo que hoy llamaríamos la soberanía— de las regiones ubicadas al occidente, y por el otro prohibía llegar a ellas a las demás naciones sin autorización de los mismos reyes”, Zorraquín Becú, Ricardo, “Las aspiraciones del derecho indiano y los resultados conseguidos”, *cit.*, p. 1785.

<sup>267</sup> García-Gallo, Alfonso, “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, *cit.*, p. 169.

<sup>268</sup> Sánchez Bella, Ismael, “Las bulas de 1493 en el derecho indiano”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. V, pp. 372-388.

paso hacia todo aquel que no contara con una licencia expedida según los términos establecidos por el derecho castellano.

### c. Ocupación territorial

Esta doctrina se construye con posterioridad al descubrimiento, cuando ya se tenía noción de las Indias como un continente; habiéndose consolidado el Cisma de Occidente, con el consecuente desconocimiento de la autoridad papal, y por ende, la negación de todo valor jurídico de las donaciones territoriales,<sup>269</sup> hubo que buscar otros elementos jurídicos para defender la exclusividad de la dominación castellana en Indias.

Desaparecida la autoridad de la Santa Sede a causa de la reforma protestante y del poder e independencia creciente de los Estados, aquella atribución de dominios perdió la importancia internacional que anteriormente habían tenido actos análogos durante la Edad Media. Inglaterra comenzó organizando expediciones de rapiña con el objeto de apoderarse de las riquezas de las Indias, sobre todo durante el reinado de Isabel (1558-1603), contemporánea de Felipe II. Los filibusteros y piratas británicos causaron ingentes daños y obligaron a España a organizar las flotas bajo la protección de navíos de guerra, sin que este recurso resultara siempre un medio eficaz de defensa. Más tarde, desde principios del siglo XVII, comenzaron a fundarse las colonias inglesas de Norteamérica, a la par que Gran Bretaña se apoderaba también de algunas islas del Caribe para realizar desde ellas un fructífero contrabando. Los holandeses y Francia, aunque en menor escala, siguieron idéntica política. Aquéllos se apoderaron del noreste del Brasil —unido entonces a la Corona española— y ésta se instaló en el Canadá, todo ello durante la primera mitad del mismo siglo XVII.<sup>270</sup>

Como el derecho de conquista medieval —basado en la invasión y la ocupación— también resultaba conceptualmente insuficiente, se acudió, en un esfuerzo de sofisticación intelectual, al núcleo germano del derecho castellano que defendía la unidad del territorio<sup>271</sup> y la imposibilidad de enajenarlo, en todo o en partes, con fundamento en las provisiones reales que

---

<sup>269</sup> *Idem.*

<sup>270</sup> Zorraquín Becú, Ricardo, “Esquema del derecho internacional de las Indias”, *cit.*, p. 18.

<sup>271</sup> “...la unidad indivisible del territorio, y la noción canónica del oficio del Rey, que coinciden con la afirmación de la unidad estatal, se transmiten desde la época visigoda al Reino de León, y de éste a Castilla, logrando así imponerse, desde el siglo XII, el principio fundamental del Estado, la unidad indivisible de la herencia siguiendo el orden de la primogenitura”. Góngora, Mario, *op. cit.*, p. 16.

prometían, solemnemente y para siempre, que los territorios indianos no serían apartados de la Corona de Castilla.<sup>272</sup> Teniendo clara dicha indivisibilidad, se trasladó un concepto de derecho privado romano, como lo fue la posesión, al derecho público.

“Poseer” viene del latín *possessio*, y “sirve para designar una íntima relación física entre una persona y una cosa, que dé a aquella una posibilidad exclusiva de utilizar ésta. ...y que el poseedor tenga voluntad de poseer el objeto como suyo”.<sup>273</sup> Tomando este concepto, se entiende por ocupación territorial el estar, física y exclusivamente, dentro los territorios descubiertos por parte de la Corona de Castilla (*corpus*), con la voluntad de permanecer en ellos (*animus*). La ocupación territorial faculta a quien la ejerce a oponerse a cualquier otro pretendiente a ocupar los mencionados territorios.

La posesión debía ser, entonces, pública y pacífica, no discutida por un posible poseedor anterior (léase poseedor europeo o persona distinta a los pobladores originales, claro está que esta doctrina no se hizo pensando en ellos). Por lo tanto, el simple descubrimiento o la toma de posesión simbólica, no seguida de actos de dominio, no eran títulos suficientes para adquirir territorios. En este sentido se pronunció Isabel II ante la protesta de la Corte de Castilla por el viaje de Francis Drake, en 1580, a los territorios americanos.

Un acto innegable de dominio es la emisión de leyes para ordenar y regular los territorios indianos conocidos; es decir, la intensa actividad legislativa de la Corona también se explica por esta razón. Aquellos territorios que aún no eran conocidos y, por ende, no estaban ocupados físicamente por el descubridor, quedarían, aplicando únicamente este criterio, a merced del primer adelantado.

#### d. Tratados internacionales

Es a través de la firma de tratados internacionales como se fijan, por mutuo acuerdo entre las partes, los alcances de las Coronas europeas firmantes, en los territorios castellanos e indianos. En palabras de Fernández Sotelo, para el caso luso: “... fue por medio de los tratados internacionales como se alcanzó un sano entendimiento entre España y Portugal”.<sup>274</sup>

<sup>272</sup> Provisión del 14/09/1519, para la isla de La Española; Provisión del 09/08/1520, para todas las islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir; Provisión del 22/10/1523, para Nueva España.

<sup>273</sup> Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, cit., pp. 234 y 235.

<sup>274</sup> Fernández Sotelo, Rafael Diego, *op. cit.*, p. 87.

Obviamente, la firma de tratados internacionales trascendió a la época del descubrimiento, debiendo considerlos como complemento de los otros tres elementos antes expuestos, y se incorporaron a la Constitución material del derecho indiano.

Los tratados reflejaron el clima político de cada época, y su firma o ruptura impactó, en mayor o menor medida, los flujos de extranjeros que ingresaban, primeramente a España y luego a las Indias. “Parece no haber dudas en torno al efecto a corto plazo sobre el volumen de los flujos migratorios que pueden tener unos determinados sucesos políticos, unas medidas legales y su posterior cumplimiento”.<sup>275</sup>

Entre los tratados internacionales de mayor relevancia podemos citar los siguientes:

- Tratado de Tordesillas, del 7 de junio de 1494,<sup>276</sup> en el que se precisaba la línea de demarcación entre Castilla y Portugal (a 370 leguas al oeste de Cabo Verde), dando por terminado el conflicto entre ambas Coronas respecto del alcance geográfico de su dominación atlántica. Fue confirmado por el papa Julio II mediante la bula *Ea quae pro bono*, del 24 de enero de 1506.

Portugal violó esta línea divisoria en territorios brasileños, pero se legitimó su ocupación en virtud del tratado del 13 de enero de 1750, en el cual también se legitima la ocupación de España en Filipinas.<sup>277</sup>

- Tratado de paz firmado entre España, Francia y Portugal sobre el modo con que los franceses y demás extranjeros debían contratar en Indias, firmado en 1544.<sup>278</sup>

Los extranjeros debían pasar a Cádiz o a San Lúcar de Barrameda a manifestar su carga; de tal manera, la Corona de Castilla garan-

<sup>275</sup> Salas Auséns, José Antonio, “Leyes de inmigración y flujos migratorios en la España moderna”, en Villar García, M. B. y Pezzi Cristóbal, P. (eds.), *I Coloquio Internacional “Los extranjeros en la España Moderna”* (Málaga 28-30 noviembre, 2002), t. II, Málaga, 2003, pp. 683 y 684.

<sup>276</sup> Para un estudio específico sobre los antecedentes históricos, políticos y jurídicos de este tratado, se recomienda la obra de Varela Marcos, Jesús, *El Tratado de Tordesillas en la política atlántica castellana*, Universidad de Valladolid, octubre, 1997.

<sup>277</sup> Los territorios que España cedió correspondían a la cuenca del Amazonas que Portugal no había ni siquiera explorado, cediendo, así, no sólo territorio, sino la necesidad de ocupación territorial de una nación extranjera para legitimar su presencia en Indias con fundamento en el Tratado de Tordesillas. *Cf.* Zorraquín Becú, Ricardo, “Las aspiraciones del derecho indiano y los resultados conseguidos”, *cit.*, p. 1786.

<sup>278</sup> AGI, sección Patronato Real, *Patronato*, 271, R.1, 1544. Copia de la aprobación y comprobación de un tratado de paz celebrado entre los reyes de España, Francia y Portugal, sobre el modo con que los franceses y demás extranjeros deben contratar en Indias.

- tizaba que no saliera oro o plata, en su perjuicio y en beneficio de Francia y otros países.
- Paz de Londres de 1604, mediante la cual España intentó disolver la alianza Inglaterra-Países Bajos y lograr el reconocimiento inglés de la exclusividad española en Indias y superar, así, tanto la piratería como el corso.<sup>279</sup>
  - Tratado de Münster (Westfalia), del 30 de enero de 1648, que pone fin a la Guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos. En este tratado se capituló que los vasallos y habitantes de los reinos, provincias, y tierras del rey de Castilla, y de aquellos Estados, se abstendrían respectivamente de navegar y traficar en todos los puertos y costas de las Indias poseídas por una u otra de las partes contratantes; no obstante que las siete provincias, reconocidas soberanas en este tratado, habían sido antes parte de la monarquía española, y por ese título parece que pudieran haberse exceptuado de la prohibición general, sin servir de ejemplo para los demás reinos separados.<sup>280</sup> En todo caso, “se mantuvo la prohibición del comercio de los extranjeros en las provincias americanas, pues la idea del Tratado, no era, ni mucho menos, concederle carta blanca a los holandeses para sus actividades comerciales en el continente americano”.<sup>281</sup>
  - Tratado sobre Navegación y Comercio, concluido el 17 de diciembre de 1650 entre España y las Provincias Unidas. En virtud de este tratado, los holandeses no estarían obligados, en el futuro, a rendir cuentas de sus cargamentos, como no fuera bajo sospecha de contrabando.
  - Tratado de Madrid, del 18 de julio de 1670, en el que se reconoce que Inglaterra puede conservar los territorios en América que efectivamente ya ocupaba.
  - Convención de San Lorenzo, del 28 de octubre de 1790, mediante la cual Castilla se vio obligada a conceder la libre navegación del Pacífico y la facultad para los ingleses, de establecerse en regiones de América del Norte no ocupadas por los españoles.
  - Tratado del 13 de enero de 1750, anulado por Carlos III en 1761 y después confirmado en parte en El Pardo el 24 de marzo de 1778, en el que se fijaron los límites de Brasil.

---

<sup>279</sup> Morales Álvarez, Juan M., *op. cit.*, pp. 71 y 72.

<sup>280</sup> Antúnez y Acevedo, Rafael, *op. cit.*, pp. 275 y 276.

<sup>281</sup> Morales Álvarez, Juan M., *op. cit.*, p. 98.

No podemos pensar que alguno de los cuatro elementos analizados fuera más importante que otro. En momentos específicos, la relevancia de uno de ellos puede hacernos olvidar a los demás, pero en definitiva, tejieron, juntos, un entramado legal muy complejo. No pretendemos agotar aquí el análisis de su naturaleza, interacción y consecuencias, pero sí poner de manifiesto la estructura dentro de la cual se insertó y desarrolló la regulación en materia de extranjería a partir de 1492.

#### 4. *Las Leyes Nuevas (1542-1543)*<sup>282</sup>

Como ha quedado patente en el análisis de las bulas alejandrinas, la conversión de los indios americanos al cristianismo se erige como la justificación última de la colonización y fin primordial de la Corona de Castilla a cargo del rey. Este fin, bastante claro, fue, empero, el origen de una controversia sobre la legitimidad que en esos momentos tenía Castilla para ocupar esos territorios, pero, sobre todo, para poner bajo su jurisdicción, pacífica o bélicamente, a sus habitantes. A esas controversias se les conoce como las “polémicas indianas”, que, académicamente, se pueden dividir en tres grandes líneas argumentativas:

- a) La polémica de los “justos títulos”, puesto que versaron sobre el título jurídico que debía o que de hecho ostentaba Castilla para allegarse el orbe indiano.
- b) La posibilidad de llevar a cabo una “guerra justa” a los indios.
- c) Los límites y alcances de la encomienda.

Sostenemos que, efectivamente, las bulas alejandrinas no fueron un título suficiente ni para la incorporación de las Indias al reino de Castilla ni para la “guerra justa” contra los indios. No obstante, ya hemos visto que existieron documentos adicionales que posibilitaron la justicia de la incorporación; en cuanto a la guerra justa, lo cierto es que las reflexiones modernas concedieron a los indios un plano de igualdad natural basada en su condición humana (idea sustentada principalmente por Francisco de Vitoria), pero con una incapacidad de ejercicio similar a la de los menores o los incapaces, en tanto su fe se consolidaba. Que en la práctica, una gran parte

---

<sup>282</sup> *Las Leyes Nuevas. 1542-1543*, Reproducción de los ejemplares existentes en la sección de Patronato del Archivo General de Indias, transcripción y notas por Antonio Muro Orejón, Sevilla, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Escuela de Estudios Hispanoamericanos-Universidad de Sevilla, 1945.

de ellos fue sometida a condiciones de esclavitud material, es un hecho innegable, pero también lo fue que hubo una preocupación real por parte de las Corona de Castilla, que se tradujo en una normatividad de protección expresa a los indios y un respeto por sus usos y costumbres, que redundó en su incorporación como parte integrante del derecho de Indias. En este orden de ideas, a continuación presentamos el orden de prelación de fuentes del derecho indiano, según el estudio que de ello hizo Beatriz Bernal Gómez,<sup>283</sup> en donde podemos constatar el reconocimiento de los usos y costumbre indígenas:

1. Las disposiciones legislativas que emanaban de las autoridades delegadas en Indias.
2. Las disposiciones legislativas dictadas por las autoridades, tanto unipersonales como colegiadas, radicadas en la metrópoli.
3. El derecho contenido en los cuerpos legislativos castellanos, junto a toda disposición legislativa que recibiera —a través de cédula especial despachada por el Consejo de Indias—, el pase real para ser aplicada en las provincias y reinos indianos, así como las costumbres jurídicas indígenas que no fueran contrarias a las leyes de Indias y a los principios de la santa fe católica.
4. Los derechos romano y canónico, recibidos a lo largo de la Edad Media en Castilla, e integrados en el denominado *ius commune*.

Así las cosas, lo indiscutible es que la condición de los indios fue objeto de críticas contra instituciones como la encomienda y la propia presencia de los colonos castellanos en Indias. Como afirma Tomás y Valiente, “la polémica no llegó a poner en peligro la presencia castellana en Indias, que desde un punto de vista material o realista era irreversible, pero obligó a replantear muchas ideas y creencias bajomedievales”.<sup>284</sup>

Los principales personajes de la polémica sobre los justos títulos fueron: fray Antón de Montesinos, fray Bartolomé de las Casas, Juan Ginés de Sepúlveda, Alfonso de Castro, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Francisco Suárez, Diego de Covarrubias y Leyva y Baltasar de Ayala.

Producto de esas discusiones es que tiene lugar la Junta de Burgos de 1512, en donde se redactan las *Ordenanzas reales para el buen regimiento y trata-*

---

<sup>283</sup> Bernal Gómez, Beatriz, “El derecho castellano dentro del sistema jurídico indiano”, *Anuario Mexicano del Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. X, 1998, p. 104.

<sup>284</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, p. 335.

*miento de los indios* (conocidas popularmente como Leyes de Burgos),<sup>285</sup> cuyo objetivo fue brindar protección a los indios y una regulación general para la encomienda; una de sus principales conclusiones fue justificar la dominación de los indios en las bulas alejandrinas y la necesidad de redactar un documento que informara a los indios sobre la necesidad de abrazar la fe católica y rendirse ante la soberanía regia, bajo la pena de hacerles la guerra y esclavizarlos; a este documento se le denominó “Requerimiento”, y fue redactado por Juan López de Palacios Rubios, el mismo año de la Junta de Burgos. El Requerimiento se le leía a los indios antes de hacerles la guerra, dándoles así una “oportunidad” de someterse voluntariamente al rey y a la religión católica. No es de extrañar que las polémicas indianas no se hubieran resuelto con este documento.

Las condiciones de los indios no mejoraron; sus defensores continuaron buscando un freno para los encomenderos, que quedara plasmado en ley, ante la ineficacia de las Leyes de Burgos. De este modo, nacen las *Leyes y ordenanzas nuevamente hechas por Su Majestad para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los Indios*, en 1542, promulgadas por el emperador Carlos V en Barcelona y añadidas al año siguiente, 1543 (mejor conocidas como Leyes Nuevas).

Una primera mirada podría conducirnos a la conclusión de que es un cuerpo normativo ajeno a los temas de extranjería y que no deberíamos incluirlo en nuestro estudio, pero si, por un lado, tomamos en consideración que las reflexiones acerca de las polémicas indianas discutieron en algún punto la participación de extranjeros en la guerra, y, por otro, asumimos la posibilidad de un extranjero como titular de una encomienda, entonces queda claro que es necesario revisar este cuerpo legal, que, a propósito, es uno de los pocos que se promulga como un solo cuerpo de normas en el derecho indiano. Pocas fueron las *Leyes* o más bien *Pragmáticas* dictadas por los monarcas españoles para las Indias. Las más importantes de todas fueron las llamadas Leyes Nuevas de 1542 y 1543, promulgadas por el emperador Carlos V por propia autoridad, con “vigor y fuerza de Leyes, como si fueran hechas y promulgadas en Cortes”.<sup>286</sup> “Dentro de la cascada de normas de Derecho indiano, a menudo solo experimentales, tentativas, y frecuente-

---

<sup>285</sup> “De las reuniones de Burgos salieron en 1512 las leyes de ese nombre en las que se recogería la libertad del indio y se establecería su régimen de trabajo y vida, así como el «Requerimiento», explicación formal que los conquistadores debían realizar a los indios comunicándoles los títulos que justificaban el derecho de conquista en nombre de la Corona”. Salord Bertrán, Manuel Ma., *op. cit.*, p. 62.

<sup>286</sup> García-Gallo, Alfonso, “La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI”, *op. cit.*, p. 628.



mente orientadas hacia un caso especial, pero susceptibles de aplicarse por analogía a casos semejantes, varias normas y grupos de normas se destacan por su gran importancia. Entre ellas debemos mencionar las Leyes de Burgos de 1512,...; las Leyes Nuevas de 1542...”<sup>287</sup>

Antes de estudiar el contenido, vale la pena hacer una contextualización que, además, nos arroja datos sobre la configuración del tipo legal de extranjero en Castilla.

Carlos I de España y V de Alemania asumió el trono en contra de la voluntad de su abuelo Fernando V, quien sólo lo había designado como gobernador de los Estados de Castilla y Aragón ante la incapacidad de su hija Juana. Además, expresamente, en el testamento de Fernando El Católico, y algunos años antes en el de su esposa Isabel, el *de cujus* ordenó que para regir los Estados de su madre, Carlos debía nombrar a naturales y no utilizar extranjeros. Pero Carlos era, en términos prácticos, aunque no legales, un extranjero también: nació en Flandes, no había estado nunca en suelo ibérico, no hablaba castellano, no conocía las costumbres ni la comida de Castilla, ¿cómo pretender entonces que actuara de otra manera, sino rodeándose de la gente que conocía que, desde luego, tampoco era castellana? Durante su reinado, las Cortes de Castilla habrían de reunirse en quince ocasiones,<sup>288</sup> las primeras de dichas reuniones plenarias habrían de ser en franca oposición a las decisiones del emperador,<sup>289</sup> entre las cuales estaba la de haber concedido a flamencos, mercedes en Indias.<sup>290</sup> Las disposiciones emitidas en materia de extranjería promulgadas por Carlos V las habremos

---

<sup>287</sup> Margadant, Guillermo Floris, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18a. ed., México, Esfinge, 2005.

<sup>288</sup> Existen tres épocas en las relaciones entre Carlos V y las Cortes de Castilla: la primera se resume en la pretensión de restaurar la dualidad rey-reino que había existido en el Estado castellano de la Baja Edad Media; la segunda se caracteriza por la resistencia de las Cortes, que llega, incluso, a la denegación de subsidios financieros a la Corona; la tercera culmina con la burocratización de la institución y la subsiguiente pérdida de fuerza y autoridad, aunque persiste la postura de oposición y crítica a la persona del rey. Cfr. Martínez Cardós, José, “La política carlina ante las Cortes de Castilla”, *Revista de Indias*, Madrid, núm. 73-74, 1958, pp. 357 y 358.

<sup>289</sup> “La primera vez que se hace mención de las Indias en las Cortes de Castilla es en el discurso de la corona y en los cuadernos de las Cortes que Carlos I convocó el 12 de febrero de 1520 para que tuvieran lugar en Santiago, las cuales celebraron sus reuniones en esta ciudad y en la de La Coruña, a donde fueron trasladadas el 4 de abril del mismo año”. Martínez Cardós, José, “Las Indias y las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII. Primera parte”, *cit.*, p. 232.

<sup>290</sup> *Idem*, “Las Indias y las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII. Conclusión”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 65, 1956, p. 361.

de estudiar cuando aparezcan, por fin, compiladas en un solo cuerpo normativo, en este caso, en la *Copulata* de Leyes de Indias; baste en este momento hacer mención del perfil del gobernante quien, además, se empeñó en dar oficios y dignidades a extranjeros en contra de las peticiones expresas de las Cortes.<sup>291</sup>

El principal temor de las Cortes castellanas era que se abriera una fisura dentro del monopolio comercial indiano, pues ya era suficiente con la piratería inglesa como para tener al enemigo en casa. Incluso se llegó a temer que la Casa de la Contratación pudiera ser trasladada de Sevilla a Flandes, ante el horror castellano, con lo cual también se pidió al rey que todos los oficiales de dicha institución fueran naturales de Castilla,<sup>292</sup> tal y como lo había ordenado en su testamento su abuela, la reina Isabel.

Es, en definitiva, este rasgo de incompreensión que tuvo Carlos I sobre el recelo castellano y las enormes presiones económicas que tuvo que enfrentar lo que provocó una política legislativa intermitente en materia de extranjería, que iba de la permisión selectiva a la prohibición general, aunque, finalmente, fue esta la que se mantuvo, como podremos corroborar más adelante; por ahora baste dejar anotado que precisamente porque la amenaza extranjera parecía tan palpable en este momento de la historia que se legisló con mayor cuidado y técnica.

La política que pretende excluir a los extranjeros de las Indias se mantuvo en la letra y en la conciencia, entre los burócratas y entre las clases populares, antes de Carlos V y durante su reinado... cediendo a un arraigado convencimiento de los castellanos, Carlos V, después de haber autorizado a genoveses, alemanes y otros súbditos suyos para salir hacia las Indias, hiciese llegar, reservadamente, a conocimiento de los oficiales de Sevilla instrucciones contradictorias a fin de que les pusieran dificultades.<sup>293</sup>

En todo caso, volveremos a comentar el reinado de Carlos V cuando analicemos las disposiciones relativas a la extranjería durante su mandato, toda vez que no se encuentran reflejadas en las Leyes Nuevas, dado que la justificación normativa de éstas se centró en la protección de los indios americanos.

Retomando el cuerpo normativo en comento, las Leyes Nuevas versan sobre la organización del gobierno indiano, aunque también podemos en-

---

<sup>291</sup> Estas reuniones se encuentran recogidas en: *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla*, Madrid, Real Academia de la Historia, 4 vol., 1861-1884.

<sup>292</sup> Petición 5, *idem*.

<sup>293</sup> Carande, Ramón, *Carlos V y sus banqueros*, estudio preliminar de Antonio-Miguel Bernal, Barcelona, Crítica, 2000, p. 176.

contrar varias regulaciones en materia procesal. Su objeto normativo principal es el trato a los indios y la regulación de la encomienda. Sobre este último tema, las Leyes Nuevas causaron un verdadero estallido de protestas, puesto que imposibilitaban heredar las encomiendas, lo cual redundó en la suspensión parcial de su aplicación en México y en una rebelión en Perú, donde las Leyes Nuevas se aplicaron con todo el rigor.

Entrando en materia, no hay ninguna distinción entre naturales y extranjeros en las Leyes Nuevas, con lo cual, si la ley no distingue, no tenemos por qué distinguir, y su aplicación es para naturales de Indias, castellanos y extranjeros. De hecho, la dirección<sup>294</sup> de las Leyes Nuevas confirma este carácter general:

... e omes buenos de todas las çibdades villas e lugares de las dichas nuestras indias ys las e tierra firme del mar oçeano descubiertas y por descubrir y a otras qualesquier personas capitanes descubridores y pobladores y vecinos avitantes y estantes y naturales dellas de qualquier estado calidad condiçion y preheminiçia que sean...

Podemos encontrar referidos en esta norma a los sujetos siguientes:

- a. Hombres buenos
- b. Capitanes
- c. Descubridores
- d. Vecinos
- e. Habitantes
- f. Estantes<sup>295</sup>
- g. Naturales de Indias

Salvo la primera categoría, todas las demás efectivamente requieren de ciertos requisitos de configuración; entre otros, cierto tiempo de permanen-

---

<sup>294</sup> Las partes de una ley general son: cláusulas iniciales, dentro de las cuales está el dictado, la dirección y la salutación; el texto, y cláusulas finales. Cfr. García-Gallo, Alfonso, “La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI”, *cit.*, p. 673.

<sup>295</sup> Part. act. del verbo “estar”. El que está o presente, o permanente en algún lugar: como Pedro estante en la Corte romana. Latín. *Stans. Sistens.* SANT. TER. Mor. 6. cap. 2. Mas aunque está algunas veces rato, quítase y torna: en fin nunca está estante, y por esso no acaba de abrasar el alma. PINC. Pelay. lib. 1. Oct. 65. *Y fiado en el arte y fuerza mucha, Provoca a los estantes a la lucha.* Real Academia Española, “estante”, *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua...* (*Diccionario de autoridades*), t. II, Madrid, 1726-1739, [en línea]: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/diccionarios-antiores-1726-1996/diccionario-de-autoridades#sthash.5AIYUnvS.dpuf> [Consulta: 4 de noviembre 2014].

cia en el lugar o un origen concreto, como ya analizamos en apartados anteriores para la conformación de la moranza, de la vecindad o del domicilio; en todo caso, no se exige la naturaleza, ni castellana ni indiana, en ninguno de esos supuestos. El primer inciso sí marca una categoría extraordinariamente general, puesto que en ella cabrían no sólo los extranjeros avecindados, sino incluso los transeúntes o gente de paso.

Ya en el texto de las Leyes Nuevas encontramos la siguiente disposición relativa al reparto de aprovechamientos: "...prefieran en la provision de los corregimientos y otros aprovechamientos qualesquier a los primeros conquistadores y despues dellos a los pobladores casados siendo personas abiles para ello y que hasta que estos sean proveídos como dicho es no se pueda proueer otra persona alguna".

Tanto en el caso de los primeros conquistadores como de los pobladores, tampoco encontramos ninguna distinción, y todos sabemos que durante los primeros años de la conquista, varios conquistadores que pasaron a suelo indiano no eran naturales de Castilla, con lo cual debemos concluir que, en el caso de las Leyes Nuevas, sus disposiciones no hacían distinción, ni para prohibir ni para otorgar derechos, en función de la naturaleza o extranejería de las personas que se encontraban en territorio indiano, todos debían acatar sus disposiciones. Como veremos más adelante, las precisiones sobre los alcances de los derechos de extranjeros las encontraremos en cédulas no compiladas en un cuerpo normativo, como es este el caso. Así, el derecho especial para extranjeros no se encuentra reflejado en las Leyes Nuevas, lo que no significa que no lo hubiera.

##### 5. *Cedulario de Vasco de Puga (1563)*<sup>296</sup>

A pesar de que este cuerpo normativo sólo estuvo enfocado a las regulaciones vigentes en el virreinato de la Nueva España, consideramos que es relevante, por constituir el primer esfuerzo ordenador de la legislación indiana. Desde luego, no es un esfuerzo aislado. La Corona llevaba más de medio siglo en un esfuerzo ordenador de la vida indiana: sin precedentes ciertos, sin parámetros conocidos, sin más guía, quizá, que la del Dios de los católicos. La consecuencia en el ámbito normativo fue una profusión legis-

---

<sup>296</sup> *Provisiones, cédulas, instrucciones de Su Majestad, Ordenanzas de difuntos y audiencias para la buena expedición de los negocios y administración de la justicia y gobernación de esta Nueva España y para el buen tratamiento y conservación de los indios, desde el año 1525 hasta el presente de 1563*, por el Dr. Vasco de Puga, facsímil de la obra impresa en México por Pedro Ocharte en 1563, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, vol. 3, 1945.

lativa, nunca mejor dicho, de dimensiones atlánticas. El Consejo de Indias cayó víctima de su propio esfuerzo y creatividad. Para inicios de la década de los sesenta del siglo XVI, la cantidad ingente de cédulas, provisiones, ordenanzas, instrucciones, y demás documentos normativos planteó un problema muy serio para el Consejo.

Llegado a este punto, la evidente necesidad de dotar de algún criterio ordenador se hizo palpable, tanto en las audiencias indianas como en el propio Consejo. Por diversas cédulas nos queda testimonio de las recomendaciones que hacía el Consejo de Indias para que se formaran e imprimieran en las distintas audiencias americanas, libros sumarios que recogieran todas las disposiciones vigentes.<sup>297</sup> Se cree que hubo cierta labor por parte del virrey Luis de Velasco al iniciar su mandato, y Antonio de León Pinelo, gran recopilador del siglo XVII, reseña los trabajos de Antonio Maldonado y su *Repertorio de Cédulas, por alfabeto*. “En realidad, el intento de compilación legislativa más acabado de estos primeros momentos, por no decir único, en lo que al virreinato de Nueva España se refiere, es el del oidor Vasco de Puga”.<sup>298</sup>

Tras recibir instrucción real directa, el virrey Velasco encomienda los trabajos de la recopilación al oidor de la Audiencia de México, Vasco de Puga. Tras dos años de trabajo intenso, Vasco de Puga presenta su cedulario, que contenía regulaciones vigentes en la Nueva España promulgadas desde 1525 hasta 1563. “Sin duda su material legislativo lo obtuvo —Vasco de Puga— de los libros-registro o Cedularios de la Audiencia de México o de las oficinas de la Secretaría virreinal. Son, por consiguiente, fuentes auténticas y fidedignas”.<sup>299</sup>

Las *Provisiones, cédulas, instrucciones para el gobierno de la Nueva España*, mejor conocidas como Cedulario de Vasco de Puga, se imprimieron, con autorización del virrey, por decreto del 3 de marzo de 1563 (parece que a costa del autor).

Las leyes recogidas en el cedulario carecen de una sistematización por materias, cuestión que se puede superar mediante el índice alfabético que se encuentra al final de la obra. También se ha señalado que no recoge todas las disposiciones, y que algunas tienen erratas,<sup>300</sup> pero es muy útil para rastrear disposiciones que se han perdido, y marca el inicio de toda una era

<sup>297</sup> Destaca la Real Cédula de 1541 estudiada por Juan Manzano. Véase Manzano Manzano, Juan, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, cit., pp. 10-14.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>299</sup> Muro Orejón, Antonio, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, prólogo de Rafael Diego Fernández, México, Porrúa, 1989, p. 11.

<sup>300</sup> Manzano Manzano, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, cit., p. 25.

de labor recopiladora desde el dispositivo central castellano. “...su gran utilidad es incuestionable y los juristas y oficiales indianos del siglo XVII la utilizaron y sirvió asimismo a los redactores de la Recopilación de 1680”.<sup>301</sup>

Para el tema que nos ocupa, el Cedulaario de Vasco de Puga nos ofrece poca o nula información; existe regulación específica para los extranjeros, pero no nos nutre de elementos para la identificación del tipo legal de extranjero; lo da por supuesto. El extracto de la ley indica: “Ninguno passe a yndias sin ser despachado por los oficiales de seuilla”.<sup>302</sup> En dicha disposición encontramos un mandato dirigido a controlar el paso de personas a Indias, procedimiento que analizaremos a detalle en el capítulo primero de la segunda parte de este trabajo.

También existe una regulación sobre navíos extranjeros (*Navios extranjeros*);<sup>303</sup> pero nuestro tema se circunscribe al tipo legal de extranjero en las personas y no en las cosas.

La primera conclusión es que la parte técnica sobre la definición de naturales y extranjeros no es un tema que aborda la legislación indiana criolla, sino que estaba en manos de los legisladores castellanos. La segunda es que los extranjeros se subsumen en la regulación general del paso a Indias<sup>304</sup> sin contar, al menos en este momento en Nueva España, con un capítulo concreto.

## 6. *Copulata de Leyes de Indias (1569)*<sup>305</sup>

Para 1560, el archivo del Consejo era, por sí mismo, un monumento. “Los registros cedulaarios de todo orden debían aproximarse a los doscientos, con una extensión media de doscientos a doscientos cincuenta folios —cerca de cincuenta mil en total—, reproduciendo alrededor de las cien mil disposiciones”.<sup>306</sup>

La idea de un cuerpo que contuviera todas las disposiciones legales referentes a los territorios indianos se sustentaba en la propia existencia de

<sup>301</sup> Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México, cit.*, p. 236.

<sup>302</sup> *Provisiones, cédulas, instrucciones para el gobierno de la Nueva España, cit.*, f. 205.

<sup>303</sup> *Idem.*

<sup>304</sup> También encontramos una ley que exigía a los religiosos, contar con licencia para pasar legalmente a Indias. *Ibidem*, f. 200.

<sup>305</sup> *Gobernación espiritual y temporal de las Indias. Códice publicado en virtud de acuerdo de la Real Academia de la Historia por D. Angel de Altolaquíre y Duvalé*, en CODOIN-Ultramar, 2a. serie, publicada por acuerdo de la Real Academia de la Historia, t. XX-XV, Madrid, 1927.

<sup>306</sup> García-Gallo, Alfonso, “La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI”, *cit.*, p. 711.

las mismas en el archivo del Consejo de Indias, donde quedaba siempre un traslado fiel de las disposiciones originales que se enviaban físicamente a Indias, casi siempre en hojas sueltas manuscritas. Lo que en un principio no representó ningún problema, puesto que los libros eran pocos y el personal encargado no había rotado mucho, resultó en una vorágine documental, que aumentaba día con día, y cuyo manejo se dificultaba en la medida en que los nuevos encargados llegaban, multiplicándose los errores a la hora de elegir los libros en los que debería estar transcrito el documento, así como los olvidos.

Los inconvenientes son obvios: dificultad para localizar disposiciones concretas, duplicación de regulaciones, antinomias legales cotidianas, dificultad para conocer las normas vigentes y las derogadas (amén de su escasa o nula publicidad); todo ello provocaba dilación en la resolución de los casos derivada de la cuasi imposibilidad para conocer y aplicar correctamente el derecho indiano vigente. “La situación se hacía cada día más complicada y difícil. Había que poner remedio urgente al creciente desorden legislativo, el cual amenazaba paralizar la propia máquina administrativa”.<sup>307</sup>

Ante este escenario, el propio Consejo de Indias, por órdenes directas del Rey Prudente, Felipe II, instruye, a principios de la década de los sesenta del siglo XVI, al virrey de Nueva España, de iniciar trabajos recopilatorios que, como ya vimos, culminan en el Cedulaire de Vasco de Puga, y simultáneamente inicia también un esfuerzo en su interior, con el mismo objetivo (animado por el consejero Fernández de Liébana). La orden formal por escrito de recopilación no se generó sino hasta 1568, pero para esas fechas ya había avances serios en la labor del Consejo, los cuales, sumados a los señalamientos del visitador Juan de Ovando, quien propuso la elaboración de un índice, que después evolucionó en un verdadero plan legislativo, culminaron en la obra del secretario Juan López de Velasco, quien llevaba ya varios años recopilando cédulas (al menos desde 1562), labor que remata en 1568.

El resultado fue un libro, en donde se reunieron una multiplicidad de cédulas ordenadas por estricto orden cronológico y divididas en función de criterios materiales generales, pero que no fue pensado como un sistema normativo independiente, sino sólo como un compendio de normas legales vigentes en su momento aplicables en todo el continente.<sup>308</sup> Este manuscrito estuvo durante muchos años sumido en el olvido; su autor y su fecha de promulgación tuvieron que esperar al siglo XX para ser rescatados.

<sup>307</sup> Manzano Manzano, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, cit., p. 49.

<sup>308</sup> De cada cédula se señala fecha de promulgación, así como el libro de origen de donde se extrajo originalmente la disposición.

Dicho esfuerzo ordenador forma parte de un largo proceso, que habría de culminar en la Recopilación de 1680, bajo el mismo sistema recopilatorio, el general o continental, frente al exclusivismo geográfico propio de las ordenaciones anteriores, como el propio Cedulaire de Vasco de Puga o los esfuerzos que se hicieron en el virreinato de Perú, sobre todo bajo el virreinato de Francisco de Toledo, quien llevó a cabo una labor legisladora municipal muy importante. Es sobre esta visión general que la presente investigación se apoya. Lo verdaderamente relevante es comprender que los cuerpos legislativos que hemos analizado, y que nos faltan por analizar, no son momentos aislados del derecho indiano, sino el producto de una política real encaminada a recopilar y organizar la profusa producción legislativa, tanto de sus órganos centrales como de los órganos indianos.

La publicación del manuscrito que estamos analizando, hecha por la Real Academia de la Historia en 1927, lleva por título *Gobernación espiritual y temporal de las Indias*, que José de la Peña Cámara pone en duda como postizo, y que él mismo bautizó con el de *Copulata de Leyes de Indias*,<sup>309</sup> que es como mejor se le conoce. El ejecutor es el ya referido Juan López de Velasco (como se encarga de probar Peña Cámara con verdadera vocación detectivesca, apoyado por los estudios de Ernesto Schäfer); este trabajo sirvió de fundamento para que, posteriormente, el presidente del Consejo de Indias, Juan de Ovando, escribiera el libro I *De la Gobernación espiritual*, que hoy conocemos como *Código Ovandino*, y que también analizaremos en el apartado siguiente. De hecho, es altamente probable que los trabajos de López de Velasco obedecieran a un proyecto trazado por el propio visitador con miras a su futuro trabajo recopilatorio y legislativo.

La Copulata y el Código ovandino son, desde el punto de vista de diseño legislativo, una unidad. Juan Manzano divide en tres etapas el ciclo codificador: el de reunión del material legislativo, el de ordenación general y el de sistematización legislativa.<sup>310</sup> La Copulata de Leyes de Indias forma parte de las dos primeras etapas de dicho ciclo, puesto que en un primer momento López de Velasco se encarga de reunir las distintas disposiciones, en bruto, digamos, para luego proceder a su ordenación, ya bajo la dirección de Ovando. La última fase del proceso se materializa con el Código ovandino, del cual, por desgracia, sólo conocemos el primer libro.

Esta estructura implica que el material de la Copulata no está seleccionado, lo cual trae como consecuencia que haya disposiciones contrarias,

<sup>309</sup> Peña Cámara, José de la, "La Copulata de Leyes de Indias y las ordenanzas ovandinas", *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 6, 1941, p. 126.

<sup>310</sup> Manzano Manzano, Juan, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, cit., pp. 36 y 37.



e incluso duplicadas, en el mismo título, aunque esto tampoco nos resulta perjudicial; al contrario, nos permiten apreciar la política a veces errática de la Corona respecto de sus posesiones ultramarinas.

La importancia de la Copulata para el estudioso contemporáneo es evidente, pero vale la pena preguntarse si, una vez que Ovando murió, y con él, el fervor recopilatorio, la Copulata se siguió utilizando con la misma intensidad. Mientras López de Velasco se mantuvo dentro del Consejo, la mayor parte de las cartas o relaciones recibidas de Indias se le turnaban para que hiciera sus apuntamientos sobre los cuales resolvía el Consejo. Suponemos que en los años venideros, cuando a Diego de Encinas (contemporáneo de López de Velasco, quien aún trabajaba en el Consejo) le fue asignada la labor de continuar con los trabajos recopilatorios, tuvo a mano la Copulata, al menos como referencia o mapa para localizar las disposiciones dentro del archivo del Consejo, aunque, como menciona Manzano, esta suposición no está probada. Este mismo autor expone una explicación hipotética al olvido en que cayó la Copulata una vez que López de Velasco murió: es probable que sólo hubiera habido un solo ejemplar de la Copulata, cuya utilidad principal había sido fungir como base para el proyecto del Código ovandino y no como material de uso corriente del Consejo. Una vez que Ovando y López de Velasco hubieron fallecido, el instrumento por ellos creado fue directamente archivado y sepultado por los siglos hasta que la Real Academia de la Historia, a través de uno de sus miembros, Ángel de Altolaguirre y Duvale, lo rescató del olvido, lo editó y publicó.<sup>311</sup> En todo caso, el valor de la Copulata radica precisamente en lo que fue su principal defecto: la falta de ingeniería legislativa, puesto que nos permite apreciar la norma en su estado original, amén de que hay muchas disposiciones que sólo se pueden conocer a través de ella, puesto que los documentos originales se perdieron.

Por cuanto hace a su organización, la Copulata está dividida en siete libros, cada uno dedicado a una materia concreta, lo cual no deja de guardar un paralelismo con la división hecha en las Partidas de Alfonso el Sabio.<sup>312</sup> A su vez, cada libro está subdividido en títulos y subtítulos o rúbricas. El contenido concreto lo constituyen disposiciones extractadas, casi todas numeradas y con la indicación de la fecha de promulgación, así como su ubicación original en los folios y libros del Consejo. Para el tema que nos ocupa, el libro segundo, “De la gobernación espiritual”, comprende dos títulos, que nos son de sumo interés: el XIII, “De los pasajeros y personas prohibidas

<sup>311</sup> *Ibidem*, pp. 133 y 134.

<sup>312</sup> Es muy probable que la división temática la haya hecho el propio Ovando teniendo ya reunido todo el material reunido por López de Velasco. *Cfr. ibidem*, p. 111.

pasar a las Indias y estar en ellas, y de las licencias e informaciones de los pasajeros”, y, sobre todo, el título XIV, “De los extranjeros”. Tenemos, por primera vez, una sección completa y concreta dedicada al colectivo objeto de nuestras pesquisas.

El hecho de que haya un apartado dedicado exclusivamente a los extranjeros nos dice dos cosas: en primer lugar, que el tema de la extranjería había tenido desde el momento mismo del descubrimiento, regulación expresa, puesto que hubo cédulas que recoger (cuestión que, por otro lado, ya habíamos confirmado a través del análisis de las instrucciones a Colón, y que podremos verificar mediante la fecha de las cédulas recogidas en la Copulata), y, segundo, que la importancia de este colectivo tampoco fue menor, puesto que hubo suficientes cédulas como para constituir un título entero.

Adelantamos una conclusión: si bien la Copulata recogió y dividió una buena cantidad de cédulas reales, también es verdad que no están todas, como se puede comprobar del análisis de la legislación posterior, sobre todo del Cedulaario de Encinas y de la propia Recopilación de 1680, así como de la lectura de los autores de la época y de la pesquisa archivística.

La pregunta a la que intentamos contestar, recordemos, es: ¿quién es el extranjero? En los capítulos siguientes nos ocuparemos de sus derechos y obligaciones; de momento lo que nos interesa averiguar es si hay algún esquema que determine esta tipología normativa en el derecho indiano o si es un tema que se sigue remitiendo a la legislación castellana.

Hay dos tipos de disposiciones en la Copulata: las generales para todas las Indias y las concretas para alguna región. No haremos la distinción entre ellas, por una razón: normalmente la disposición individualizada para una zona geográfica concreta es una réplica de otra general; cuando ello no sea así, entonces se hará mención de la zona americana que detentaba dicha regulación puntual.

Para empezar, los extranjeros eran considerados dentro de la tipología general de “personas prohibidas”, al menos de forma intermitente, durante el reinado de Carlos V. Así, la ley 4 del título XIV (libro segundo), promulgada primero por Fernando El Católico y luego ratificada por Carlos V en 1520, establecía que ni extranjeros ni personas prohibidas pasaran a Indias. Y decimos “intermitente” porque, como podremos analizar en el capítulo segundo de este trabajo, los extranjeros, a pesar de ser de los “prohibidos”, tuvieron varios episodios permisivos a lo largo de los trescientos años de dominación española en América.

Sólo hay una disposición general en la Copulata en donde se regula la tipología en comento. La ley 31 del título XIV (libro segundo), promulgada

por Carlos V en marzo de 1549, estipula: “Son extranjeros los que no son de la Corona de Castilla”. Esta disposición está inserta dentro de un largo debate alrededor de la integración de reinos o, dicho en otra forma: ¿quiénes integraban la Corona de Castilla a mediados del siglo XVI? Las dos naturalezas que protagonizaron el debate fueron navarros y aragoneses.

Acudamos a la literatura jurídica indiana para explicar la polémica. Por cédulas del 28 de abril de 1553 y del 3 de noviembre de 1581, se zanja el tema de los navarros, concediéndoles la misma posibilidad que a los naturales de Castilla y León para pasar a Indias. El tema de los aragoneses causa discusión entre los autores de la época. Mientras que para Juan Solórzano es evidente que fueron considerados como extranjeros desde el momento mismo del descubrimiento de América y hasta la promulgación en 1596, de la cédula que eliminó la extranjería entre reinos,<sup>313</sup> para Veitia Linage fueron tenidos por naturales desde el descubrimiento de las Indias, entre otras cosas, porque el reino de Aragón estaba incorporado, según Veitia, al del reino de Castilla, al momento del descubrimiento, cosa que no sucedía con el de Navarra, el cual no se incorporó sino hasta 1512,<sup>314</sup> mediante la firma del Tratado de Blois.<sup>315</sup> Hevia Bolaños defiende la naturaleza de los navarros con fundamento en una concesión real hecha en El Pardo el 28 de abril de 1553, y la extranjería de los aragoneses, puesto que la Corona de Castilla unió al reino de Aragón, pero no en calidad de natural, sino “en su propio, y primer estado, y fuerza en que quedó, rigiéndose por sus propias leyes,

---

<sup>313</sup> “En cambio, para los aragoneses no he hallado permisión semejante, antes leo en la historia de Gomara, que la Señora Reina Católica Doña Isabel favoreció y asistió más al descubrimiento y conquista de las Indias que el Rey Católico Don Fernando su marido. Y esto lo colige de que en las insignias y armas que concedió a Colón, le mandó que pusiese por Orla esta leyenda: Por Castilla y por León Nuevo-Mundo halló Colón, y también porque no consentía pasar a ellas sino á Castellanos, y si algún Aragonés allá iba, era con su licencia y expreso mandamiento”. 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, Madrid, 3 vol., Biblioteca Castro, 1996, punto 34, cap. XIX, libro IV.

<sup>314</sup> “...sin que pueda dudarse que desde el descubrimiento de las Indias fueron tenidos por naturales dellas los Aragoneses, no necessitando de la habilitacion, y dispensacion, que los Navarros por la razón grande que hubo de diferencia entre los unos y los otros, puesto que el Reyno de Aragón estava incorporado con el de Castilla al tiempo que las Indias se descubrieron, y el de Navarra se incorporó veinte años después que el de 1512...”. Veitia Linage, Joseph de, *op. cit.*, punto 3, cap. XXXI, libro I.

<sup>315</sup> Para un estudio jurídico detallado sobre la incorporación del reino de Navarra a la monarquía castellana, sugiero revisar el estudio siguiente: Arvizu, Fernando de, “Navarra: un reino en la monarquía española (1512-1829)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 82, 2012, pp. 413-469.

y costumbres...”.<sup>316</sup> Finalmente, Antúnez resuelve que fueron considerados como extranjeros hasta la cédula de 1564<sup>317</sup> (en la que también fundamentó su argumento Veitia Linage), fecha en que se equipararon a los naturales de Castilla y León.<sup>318</sup> Nuevamente es Antúnez el que nos deja muy claro que sobre los canarios, al formar las islas parte del reino de Castilla, no pesó nunca la duda de su naturaleza.<sup>319</sup>

Además de este escenario jurídico, el cronista Gonzalo Fernández de Oviedo<sup>320</sup> indica:

Porque en tanto que la Catholica Reyna doña Isabel vivió, no se admitian ni dexaban pasar á las Indias sino á los propios súbditos é vasallos de los señoríos del patrimonio de la Reyna, como quiera que aquellos fueron los que las Indias descubrieron, é no aragoneses, ni catalanes, ni valencianos, ó vasallos del patrimonio real del Rey Cathólico. Salvo por especial merçed, á algún criado é persona conosciãda de la casa real se le daba liçençia, no seyendo castellano; porque como estas Indias son de la corona é conquista de Castilla, assi querria la serenissima Reyna que solamente sus vassallos passassen á estas parte é no otros algunos, si no fuesse por les fazer muy señalada merçed; é assi se guardó fasta el fin del año de mil é quinientos é quatro que Dios la llevó á su gloria. Mas despues el Rey Cathólico, gobernando los reynos de la serenissima Reyna doña Juana, su fija, nuestra señora, dio licencia á los aragoneses é á todos sus vassallos que passassen á estas partes con ofiçios é como le plugo. Y despues la Cesárea Magestad extendió mas la licencia, é passan agora de todos sus señoríos é de todas aquellas partes, é vassallos que estan debaxo de su monarchia.

El cronista no funda su dicho en ninguna disposición de derecho; nos parece más bien una consideración personal, casi un escenario ideal para el

<sup>316</sup> Hevia Bolaños, Juan de, *op. cit.*, punto 37, cap. I, libro I, t. II.

<sup>317</sup> Cédula real dada en Cuenca á postrero de Abril de 1564: “... en que ordenandose que echen de las Indias, y no consientan estar en ellas á los Portugueses: dize estas palabras: echar los eis dellas, y de aquí adelante no consintireis estar en ella los que de nuevo fueren, y lo mismo hareis en otros qualesquier estrangeros, que han ido de fuera destos Reynos de Castilla, y Aragon”.

<sup>318</sup> Esta cédula, cuyo antecedente es una del 28 de abril de 1553, permite que los clérigos de Navarra puedan ser presentados por la Corona a prebendas y proveídos a beneficios curados, debiendo ser considerados como naturales de los reinos de Castilla. Idéntico criterio debe aplicar en los territorios indios.

<sup>319</sup> Antúnez y Acevedo, Rafael, *op. cit.*, p. 297.

<sup>320</sup> Fernández de Oviedo y Valdés, Gonzalo, *Historia general y natural de las Indias, islas y tierras del Mar Océano*, Madrid, Real Academia de la Historia, cap. VII, libro III, primera parte, 1851, p. 74.

autor, toda vez que nos relata una situación que no coincidió, ni con la realidad que presencié Oviedo en La Española, en donde varios funcionarios de alto nivel fueron aragoneses, ni jurídica, puesto que volvemos a echar en falta la fundamentación legal de su dicho.<sup>321</sup>

Las cédulas mencionadas por los autores indianos antes expuestas no están recogidas en la Copulata, aunque no significa que no hayan existido, ya que muchas de ellas son mencionadas después en la Recopilación de 1680; ni que no formen parte del derecho indiano; lo que ocurre es que, como habíamos comentado con antelación, la Copulata no recogió la totalidad de las disposiciones existentes hasta ese momento en esta materia.

No obstante, hay una cédula (ley 20, título XIV, libro segundo) de junio de 1552, promulgada por Carlos V, en el mismo sentido que la mencionada por Antúnez y por Veitia, de 1564, que ordena que los portugueses que hubieran pasado a Indias de tres años a esa parte fueran echados, así como los que no fueran de Castilla y Aragón. Ante este escenario legal, se impone un estudio más detallado de la cuestión, para determinar el alcance de la prohibición para los aragoneses, y si efectivamente, tal como Solórzano lo expone, tuvieron un trato preferencial en el paso a Indias.<sup>322</sup> Dicho estudio se desarrollará en el capítulo siguiente.

Siguiendo con las consideraciones de este apartado, Carlos V llevó a cabo una política con visión unitaria de sus dominios; es decir, intentó, en diversas ocasiones, que todos sus súbditos tuvieran el mismo estatus de naturaleza originaria para solicitar su paso a Indias. Emitió algunas disposiciones en este sentido, pero finalmente no lo consiguió, y tuvo que alinearse con las exigencias de las Cortes castellanas, que en todo momento votaron por la conservación de su monopolio político y comercial sobre las Indias americanas, de forma tal que, llegado el final de su reinado, la mayor parte de las disposiciones que emite van en este tenor, excluyendo a los flamencos de la naturaleza castellana para comerciar en Indias.

---

<sup>321</sup> Para un estudio más profundo sobre el tema de la exclusión aragonesa desde la óptica de los cronistas, véase Ramos Pérez, Demetrio, *op. cit.* Este autor sostiene que las primeras disposiciones excluyentes de extranjeros las emitió Fernando el Católico para asegurarse de que los flamencos no se beneficiaran del descubrimiento de América, a la luz del matrimonio de la heredera de Castilla, su hija Juana, con el duque Felipe de Borgoña, y no para reafirmar una posible prohibición sobre el tránsito de sus súbditos hacia América, incomprensible tras cualquier análisis cuidadoso tanto de su participación en el descubrimiento de América como de la negociación para obtener las bulas alejandrinas posteriores, así como del propio testamento de su esposa Isabel I de Castilla.

<sup>322</sup> Solórzano y Pereyra, Juan, *op. cit.*, punto 34, cap. XIX, libro IV.

No obstante, Carlos V logra, aunque de manera temporal, la naturaleza por equiparación para los portugueses casados que pasaran con sus mujeres y fueran favorecidos como si se tratara de vecinos.<sup>323</sup>

Los navíos portugueses fueron siempre considerados extranjeros y debían ser sometidos a estrictos escrutinios por parte de los oficiales de Sevilla, como cualquier otro navío extranjero (leyes 41, 49 y 52 del título XIV, libro segundo).

También hay prohibición expresa contra franceses e ingleses (ley 15, título XIV, libro segundo).

Como podemos apreciar, el derecho indiano fue resolviendo sus propios dilemas de forma autónoma; sin necesidad de acudir constantemente al derecho castellano, o bien asumiéndolo, completaba la regulación para Indias. En el caso de la configuración del tipo legal de extranjero, la Copulata no resuelve todos los extremos, pero mediante la literatura jurídica podemos ser capaces de afirmar que ya había un supuesto normativo claramente tipificado para este colectivo durante la segunda mitad del siglo XVI.

### 7. *Código de Ovando (1571)*

Las Ordenanzas ovandinas, o Código de Ovando, también conocido como Libro de las Leyes, nos llegan hasta hoy como un texto mutilado, razón de más para reconocer la ingeniería legislativa que reúnen. Es muy probable que Ovando no llegara a redactar los siete libros que conformaban el proyecto original del Código ovandino (del cual sí se tiene conocimiento), sino sólo los dos primeros (tal y como lo demuestra Peña Cámara en sus estudios),<sup>324</sup> de los cuales nos ocuparemos aquí únicamente del primero, “Libro de la Gobernación Espiritual de Indias”.<sup>325</sup> En cuanto al libro II, es probable que quedara redactado en su totalidad, pero solo se conservan

---

<sup>323</sup> Todas las disposiciones que comentamos se encuentran en libro segundo. En el título XIII corresponden a: ley 18 y ley 57. Del título XIV son: ley 12, ley 13, ley 14, ley 15, ley 16, ley 17 y ley 20.

<sup>324</sup> Para un estudio completo véase Peña Cámara, José de la, “Las redacciones del Libro de la Gobernación Espiritual. Ovando y la Junta de Indias de 1568”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 5, 1941, pp. 93-115. También consultar del mismo autor: “La Copulata de Leyes de Indias y las ordenanzas ovandinas”, *cit.*

<sup>325</sup> “El plan del Libro Primero del Código Ovandino guarda un perfecto paralelismo con el esquema y los títulos de la Primera Partida del rey Alfonso X el Sabio, porque Ovando intentó, dentro de lo posible, hacer unas nuevas Partidas Indianas”. Martín González, Ángel, *op. cit.*, Estudio introductorio, p. 10.

algunos títulos, destacando el título II, relativo a las Ordenanzas del Consejo de Indias, que fueron promulgadas por Felipe II en El Pardo el 24 de septiembre de 1571 e impresas en 1585 y 1603.

Por otro lado, hemos acudido a la versión de 1571, que es la que redactó Ovando, y contiene las revisiones del Consejo de Indias, a diferencia de la versión de 1569 previa a dicha revisión; es decir, la obra puramente ovandina.<sup>326</sup>

Juan de Ovando y Godoy, juez eclesiástico del arzobispado de Sevilla, fue visitador del Consejo de Indias desde 1567 (episodio histórico mejor conocido como La Visita. En 1568 también participaría de la Junta Magna, en donde jugó un papel primordial en la reforma de las iglesias regulares indianas y de la política eclesiástica indiana en general),<sup>327</sup> para luego asumir la presidencia del Consejo de Indias el 28 de agosto de 1571, hasta su muerte, acaecida el 8 de septiembre de 1575. "...queda investido de la presidencia de ese Consejo, con facultades excepcionales, desconocidas hasta entonces y que nunca ni a nadie volverían a concederse, de la del de Hacienda poco después, y realiza en ambas, durante varios años, una gestión intensa..."<sup>328</sup> La labor de reforma que hizo al interior del Consejo producto de sus observaciones es de sobra conocida, destacando la creación del puesto de cosmógrafo-cronista y su empeño por sistematizar la obra legislativa de este organismo.<sup>329</sup> Es de lamentar su muerte, puesto que dejó inconclusa su labor recopiladora, sin que ninguna otra persona reuniera el vigor y el rigor necesarios para asumir la labor monumental que había emprendido, y porque al frente del Consejo marcó el inicio de una nueva época, de una

---

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>327</sup> Lo acontecido en La Visita, así como comentarios sobre el original del Código ovandino, nos es referido por Jiménez de la Espada, publicado después por Maurtua. Para mayor información véase Jiménez de la Espada, Marcos, *El Código ovandino*, Madrid, Imprenta de Manuel G. Hernández, 1891. Del mismo autor, *Relaciones geográficas de Indias*, t. I, Madrid, Imprenta de los hijos de Manuel G. Hernández, 1881. También consultar Maurtua, Víctor, *Antecedentes de la Recopilación de Indias*, Madrid, Imprenta de B. Rodríguez, 1906.

<sup>328</sup> Peña Cámara, José de la, "Las redacciones del Libro de la Gobernación espiritual. Ovando y la Junta de Indias de 1568", *cit.*, p. 110.

<sup>329</sup> "...el visitador tuvo que dar cuenta a la Junta de los resultados de su minuciosa investigación, de la cual, según nos informa en la relación de 1569, resultaban «dos cosas muy averiguadas: la una, que en el Consejo no se tiene ni puede tener noticia de las cosas de las Indias sobre que puede y debe caer la gobernación, en lo cual es necesario dar orden para que se tenga; la segunda, que ni en el Consejo ni en las Indias no se tiene noticia de las leyes y ordenanzas por donde se rigen y gobiernan todos aquellos estados». Y añadía: «poniendo orden en estos dos cabos y ejecutándose, está puesto en todo lo general». Manzano Manzano, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, *cit.*, p. 83.

comprensión global de Indias, cuyos efectos se sintieron, al menos, hasta la transición borbónica.

También bajo la supervisión de Ovando se creó un libro que Juan Manzano denomina *Libro de 1568*, que indexó las disposiciones legislativas desde 1567 hasta 1576, como continuación de la labor de López de Velasco. El propósito de este libro era evitar caer nuevamente en el laberinto documental que existía antes de la publicación de la Copulata y mantener al día la labor recopiladora del subalterno de Ovando.<sup>330</sup>

Felipe II aprobó el Código ovandino, aunque no llegó a firmarlo, puesto que supeditó su promulgación a la aprobación de Roma, que dilató su respuesta hasta, finalmente, negarla, hecho explicable, debido a que el contenido del libro I era eclesiástico y de fuero mixto, y el papa no estaba dispuesto a abrir aún más el ya muy amplio abanico de regalías del que ya gozaba la Corona de Castilla. A pesar de no haber sido promulgado en su conjunto, varias de sus disposiciones, por separado, fueron enviadas a los distintos virreinos americanos (destaca el de Perú por la gravedad de sus problemas en esta materia) para resolver los problemas canónicos indios. “El Libro de la Gobernación Espiritual de Indias quedó de esa manera en su mayor parte reducido a un mero proyecto de Código de Derecho canónico indiano.. Pero en la práctica se hizo cuanto en él se manda. De ahí deriva su gran valor histórico”.<sup>331</sup>

El Código ovandino es, por excelencia, un trabajo legislativo. En este sentido, es la tercera y última fase del proceso recopilatorio que nos explica Juan Manzano. No hay en él copia burda de las cédulas ni mención a las fuentes normativas, toda vez que su objetivo fue, precisamente, solucionar la acumulación irreflexiva de disposiciones para ofrecer, en cambio, un cuerpo sistematizado, carente de antinomias, y con un profundo conocimiento de las necesidades indianas.

Un Código es la condensación de principios jurídicos generales, sin tener en cuenta el monarca concreto que los dictó. En los cedularios o registros del Consejo de Indias y de la Casa de la Contratación se copiaban, en cambio, literalmente todos los documentos legales para conservarlos en su integridad y genuinidad primitivas. En las Recopilaciones se agrupan por materias los preceptos legales copiando del original solamente la parte dispositiva.<sup>332</sup>

Por desgracia, a pesar de su importancia y lograda estructura, en el Libro de la Gobernación Espiritual no hay prácticamente ninguna disposición

<sup>330</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>331</sup> Martín González, Ángel, *op. cit.*, p. 13.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. XLII.



en materia de configuración de la tipología del extranjero. Existen ciertas normas respecto de los frailes y clérigos extranjeros, que comentaremos en su momento, pero en cuanto a los requisitos de configuración no encontramos ningún dato. Quizá sólo merezca mención la ley 2 del título XVIII (“De los diezmos que los christianos deven dar a Dios”), que equipara a todas las personas “de cualquier estado, grado, orden, preeminencia, dignidad o condición que sean, sin hacer distinción de indios y españoles *ni de otro género de personas algunas* y sin hacer diferencia entre edad ni sexo” en materia de pago del diezmo, todos están obligados de la misma forma y grado, aunque sean extranjeros.

#### 8. *El Cedulario de Encinas (1596)*<sup>333</sup>

Antes de entrar al estudio detallado del Cedulario de Encinas, es importante mencionar el trabajo de Alonso de Zorita, oidor mexicano, quien presentó a Felipe II una recopilación de leyes en 1574, con carácter privado, puesto que no le fue encomendada oficialmente la labor ni por el Consejo de Indias ni por ninguna audiencia indiana. Esta obra se llevó a cabo en paralelo a los trabajos de Ovando sin que Zorita o este último tuvieran conocimiento, ambos, de la obra del otro.<sup>334</sup> En todo caso, el Cedulario de Zorita no ha sido objeto de nuestro análisis por superponerse al Código ovandino, de mayor sistematización y profundidad, así como por la propia existencia del Cedulario de Encinas, el cual nos brinda una riqueza informativa muy superior, sobre todo si tomamos en cuenta que las fuentes que tuvo a mano Zorita fueron muy limitadas, echando mano, incluso, del Cedulario de Vasco de Puga, del cual ya hemos comentado los inconvenientes.<sup>335</sup>

En cuanto al cuerpo legislativo que nos ocupa, el Cedulario de Encinas marca la cúspide del primer impulso recopilador del derecho indiano. A diferencia del Código ovandino, cuya sistematización es digna de admiración, el cedulario carece de las aspiraciones regulatorias de aquél, es, como su nombre indica, un conjunto de cédulas transcritas literalmente, divididas de forma rudimentaria por materias generales. No hay ninguna pretensión de sistematización ni de refundición de cédulas, sino un ánimo de reunir en

---

<sup>333</sup> Encinas, Diego de, *Cedulario indiano*, reproducción facsimilar de la edición única de 1596, 4 vols., Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1945 y 1946.

<sup>334</sup> Manzano Manzano, Juan, *Historia de las recopilaciones de Indias*, cit., p. 286.

<sup>335</sup> Otro argumento en contra es que el Cedulario de Zorita era ya anticuado cuando fue presentado en 1574, puesto que contenía cédulas hasta 1562 y prácticamente todas dirigidas únicamente a Nueva España, dejando de lado a los restantes territorios de las Indias.

un solo cuerpo las disposiciones vigentes desde el descubrimiento de las Indias hasta la fecha de su elaboración, con el único fin de facilitar el trabajo de quienes aplicaban el derecho indiano. Se ha señalado, acertadamente, que el Cedulaario no contiene todas las disposiciones vigentes a la fecha de su publicación (destaca particularmente la ausencia de disposiciones antiguas), otras se duplican y otras más eran ya letra muerta (a veces con la mención de su derogación), pero ello no opaca su riqueza (especialmente teniendo la posibilidad de consultar otras compilaciones), que radica, precisamente, en la falta de pretensión legislativa de la obra, puesto que al transcribir completas las disposiciones, el Cedulaario nos muestra, de forma por demás generosa, la motivación sobre la cual se fundó y creó cada una de las normas, lo cual nos permite incluso incursionar dentro de la sociología jurídica histórica.<sup>336</sup>

El licenciado Antonio de León Pinelo señaló “cinco defectos notables”, refiriéndose al Cedulaario de Encinas, a saber: “apenas hay decisión que no tenga yerro de imprenta”; “es tan difícil buscar en ellos una ley como en los protocolos del Consejo”; “haber puesto todas las Cédulas enteras, con pie y cabeza”; “no se hallan (ejemplares) en las Indias ni aun estos Reinos”; “faltan numerosas Cédulas antiguas... y todas las que se han proveído desde el año de 1596”.<sup>337</sup>

El Cedulaario fue publicado como colección anónima a cargo del Consejo de Indias en 1596, sin que mediara censura alguna, y su elaboración le correspondió a un oficial mayor de la Escribanía de Cámara de Justicia

---

<sup>336</sup> “Porque las Provisiones, Cédulas, Instrucciones y Cartas dictadas para las Indias, no contienen sólo la formulación de las normas jurídicas que han de establecerse, sino que van precedidas de la exposición los hechos concretos —vacíos o deficiencias de la regulación legal, abusos, etc.— que motivan aquéllas. Y así, es la propia legislación de Indias la que nos revela el estado moral, político, social o económico de cada región; los problemas que se plantean, las dificultades con que se tropieza y el cúmulo de intereses y pasiones —nobles y mezquinas— que agitan aquella sociedad en formación. El texto de la ley nos dice cuál es la solución que en un determinado momento se da esta serie de problemas. Otra ley posterior nos descubrirá luego las deficiencias de la primera ordenación o las dificultades de todo género que entorpecieron su aplicación”. García-Gallo, Alfonso, “Estudio introductorio al Cedulaario de Encinas”, en Encinas, Diego de, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>337</sup> *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales que en su Real Consejo presenta el licenciado Antonio de León, 1623*. Estudios biobibliográficos por José Toribio Medina, Santiago de Chile, 1956, p. 143. *Apud.* Sánchez Bella, Ismael, Estudio preliminar, *Recopilación de las Indias*, por Antonio de León Pinelo, Edición y estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella, México, Escuela Libre de Derecho-Gobierno del Estado de Chiapas-Gobierno del Estado de Morelos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Cristóbal Colón-Universidad de Navarra-Universidad Panamericana-Miguel Ángel Porrúa, vol. 3, 1992, p. 19.

del Consejo Real y Supremo de las Indias: el navarro Diego de Encinas.<sup>338</sup> El nombre original de las *Cédulas impresas* —como se le conoció en su tiempo— es: *Provisiones, cédulas, capítulos de ordenanzas, instrucciones, y cartas, libradas y despachadas en diferentes tiempos por sus Majestades de los señores Reyes Católicos don Fernando y doña Isabel, y Emperador don Carlos de gloriosa memoria, y doña Juana su madre, y Católico Rey don Felipe, con acuerdo de los señores Presidentes, y de su Consejo Real de Indias, y administración de la justicia en ellas. Sacado todo ello de los libros del dicho Consejo por su mandado, para que se sepa, entienda, y se tenga noticia de lo que cerca de ello está proveído después que se descubrieron las Indias hasta ahora.*

El trabajo de revisión de unos quinientos volúmenes y transcripción de más de tres mil quinientas disposiciones, con la única ayuda de dos escribanos, le tomó a Encinas más de doce años y le costó la vista. Su importancia fue máxima, incluso en su tiempo: “El Cedulaario de Encinas, resultó de tan extraordinaria utilidad para cuantos se veían precisados a conocer y utilizar la legislación del Nuevo Mundo, que el Consejo de Indias no vaciló en darlo inmediatamente a la imprenta, cosa que nunca había hecho con las obras anteriores”.<sup>339</sup> El Cedulaario fue consultado y estudiado por personajes tan importantes como Solórzano Pereyra y Diego de Zorrilla, así como por los miembros del propio Consejo de Indias, sin olvidar a los integrantes de las audiencias indianas. Por desgracia, la edición del Consejo fue muy reducida (apenas cincuenta ejemplares), y para principios del siglo XVII ya era difícil encontrar la obra en Castilla y en las Indias.

El Cedulaario de Encinas consta de cuatro volúmenes, divididos en 129 capítulos. Nuestro análisis se centró, sobre todo, en el libro primero, en particular en los títulos correspondientes a: *Paffageros a Indias, Cafados, Cõtra perfonas inquietas, Factores de mercaderes, Mercaderes, Efrãgeros y perfonas prohibidas y Pilotos y maefres efrangeros*. También se analizaron cédulas con contenidos de interés para este estudio, localizadas en otros libros, pero el grueso de las disposiciones que regulan la materia de extranjería se ubica en dichos rubros.

---

<sup>338</sup> No deja de ser curioso el hecho de que no se eligiera para esta labor al antiguo colaborador de Ovando y autor de una compilación, López de Velasco. Juan Manzano especula que, probablemente, declinó la tarea por exceso de trabajo como cosmógrafo-cronista del Consejo de Indias o, incluso, a cierto recelo por parte de sus colegas del Consejo por haber sido tan cercano al antiguo presidente Ovando. En todo caso, Diego de Encinas carecía de la formación para continuar con la labor de Ovando en el mismo nivel, razón por la cual el resultado de su obra es una mera recopilación y no una construcción legislativa en sentido estricto, tal y como lo pretendía Juan de Ovando.

<sup>339</sup> García-Gallo, Alfonso, “Estudio introductorio al Cedulaario de Encinas”, en Encinas, Diego de, *op. cit.*, p. 7.

Para la materia que nos concierne en este momento (la determinación del tipo legal de extranjero), el Cedulario de Encinas nos dice poco o, mejor dicho, nos remite, nuevamente, a la legislación castellana. Así, la ley 1, libro primero, f. 433 del Cedulario, remite a una carta y pragmática de los Reyes Católicos dada en Medina del Campo el 28 de octubre de 1580 (*sic*), en la que se habla de los derechos de los súbditos naturales castellanos, en su calidad de vecinos y moradores de ciudades, villas y lugares de Castilla, en el sentido de poder mudarse a otro lugar sin que ninguna autoridad se los prohíba o dificulte, como parte de los derechos que tiene cualquier natural. Esta disposición la aplicó Carlos V para el caso de vecinos de Venezuela y Cabo de Vela que se habían visto impedidos de mudarse dentro de los territorios indianos.

El Cedulario, pues, no precisa la conformación de la naturaleza castellana; se presume que dicha determinación era previa al procedimiento de expedición de licencia de paso; así lo confirma la cédula expedida por Carlos V en 1546: "...de manera que nadie pueda paffar por ninguna parte, fino fuere aquello que conforme a lo que por nos eftá mandado pudieren paffar, y a los que por nos fuere dada licencia para ello...".<sup>340</sup> Lo que sí podemos apreciar son las distintas posturas en el manejo que se daba al paso a Indias en casi un siglo de legislación, en función del monarca en turno y de los intereses financieros a los que se debía hacer frente; en palabras de García-Gallo: "Toda ley, independientemente de su observancia de hecho, tiene valor en cuanto refleja la actitud de su autor —en este caso el rey y los preclaros varones del Consejo de Indias— y pretende llevar a la práctica los criterios dominantes en el gobierno central de España".<sup>341</sup>

Si bien en una etapa inicial, en los años del descubrimiento aún insular, el paso a Indias fue regulado con criterios poco rígidos, ya para la primera década del siglo XVI podemos observar las primeras disposiciones que limitaban el paso a los territorios americanos, así como la constante exigencia de licencias reales que no concedían el paso directo, sino que funcionaron como un requisito documental insuperable para, entonces sí, poder tramitar el paso legal a Indias a través de la Casa de la Contratación con sede en Sevilla. Incluso, con fundamento en una cédula de septiembre de 1511,<sup>342</sup> que indicaba a los oficiales de la Casa de la Contratación que dejaran pasar a todas las personas naturales, vecinos y moradores de los reinos de Castilla

<sup>340</sup> Libro primero, f. 405 del Cedulario.

<sup>341</sup> García-Gallo, Alfonso, "Estudio introductorio al Cedulario de Encinas", en Encinas, Diego de, *op. cit.*, pp. 7 y 10.

<sup>342</sup> Ley 1, libro primero, f. 396 del Cedulario. También mencionada en el *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, Ayala, Manuel Josef de, *op. cit.*, t. XI, bajo la voz "pasajeros".

con sólo escribir sus nombres, toda vez que se examinaba en demasía, podemos pensar que sí hubo periodos de rigurosidad en el control del paso a Indias en esta etapa temprana de la regulación indiana.

El momento administrativo oportuno para solicitar la carta de naturaleza para el paso a Indias (que lógicamente es un requisito previo) era al momento de tramitar la licencia general de paso que concedía el tránsito lícito a las Indias occidentales.

La licencia es un acto jurídico distinto a la carta de naturaleza, aunque podían coincidir en el mismo documento. La naturaleza jurídica de la licencia consiste en una autorización regia a través de la cual la Corona permitía el desarrollo de una actividad específica o de una empresa general. Las hubo de muchos tipos, tanto en el derecho castellano como en el indiano: licencias de paso, licencias para tratar y comerciar en Indias y licencias de residencia en Indias.<sup>343</sup>

Lo que precisan los oficiales de la Casa de la Contratación, como parte de la documentación que cualquier pasajero debía otorgar para su legal paso a Indias, incluso los que ya contaban con licencia real, son las “informaciones” hechas por los justicias de la ciudad o villa o lugar de donde tal información viniera, es decir, algún instrumento que acreditara su procedencia o naturaleza (leyes 3, 4, 5 y 6, libro primero, f. 397-399 del Cedulaario de Encinas). Con esa información, la Casa de Contratación generaba registros, divididos por meses, que con el pasar de las décadas formaron volúmenes enteros, conformando el *Libro de Asientos de los Pasajeros a las Indias*, estudiado y clasificado bajo la dirección de Cristóbal Bermúdez Plata en el famoso *Catálogo de pasajeros a Indias durante los siglos XVI, XVII y XVIII*.<sup>344</sup> En

---

<sup>343</sup> “En líneas generales se puede definir una Licencia, como una merced real, mediante la cual el Monarca concedía permiso para pasar a Indias a cualquier extranjero o lo autorizaba para dedicarse al comercio. Pero si bien todas las Licencias son una merced real, no todas son iguales, pues se distinguen por la función a la cual debe aplicarse la excepcionalidad”. Morales Álvarez, Juan M., *op. cit.*, p. 45.

<sup>344</sup> Del estudio realizado por Pérez Bustamante de dicho *Catálogo* se desprende que “El número de extranjeros es insignificante y en su mayoría eran súbditos o aliados de Carlos V, a cuyo reinado se refieren en gran parte los expedientes registrados en la Casa: 4 alemanes, 2 holandeses, 18 flamencos, 15 italianos, 1 borgoñón, 1 rosellonés y 12 portugueses; 28 negros, todos horros o libres; siete loros o amulados, también horros; cuatro indios que regresan a su patria; un judío, y un diácono de la Tierra del Preste Juan de las Indias, completan esta exígua proporción de emigrantes no españoles (93 entre 8414). Es de notar que en la arma que llevaron los alemanes en Venezuela por concesión del Emperador a la casa bancaria de los Welser, los pasajeros son españoles”. Pérez Bustamante, C., *op. cit.*, pp. 88 y 89. Para una visión crítica sobre la integración de este catálogo, véase Friede, Juan, “Algunas observaciones sobre la realidad de la emigración española a América en la primera mitad del siglo XVI”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional

dichos registros debían asentarse los datos generales de identificación del pasajero, a saber: naturaleza, estado civil, nombre de los padres, si otorgaba fianza para el paso, destino en Indias y bajo qué título pasaba (factor, mercader, cónyuge, criado, clérigo, etcétera), así como la fecha del registro.<sup>345</sup> Esta información se encontraba también en la licencia que le había sido otorgada para el paso a Indias, ya fuera por la propia Casa de la Contratación o directamente por el Consejo de Indias, además de que debía ser requerida directamente a los pasajeros por los oficiales de la Casa de la Contratación; de hecho, no debían admitirse pasajeros sin informaciones hechas en su lugar de naturaleza (ley 39, libro primero, f. 412, del Cedulaario).<sup>346</sup> Una copia certificada de los registros debía ser entregada a los oficiales de puerto en Indias antes de que los pasajeros desembarcaran para que procedieran a la revisión de los mismos; aquel pasajero que no estuviera registrado, debía ser repatriado en la siguiente nao; además, debían incurrir en responsabilidad el maestre o los pilotos que hubieran llevado pasajeros sin registro (ley 7, libro primero, f. 398-399 del Cedulaario). Debemos recalcar que este procedimiento debía seguirse con independencia de la naturaleza del pasajero, ya fuera castellano o extranjero; su paso debía quedar registrado en los libros de la Casa de la Contratación de Sevilla y de las distintas audiencias en Indias.<sup>347</sup> Aquellas personas, naturales o extranjeras, que carecieran del despacho de los oficiales de la Casa de la Contratación, debían estar impedidas para tratar en Indias (ley 10, libro I, ff. 444-446 del Cedulaario).

---

de Investigaciones Científicas, núm. 49, 1944, pp. 467-496; Friede, Juan, "The Catálogo de Pasajeros and Spanish Emigration to America to 1550", *The Hispanic American Historical Review*, Nueva York, Kraus Reprint Corporation, vol. 31, núm. 2, 1951, reimpreso en 1978, pp. 333-348.

<sup>345</sup> En ocasiones, encontramos anotaciones marginales en los registros del *Libro de Asientos*, precisando, por ejemplo, si el pasajero pudo o no embarcar, si cometió alguna falta (i. e. venta de licencias) que hubieran impedido su paso, si al momento de embarcar se hubiera suscitado alguna eventualidad administrativa, etc.

<sup>346</sup> "La fuente más importante del registro de los emigrantes ilegales a las Indias es el *Libro de Asientos de los Pasajeros a las Indias*. Sin embargo, esta fuente contiene grandes vacíos, sobre todo para la primera mitad del siglo XVI; faltan los registros de los años 1493-1508, 1518, 1520-1525, 1530-1532, 1541 y 1543-1547. Los datos, que se han logrado compilar, figuran en el *Catálogo de los Pasajeros a Indias*. Sin embargo, esta obra no reproduce fielmente lo que está descrito en el Libro de Asientos, porque no suele tomar en cuenta las advertencias que a veces acompañan al margen del asiento de los emigrantes". Jacobs, Auke Pieter, "Pasajeros y polizones. Algunas observaciones sobre la emigración española a las Indias durante el siglo XVI", *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, 172, 1983, pp. 439 y 440.

<sup>347</sup> Así, en las cédulas recogidas en ff. 408 y 409, libro I, del Cedulaario de Encinas, se le ordenaba a la Audiencia de Nueva España que formara un libro de pasajeros.

Para regresar a Castilla, también se requería de una licencia de retorno, que para expedirse necesitaba la presentación de la licencia de paso original; en caso de no contar con ella, se debía anotar el tiempo que se había residido en las Indias. La licencia de retorno, además, debía mencionar si se dejaban bienes o hacienda en América y si se había contraído matrimonio.<sup>348</sup>

El caso de las mujeres, naturales o extranjeras, es más preciso. La regla general es que sólo se autorizaba el paso de mujeres casadas que viajaban con sus maridos o que lo hacían para reunirse con ellos. Debían presentar las mismas informaciones que los varones para probar su limpieza de sangre, además de la licencia real, para pasar a Indias (ley 11, libro primero, ff. 400 y 401 del Cedulaire). Existe una excepción expresa a esta regla: por ley promulgada en Valladolid el 13 de noviembre de 1550 por Carlos V, se ordenaba al gobernador de Tierrafirme que dejara pasar a cualquier mujer al Perú para poblar y vivir y permanecer ahí sin necesidad de licencia, puesto que mediante esta cédula se les otorgaba, *de jure*, dicho documento sin tener que acudir a ninguna autoridad (ley 14, libro primero, f. 402 del Cedulaire).

Existió un ámbito personal de excepción a la regla general de paso cribado de extranjeros: el de los criados.<sup>349</sup> Aplicando el principio general de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el criado seguía el mismo tratamiento legal que su patrón; es decir, si su patrón era natural de Castilla, él recibiría una licencia de paso ligada a la de su patrón, como si fuera natural, aunque de hecho no lo haya sido. En los registros de la Casa de la Contratación quedaba asentada, eso sí, la naturaleza y título de criado, así como el individuo a quien servía, puesto que era el responsable de la licencia emitida a su criado, para controlar y evitar la simulación; es decir, personas que pudieran pasar con licencia de criado sin serlo.<sup>350</sup> En la licencia real se incluía la carta de naturaleza para el criado extranjero que permitía su legal paso a Indias. Los criados debían viajar con sus amos; no podrían hacerlo por separado.<sup>351</sup>

Para los naturales de Canarias, Tenerife y Palma hubo una serie de disposiciones especiales que básicamente intentaban prevenir el contra-

<sup>348</sup> Ley 38, libro I, f. 411 y 412 del Cedulaire.

<sup>349</sup> Para un estudio específico sobre este conglomerado véase Porro Girardi, Nelly, "Los criados en Indias. Presencia y significados", *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Veracruz, 1995, pp. 1221-1254.

<sup>350</sup> Simulación expresamente prohibida por disposición dada en Valladolid el 29 de abril de 1549 y recogida en la f. 404 del Cedulaire de Encinas.

<sup>351</sup> Cédula dada en San Lorenzo el 25 de julio de 1593 y recogida en ff. 412 y 413 del Cedulaire.

bando de mercancías<sup>352</sup> desde esas islas,<sup>353</sup> así como el paso ilegal hacia Indias desde sus territorios. Luego, encontramos reglas que, por ejemplo, señalaban qué mercancías eran las únicas que podían comerciar los naturales de estas tierras (ley 10, libro I, ff 444-446 del Cedulaario) a quienes no se les consideraba extranjeros, pero que sí estaban sujetos a una regulación especial derivada de su ámbito espacial de validez normativa.

### 9. *Proyectos recopilatorios posteriores al Cedulaario de Encinas*

Entre el Cedulaario de Encinas y la publicación en 1680 de la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias transcurrió casi un siglo, tiempo durante el cual el flujo ordenador continuó. Destacan los “cuadernos” de Diego de Zorrilla, hoy extraviados, que se quedan como mero proyecto de recopilación entre los años 1602 a 1609, y, por supuesto, los trabajos del licenciado peruano Antonio de León Pinelo, bajo las órdenes del consejero Rodrigo de Aguiar y Acuña, que resultaron, primero, en los *Sumarios de la Recopilación General de las Leyes, Ordenanzas, Provisiones, Cédulas, Instrucciones y Cartas Acordadas que por los Reyes Católicos de Castilla se han promulgado, expedido y despachado por las Indias Occidentales, Islas y Tierra Firme del Mar Océano, desde el año de mil y quatrocientos y noventa y dos, que se descubrieron hasta el presente de mil y seiscientos y veinte y ocho*, de los cuales se publicó el primer volumen en 1628 en Madrid (con intención de provisionalidad en tanto se culminaba la Recopilación proyectada de ocho volúmenes en total), y, luego, tras la muerte de Aguiar y Acuña en 1629, en la conclusión solitaria de la obra por parte de León Pinelo, quien el 20 de octubre de 1635 presentó una recopilación ante el Consejo de Indias. Este trabajo fue revisado por Juan de Solórzano Pereyra a lo largo de siete meses continuos, y es conocida como la “Nueva Recopilación”.<sup>354</sup>

<sup>352</sup> “Mencionamos que una de las formas para introducir mercancías de contrabando era el sistema llamado «de arribadas». Cruz Barney, Óscar, *El curso marítimo*, México, UNAM-Secretaría de Marina, Centro de Estudios Superiores Navales, 2013, p. 209.

<sup>353</sup> Era usual que navíos extranjeros, sobre todo portugueses, simulando problemas de mantenimiento o necesidad de avituallamiento, arribaran a Canarias o a alguna de las islas de dicho archipiélago y desde ahí, zarparan a Indias sin declarar en la Casa de la Contratación o bien descargarán y vendieran, ahí mismo, mercaderías que no contaban con registro y autorización para ello.

<sup>354</sup> Para un estudio detallado sobre la vida y obra de León Pinelo se recomienda consultar los múltiples trabajos desarrollados por Ismael Sánchez Bella. “Estudio introductorio”, *Sumarios de la Recopilación General de Leyes de las Indias Occidentales, de Rodrigo Aguiar y Acuña y Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca*, México, 1677, edición facsimilar, México, FCE-



La Nueva Recopilación constaba de nueve libros, que reunían 7,308 leyes distribuidas en 204 títulos.

La Nueva Recopilación tuvo varios intentos fallidos de publicación, tantos, que León Pinelo murió en 1660 sin ver publicada su obra, aunque trabajó durante todos esos años para mantenerla actualizada. Debido a la escasez de ejemplares de los Sumarios, hubo que reimprimirlos, labor que asumió en 1677 el experimentado abogado Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca, en esos momentos oidor de la Audiencia de México, quien habría de adicionarle las disposiciones recibidas por la Audiencia de México desde 1628, los autos acordados de la Audiencia de México y las ordenanzas de los virreyes novohispanos. En 1677, Montemayor ordenó la reimpresión de los Sumarios de Aguiar y Acuña, y al año siguiente dio a la imprenta los Sumarios adicionados,<sup>355</sup> en los términos expuestos, bajo el nombre de *Sumarios de las cédulas, ordenes, y provisiones reales, que se han despachado por su magestad, para la Nueva-España, y otras partes; especialmente desde el año de mil seiscientos y veinte y ocho, en que se imprimieron los quatro Libros, del primer tomo de la Recopilacion de Leyes de las Indias, hasta el año de mil seiscientos y fetenta y fiete. Con algunos Titulos de las materias que nuevamente se añaden: Y de los Autos acordados de su Real Audiencia. Y algunas Ordenanças del Gobierno. Que Juntó, Y Dispuso, El Doctor D. Iuan Francifco de Montemayor, y Cordova, de Cuenca, Governador, y Capitan General, que fue, de la Isla Española, Presidente de su Real Audiencia, y Chanicelleria, y Oydor de la de esta Nueva-España, que reside en la Ciudad de México, y Consultor propietario del S. Officio de la Inquisicion*. Dentro de estos sumarios adicionados no se encontró ningún tipo de regulación acerca de la determinación legal de la naturaleza ni de la extranjería.

Frente a este escenario infructuoso, el Consejo de Indias continuó con trabajos codificadores, que implicaron la designación del relator del rey, Fernando Jiménez Paniagua, como sucesor de León Pinelo, y fue él quien finalmente culminó el trabajo recopilatorio, básicamente revisando, poniendo al día y sistematizando la Nueva Recopilación. El resultado fue una obra que llevó por nombre Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias

---

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994; “La obra recopiladora de Antonio de León Pinelo”, en Icaza, Francisco de (coord.), *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos*, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 1987; *Recopilación de las Indias*, por Antonio de León Pinelo, edición y estudio preliminar de Isamel Sánchez Bella, *op. cit.*

<sup>355</sup> Esta obra “...corona, dentro del contexto cultural del barroco hispano y novohispano del siglo XVII, la serie de trabajos de compilación y recopilación jurídica sobre la legislación indiana...”. Rodríguez-Sala, Ma. Luisa y Miguel B. de Erice, “Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca, Abogado, Oidor y Recopilador del siglo XVII”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IX, 1997, p. 221.

publicada en 1680, considerada el cuerpo legal más importante del derecho indiano.<sup>356</sup>

En cuanto a la configuración del tipo legal de extranjero, la Nueva Recopilación, al igual que la Copulata, aísla un apartado completo para su regulación: el título decimosegundo, libro segundo, de la Nueva Recopilación. Con el propósito de no incurrir en repeticiones, se presenta a continuación un cuadro extraído del estudio hecho por Ismael Sánchez Bella, en el que se cotejaron las disposiciones de la Recopilación de 1680 y se compararon con las de la Nueva Recopilación; en este caso, de la Recopilación de 1680 se estudió el libro IX, capítulo XXVII (“De los Efrangeros, que paffan á las Indias, y fu compoficion, y naturaleza, que en ellas pueden adquirir para tratar, y contratar”) y de la Nueva Recopilación el título XII del libro II (“De los estrangeros que pasan a las Indias y contratan en ellas”),<sup>357</sup> así, se circunscribirá el análisis a las disposiciones contenidas en la Nueva Recopilación que no hubieran sido recogidas, años después, por la Recopilación de 1680. Asimismo, se hizo el cotejo tanto en el mencionado libro IX, capítulo XXVII de la Recopilación de 1680, como en el resto de sus libros en donde hubiera disposiciones en materia de extranjería, con el resultado de que ninguna de esas otras leyes de la Nueva Recopilación fue recogida en apartado alguno de la de 1680.

<i>Disposiciones refundidas que recogen las disposiciones de la Nueva Recopilación</i>	<i>Disposiciones recogidas en la Recopilación de 1680</i>
Recopilación de 1680 (Libro, capítulo, ley)	Nueva Recopilación (Libro, capítulo, ley)
9, 27, 1	2, 12, 3, 4 y 7
9, 27, 2	2, 12, 1
9, 27, 3	2, 12, 40
9, 27, 4	2, 12, 17
9, 27, 5	
9, 27, 6	2, 12, 16
9, 27, 7	2, 12, 14
9, 27, 8	

<sup>356</sup> Para un estudio pormenorizado sobre el cotejo entre la Nueva Recopilación y la Recopilación de 1680, véase el estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella a la publicación de la Recopilación de las Indias de Antonio de León Pinelo publicada por Porrúa en 1992: *Recopilación de las Indias*, por Antonio de León Pinelo, *op. cit.*

<sup>357</sup> *Ibidem*, vol. III, p. 3064.

<i>Disposiciones refundidas que recogen las disposiciones de la Nueva Recopilación</i>	<i>Disposiciones recogidas en la Recopilación de 1680</i>
Recopilación de 1680 (Libro, capítulo, ley)	Nueva Recopilación (Libro, capítulo, ley)
9, 27, 9	2, 12, 18
9, 27, 10	2, 12, 19
9, 27, 11	2, 12, 27
9, 27, 12	2, 12, 24
9, 27, 13	2, 12, 20 y 26
9, 27, 14	2, 12, 33
9, 27, 15	2, 12, 29
9, 27, 16	2, 12, 30
9, 27, 17	2, 12, 23
9, 27, 18	2, 12, 25
9, 27, 19	2, 12, 36
9, 27, 20	2, 12, 34
9, 27, 21	2, 12, 39
9, 27, 22	2, 12, 28
9, 27, 23	2, 12, 31
9, 27, 24	2, 12, 32
9, 27, 25	2, 12, 38
9, 27, 26	2, 12, 37
9, 27, 27	2, 12, 21
9, 27, 28	2, 12, 22
9, 27, 29	2, 12, 15
9, 27, 30	2, 12, 6
9, 27, 31	2, 12, 9
9, 27, 32	2, 12, 11
9, 27, 33	2, 12, 12
9, 27, 34	2, 12, 13
9, 27, 35	
9, 27, 36	
9, 27, 37	

Así, las únicas leyes de la Nueva Recopilación que no fueron recogidas, ya sea por transcripción o por refundición, en la Recopilación de 1680, en las disposiciones específicas sobre extranjería, son: 2, 5, 8, 10 y 35. En estas disposiciones encontramos la reiteración de la prohibición general del paso a los extranjeros, a menos que se cuente con licencia real que habilite el cruce legal y la posibilidad de tratar y contratar en Indias. En cuanto a la definición de naturaleza, no hay mayor precisión material que nos interese.

#### 10. *La Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias (1680)*

El 18 de mayo de 1680 el rey Carlos II promulgó en Madrid la ley que declaró la autoridad legal de un código que durante mucho tiempo habría de fungir como la fuente principal, cuando no única, para la historia de la codificación de las Leyes de Indias,<sup>358</sup> y que aún hoy, casi 335 años después, sigue siendo un referente obligatorio dentro del estudio del derecho indiano: la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, que se mandó imprimir un año después de su promulgación, en formato de cuatro volúmenes, en la imprenta de Julián de Paredes, en Madrid.

Como hemos podido constatar en este estudio, la Recopilación de 1680 es el producto de un largo, larguísimo proceso de codificación,<sup>359</sup> cuyo desarrollo ha sido objeto de múltiples investigaciones. Precisamente por ese desdoblamiento a lo largo del tiempo es que sus normas no cuentan con una sistematización adecuada (por ejemplo, son frecuentes las disposiciones que se contradicen en razón de la materia que regulan), pero ello no influye en su vigencia como normas jurídicas, tanto al momento de ser promulgada como a lo largo del siglo XVIII y principios del XIX, antes de la independencia de los territorios indios. Así, García-Gallo nos aclara: “La Recopilación no intentó ser, en ningún momento, una colección de textos ofrecidos al historiador, sino un cuerpo legal en el que los mismos estuvieron recogidos en forma conveniente para ordenar las relaciones jurídicas de su tiempo, modificándolos o adaptándolos cuantas veces se creyó preciso”.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> 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, p. 53.

<sup>359</sup> Más de 150 años si tomamos como primer ejemplo de la corriente ordenadora la Real Cédula del 3 de octubre de 1533, en la que se encarga a la Audiencia de Nueva España la búsqueda y recogida de todas las ordenanzas, provisiones y cédulas despachadas para esta tierra. Cfr. Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 7.

<sup>360</sup> García Gallo, Alfonso, “Las etapas del desarrollo del derecho indiano”, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano, cit.*, p. 4.

Entre otros factores, como ha quedado evidenciado a lo largo del recorrido hermenéutico que hemos hecho hasta este punto, el carácter “predominantemente casuístico”<sup>361</sup> de la legislación indiana y, por tanto, también de la Recopilación de 1680, dificultó la formación de instituciones jurídicas exclusivas de América (la encomienda es quizá la más novedosa de las instituciones) aplicables, de manera directa y eficaz, en todas las Indias. En virtud de lo anterior, el derecho indiano se integró, no sólo caso por caso, sino lugar por lugar, atendiendo, sobre todo, a las necesidades que la vida cotidiana y la distancia generaron.<sup>362</sup>

En cuanto a nuestro tema de estudio, la Recopilación de 1680, tal y como se había dispuesto ya en la Nueva Recopilación, presenta todo un apartado dedicado exclusivamente a la regulación de los extranjeros (título XXVII, libro IX, t. IV). En dicho título la ley XXVIII estipula lo siguiente:

Ley XXXVIIJ. Que declara los que fon naturales de eftos Reynos, y no fe comprehendan en las comifiones de compoficion.

Declaramos Por Efrangeros de los Reynos de las Indias, y de fus Coftas, Puertos, é Islas adjacentes para no poder eftar, ni refidir en ellas á los que no fueren naturales de eftos nueftros Reynos de Caftilla, Leon, Aragon, Valencia, Cataluña, y Navarra, y los de las Islas de Mallorca, y Menorca, por fer de la Corona de Aragon. Y mandamos, que con todos los demás fe entiendan, y practiquen las compoficiones, y las penas impuestas, fi no fe efectuaren: y affimifmo declaramos por Efrangeros á los Portugefes.

Así, con fundamento en esta cédula real emitida por Felipe II en 1596 y luego ratificada por Felipe III en 1614 y por Carlos II en la propia Recopilación de 1680, quedó establecido que son extranjeros de los reinos de las Indias los que no son naturales de los siguientes reinos:

- a) Castilla
- b) León
- c) Aragón: que incluye las islas de Mallorca y Menorca
- d) Valencia
- e) Cataluña
- f) Navarra

<sup>361</sup> *Idem*, “La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI”, *cit.*, p. 609.

<sup>362</sup> En este sentido, debemos recordar que el llamado derecho indiano se integró, básicamente, por tres elementos: el derecho castellano, la costumbre indígena, en tanto no contrariara lo dispuesto por la Corona o por la Iglesia católica, y el derecho indiano en sentido estricto, es decir, el conjunto de disposiciones dictadas específicamente para Indias. *Cf.* Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 11.

Esta determinación (formulada en sentido negativo), que a primera vista parece clara y sin problemas, resuelve una larga discusión acerca de quiénes detentaban el derecho original de pasar a Indias, además de los naturales de Castilla y León. La discusión, que ya fue analizada en apartados anteriores de este mismo capítulo, se suscitó sobre todo en torno de los aragoneses y navarros.

Además de resolver la laguna regulatoria anterior, la ley XXVIII deja expresamente establecido que los portugueses eran considerados extranjeros. Esta postura tan tajante respecto de Portugal se justifica, principalmente, por la proximidad del territorio lusitano, que facilitó históricamente el paso de marineros portugueses a Indias y por el afán que tuvo siempre Castilla de fortalecer su postura de expansión marítima frente a Portugal.<sup>363</sup>

Ahora bien, el solo hecho del nacimiento en los reinos castellanos no tuvo significado jurídico,<sup>364</sup> o, con mayor precisión, no tuvo significado jurídico unívoco; la consecuencia deóntica siempre dependió de los distintos supuestos dados por la sangre y los reinos de procedencia, tal y como señalamos en los apartados primeros de este capítulo.

Si la naturaleza no fue una cuestión que abordó directamente el derecho indiano, sino el castellano, es sencillo colegir la importancia de la ley XXVIII, que no fue recogida por la Nueva Recopilación, y que fue emitida el mismo año de promulgación que el Cedulaario de Encinas, puesto que constituye el primer intento legislativo de determinación del ámbito personal del extranjero, y es, además, un claro indicador del esfuerzo que se hizo desde la normativa indiana por regular a este colectivo.

Finalmente, dos indicaciones sobre lo que la ley indiana no tipificó. En ningún cuerpo normativo del derecho indiano hasta 1680 se hace mención del mecanismo que debía seguirse para determinar la naturaleza de los adoptados, de los espurios, ni de los expósitos,<sup>365</sup> cosa que sí encontramos

---

<sup>363</sup> Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*, p. 430.

<sup>364</sup> Castro y Bravo, Federico de, “Los estudios históricos sobre la nacionalidad (apostillas y comentarios)”, *cit.*, p. 226.

<sup>365</sup> “Los llamados expósitos que eran niños abandonados por sus propios padres o por terceras personas en lugares públicos o privados, bien por ser el producto de una violación o de alguna relación extramatrimonial, o por ser un hijo no deseado o por el simple hecho de no tener los medios necesarios para el sustento y la crianza del menor y en consecuencia se le abandonaba con la esperanza de que alguna persona piadosa lo atendiera y le salvara la vida”. Villanueva Colín, Guadalupe Margarita, “Marco jurídico y social de los expósitos en el derecho novohispano”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, vol. X, 1998, pp. 786 y 787, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/10/cnt/cnt37.pdf> [Consulta: 17 junio 2010].

en la literatura jurídica, y que durante el siglo XVIII iba a recibir profusa regulación.<sup>366</sup>

Algunas de las conclusiones generales a las que llega la doctrina indiana sobre los temas antes mencionados son:

- a) Los adoptados seguían la naturaleza del adoptante, por vía paterna.
- b) Los espurios seguían la naturaleza de la madre.<sup>367</sup> Esta imputación, que en principio operaba para el caso de los beneficios eclesiásticos, se hizo extensiva para la obtención de la naturaleza para comerciar en Indias.
- c) Sobre los expósitos, ya habíamos comentado que recaía una presunción legal de pureza de sangre (por ello también la literatura jurídica se refería a ellos como “hijos de la Iglesia”),<sup>368</sup> y, por lo tanto, de naturaleza de origen, es decir, eran naturales de Castilla o de las Indias, en ningún caso extranjeros.<sup>369</sup>

---

<sup>366</sup> Para un estudio pormenorizado sobre los temas de derecho de familia en Indias se sugiere consultar la obra de Dognac Rodríguez, Antonio, “Esquema del derecho de familia indiano”, *Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica: ensayos y monografías: derecho y justicia en la historia de Iberoamérica; Afroamérica, la tercera raíz; Impacto en América de la expulsión de los jesuitas* [CD-Rom con 51 monografías], José Andrés Gallego (dir.), 2005.

<sup>367</sup> Esta imputación se fundamenta directamente en el derecho castellano. En la ley XIX, título III, libro primero de la Nueva Recopilación de 1567 se disponía: “...i esto [la imputación de la naturaleza] se entienda en los hijos legítimos, i naturales, ó en los naturales folamente; pero en los espurios disponemos, i mandamos que las calidades, que conforme á lo de fuffo dispuesto se requieren en los padres, ayan de concurrir, i concurran en las madres”. Por otro lado, esta práctica no es exclusiva del derecho castellano o del derecho indiano, sino que encuentra su antecedente histórico en el derecho romano, en donde los hijos de las esclavas seguían la condición de la madre.

<sup>368</sup> Veitia Linage, Joseph de, *op. cit.*, cap. XXXI, libro I, p. 331.

<sup>369</sup> En nota adicional al texto que aborda esta cuestión, aparece el siguiente real decreto en la obra de Antúñez y Acevedo: “*Por real decreto dirigido al señor Duque de la Alcudia en 5 de enero de 1794* (de que se formó *Cédula para Indias* con fecha de *19 de febrero* del mismo año) mandó el Rey que todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, así los que hayan sido expuestos en las inclusas o casas de caridad, como los que hayan sido o fueren en cualquier otro paraje, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por legítimos por la real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepción, no obstante que en alguna o algunas reales disposiciones se hayan exceptuado algunos casos, o excluido de la legitiación civil para algunos efectos. Declaró también S.M. que la calidad de expósito no debe servir de nota de infamia o menos valer; y que todos los actuales y futuros han de quedar, mientras no consten sus verdaderos padres, en la clase de hombres buenos del estado llano general, gozando los propios honores, y llevando las cargas, sin diferencia de los demás vasallos honrados de la misma clase. En consecuencia de esto mandó también S.M. que no se impongan a los expósitos las penas de vergüenza pública, ni la de azotes, ni la de horca, sino aquellas que en iguales delitos se impondrían a personas privilegiadas. A vista de esta

Tampoco hay mención expresa en ninguno de los cuerpos normativos estudiados, ni en la propia Recopilación de 1680, sobre la raza como elemento integrante del tipo legal de extranjero. Es decir, no existió una determinación, desde la ley, sobre si los individuos pertenecientes a una raza distinta, como los negros, debían ser imputados como extranjeros. El *ius sanguinis* tampoco está directamente vinculado al tema del fenotipo racial. Así, ni en el derecho castellano ni en el indiano se señala la pertenencia a una u otra raza como supuesto para imputar la consecuencia deóntica de extranjero.<sup>370</sup>

## II. EL PRESUPUESTO LÓGICO-NORMATIVO DE LA NATURALEZA: LA PROFESIÓN DE LA FE CATÓLICA

En el derecho castellano de la época moderna, el hecho de ser un humano en pleno uso de sus facultades mentales no bastaba para constituirse como persona jurídica con capacidad plena. Para ello, se requería, como presupuesto lógico-normativo,<sup>371</sup> formar parte de la comunidad católica, sin sospecha alguna de herejía, apostasía o impureza de sangre,<sup>372</sup> pudiendo referirse esta última a dos acepciones: la primera, la más común, a ser descendiente de judío, musulmán, agote (en Navarra y en algunos pueblos de Aragón) o sentenciado por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición,<sup>373</sup> y la segunda, a la exis-

---

real declaración ya no podemos dudar de la limpieza de sangre de los expósitos, ni de su habilidad para el comercio de Indias”. Antúnez y Acevedo, Rafael, *op. cit.*, p. 285.

<sup>370</sup> “...la emigración de España a Indias fue una emigración dirigida. ¿Por motivos raciales? En absoluto. Por razones fundamentalmente éticas y políticas”. Barón Castro, Rodolfo, “Política racial de España en Indias”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 26, 1946, p. 787.

<sup>371</sup> Un presupuesto lógico normativo significa que una norma válida debe derivar de premisas o propuestas enlazadas correctamente, desde la lógica, pero también desde el conjunto normativo al cual dicha norma pertenece.

<sup>372</sup> “Une explication célèbre de l'exclusivisme antique à l'égard de l'étranger est celle de Fustel de Coulanges qui se réfère à la religion: la cité antique est fondée sur la religion; l'étranger ne participant pas au même culte, ne peut participer aux mêmes lois”. *Una explicación célebre del exclusivismo antiguo respecto del extranjero es la de Fustel de Coulanges que se refiere a la religión: la ciudad antigua está fundada sobre la religión, el extranjero al no participar del mismo culto, no puede participar de las mismas leyes.* [Traducción propia] Batiffol, Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, Dalloz, 1956, p. 152.

<sup>373</sup> “La limpieza o la impureza de sangre se transmitía de generación en generación y era condicionante para definir la credibilidad de la fe cristiana. Por ello, los inquisidores debían averiguar los ancestros de quienes eran sospechosos de judaizar. Si se probaba que el antepasado había sido un converso, se suponía que su descendencia era propensa a practicar en secreto la fe judaica. En otras palabras, la limpieza de sangre estaba relacionada con la



tencia de mestizaje en el individuo imputado. En este apartado haremos uso únicamente de la primera acepción.

Lo anterior de ninguna manera significó que el no católico haya sido excluido completamente de la posibilidad de fungir como un centro de imputación normativa o que se encontrara fuera de la jurisdicción real castellana; al contrario, buena parte de la política castellana de fines de los siglos XIV y XV, en materia de estructura social, se fundamenta en la copiosa legislación sobre judíos,<sup>374</sup> moros, gitanos,<sup>375</sup> protestantes y conversos (también llamados cristianos recientes), principalmente para su identificación, segregación y, en último término, expulsión.<sup>376</sup> De hecho, al actualizar algún supuesto normativo del derecho castellano, al no católico se le trataba siempre bajo la óptica de la minoría, de la que efectivamente formaba parte,<sup>377</sup> y si bien

---

pertenencia a una comunidad religiosa. Naturaleza, cultura y raza formaban una alianza inseparable. Todo cristiano nuevo era un posible heterodoxo en cuya fe no se podía confiar". Navarrete, María Cristina, *Judeoconversos 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, p. 7.

<sup>374</sup> "Creemos necesario aclarar que en la época novohispánica era considerado judío todo aquel descendiente de madre judía (punto de vista ortodoxo tradicional) y que se adhería a los ritmos y costumbres judaicas (Sábado, circuncisión, rezos, etc.)". Bialostosky, Sara, "Situación social y jurídica de los judíos y sus descendientes en la Nueva España" [en línea], *Revista de la Facultad de Derecho de México*, IV Congreso Internacional del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, núm. 101-102, enero-junio de 1976, p. 115. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=101> [Consulta: 23 enero 2015]

<sup>375</sup> Veitia menciona la prohibición particular que pesa sobre los gitanos, que fueron mandados echar de las Indias (con sus mujeres, hijos y criados) por cédula del 15 de julio de 1568, y por otra del 15 de febrero de 1581. Gitanos son los que anduvieran en su traje, y usaran la lengua. *Cf.* Veitia Linage, Joseph de, *op. cit.*, cap. XXXI, libro I, p. 330.

<sup>376</sup> "La política europea de España durante todo el reinado de Carlos V y Felipe II, fue una continua lucha por mantener la unidad religiosa y espiritual del viejo continente, resquebrajada por la protesta de Lutero. La concepción religiosa española de siglo XVI, que es tanto como decir para el espíritu y el pensamiento hispano de la época, el musulmán, el judío, el hereje, y sobre todo el luterano, el protestante, es decir el europeo en un sentido lato, es el principal enemigo del sentir español; un elemento perturbador desde cualquier ángulo que se le mire". *Cf.* Domínguez Compañ, Francisco, *op. cit.*, p. 110.

<sup>377</sup> Tanto mudéjares como judíos, por ejemplo, antes de los siglos XIV y XV, fueron tolerados dentro de las ciudades cristianas, en las que habitaron en barrios específicos (morerías y juderías —aljamas—). Pero el simple hecho de que estos barrios existiesen pone de manifiesto que no estaban plenamente integrados a la comunidad. "Cierto que dentro de la sociedad cristiana occidental se albergaban los judíos, pero, dado que el bautismo era condición de libertad, tenían el status jurídico formal de siervos del rey, del señor o de la ciudad y vivían en comunidades (aljamas o ghettos) no sólo social, sino especialmente distintas de las cristia-

esto no siempre fungía como elemento determinante, sí es cierto que rara vez dejaba de mencionarse su pertenencia religiosa, lo cual no ayudaba a la causa del imputado, cuando no, la agravaba. En todo caso, significó que la voluntad del no católico rara vez trascendió a la consecuencia deóntica por él deseada sin la previa autorización de la autoridad.

En la España de las tres culturas, tan solo la cristiana integraba el aparato del Estado, las otras dos vivían bajo el consentimiento de un poder político que les era extraño, que no les podía asimilar ya que su programa cultural respondía a otros intereses y a otros valores. De nada valía que un moro o un judío alegase pertenecer a una familia que hubiera estado instalada en la aljama de Toledo o en la de Zaragoza durante generaciones. Nunca podría alcanzar la condición de natural de aquellos reinos.<sup>378</sup>

Debe agregarse, en primer término, que no era sólo un “programa cultural”, sino una verdadera política de Estado, una política regia que no incorporaba a ninguna otra religión, salvo la católica, dentro de su concepción misma de organización social. En segundo término, la profesión de una fe distinta a la católica no era un impedimento para configurar la naturaleza, sino un verdadero elemento que imposibilitaba la conformación de la personalidad jurídica de goce y ejercicio plena.

La sociedad castellana construyó un ideario colectivo con esta percepción del no católico como un ente distinto del extranjero. Este individuo, este “otro”, se percibía, recelosamente, como un elemento ajeno a la sociedad, con pocas posibilidades de integración plena, y que debía ser puesto permanentemente bajo el ojo vigilante de la Corona. “Desde una perspectiva moderna española hay dos tipos del «Otro»: primero, otras «naciones» europeas como los alemanes o franceses; segundo, grupos étnicos diferentes como moros, judíos y también indios que vivieron en el mismo imperio español. La diferencia fundamental entre estos dos tipos es que el segundo tipo, es decir, los moros, judíos e indios, no son cristianos y por eso mirado y valorado bajo otros criterios por los españoles”.<sup>379</sup>

---

nas. En una palabra: estaban en la sociedad, pero no eran de la sociedad”. García Pelayo, Manuel, “La idea medieval del derecho”, separata de la *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 23, junio de 1962, Caracas, Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos, 2, Universidad Central de Venezuela, 1962, pp. 4 y 5.

<sup>378</sup> Pérez Collados, José María, *Una aproximación histórica al concepto jurídico de nacionalidad. La integración del Reino de Aragón en la monarquía hispánica*, cit., pp. 180 y 181.

<sup>379</sup> Schüller, Karin, “La imagen de los europeos occidentales en la historiografía española de los siglos XVI y XVII (1517-1648)”, en Villar García, M. B. y Pezzi Cristóbal, P. (eds.), *I Coloquio Internacional “Los extranjeros en la España Moderna”* (Málaga, 28-30 noviembre, 2002), t. II, Málaga, 2003, p. 59.

Esta situación encuentra una primera explicación de naturaleza histórica en los procesos de reconquista y de repoblación que se vivieron en la península ibérica desde la alta Edad Media. La situación de despoblamiento en que quedaron los territorios reconquistados obligó a poblarlos con inmigrantes católicos, y el hecho de haber cohabitado con el enemigo durante siglos creó una sociedad plenamente consciente de la existencia —y peligro— del “otro”. De modo que la obligación de poblamiento encuentra fundamento en la necesidad de conformar una unidad política y social, dentro de la cual se evitaran las fracturas que pudiera propiciar la diversidad religiosa, especialmente cuando se acababa justo de expulsar a los musulmanes o a los judíos. Así, durante esta época se propició una suerte de equiparación de las categorías extranjero y no católico,<sup>380</sup> ya que el elemento relevante era la profesión de la fe católica y no tanto la pertenencia a un territorio político distinto, con todos los matices que ya explicamos al principio de este capítulo. En palabras de García de Cortázar: “Vencida la resistencia nazarí, los Reyes Católicos imaginaron una España sin mezquitas ni sinagogas y renovaron el valor de la religión católica como fermento de la unión política de sus reinos”.<sup>381</sup>

Tanto fue el afán de preservar, e incluso fomentar el culto católico por parte de la monarquía española, que, descubierto el Nuevo Mundo, promulgó todo un ordenamiento jurídico en torno a la protección de dicha fe en los territorios ultramarinos, que se centraba en la prohibición estricta del paso a todos aquellos que no fueran católicos limpios, y que sospechó en todo momento de los “cristianos nuevos” o conversos.<sup>382</sup> El paso a Indias fue extraordinariamente vigilado y cuidado para los no católicos,<sup>383</sup>

---

<sup>380</sup> García-Gallo, Alfonso, *Estudios de historia del derecho privado*, Universidad de Sevilla, 1982, p. 55.

<sup>381</sup> García de Cortázar, Fernando, *Historia de España. De Atapuerca al Euro*, Barcelona, Planeta, 2003, p. 90.

<sup>382</sup> Aunque el paso ilegal de moros y judíos fue un hecho real de la vida indiana, es difícil precisarlo a detalle. Existe documentación en las secciones de Justicia y de Contratación del AGI sobre procedimientos de expulsión de miembros de dichos conglomerados, lo que indica la realidad fehaciente de su presencia en América. Al respecto, Juan Friede nos dice: “Es difícil calcular el contingente que moros y judíos aportaron al movimiento migratorio hacia América, pues unos y otros procuraban encubrir su origen racial, por lo cual son escasos los documentos al respecto”. Friede, Juan, “Los estamentos sociales en España y su contribución en la emigración a América”, *Revista de Indias*, Madrid, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas, núm. 103-104, 1966, p. 13.

<sup>383</sup> “En el Nuevo Mundo, los inmigrantes conversos tenían en su mayoría origen portugués, ya fueran judaizantes o no. Algunos siguieron itinerarios intrincados, otros pasaron por España y se embarcaron en Sevilla. Casi todos ellos mostraban ascendencia lusitana”. Navarrete, María Cristina, *op. cit.*, p. 12.

aunque, como lo demuestran los hechos, lograron pasar,<sup>384</sup> tanto por la vía ilegal como por la legal;<sup>385</sup> de estos temas regulatorios, ahondaremos con todo detalle en el último capítulo de este trabajo, cuando abordemos el tema de las normas indianas, cuyo objeto fue la protección de la fe católica. Empero, no fue sólo un tema de conveniencia política o de oportunidad económica al cobrar por las licencias de paso, sino una genuina convicción religiosa por parte de la Corona de Castilla (al menos en los primeros años de construcción de los virreinos indianos), la cual, sin llegar al extremo del Estado confesional, sí concibió la religión católica como un elemento indispensable dentro de la organización política del reino. Así lo confirma la propia instrucción que los Reyes Católicos le entregaron a Colón el 29 de mayo de 1493, en donde se instaba al almirante a tratar “amorosamente” a los indios y a instruirlos en la fe;<sup>386</sup> también en las Leyes de Burgos de 1512 queda evidenciada la preocupación de la Corona de Castilla de cumplir con su obligación catequizante, deber que derivó formalmente de la donación hecha por Alejandro VI en las bulas alejandrinas, que ya hemos analizado en este capítulo. Lo cierto es que la evangelización, como política de Estado a gran escala, no pudo consolidarse sino hasta que se descubrió la América continental con núcleos urbanos sofisticados y culturalmente desarrollados: “Cuando se pudiera dirigir una evangelización sistemática y completa, con

<sup>384</sup> “También se bautizaron muchos musulmanes libres, pero tampoco lograron equipararse a los cristianos. Fueron clasificados como moriscos o de «raza mora» y vistos con mucha suspicacia por las autoridades españolas. Por razón de sus antiguas creencias se les prohibió pasar a Indias. A ellos, y a sus descendientes durante ocho generaciones... Naturalmente esta norma fue ampliamente violada, como lo evidencian las pruebas documentales”. Lucena Salmoral, Manuel, “Leyes para esclavos: el ordenamiento jurídico sobre la condición, tratamiento, defensa y represión de los esclavos en las colonias de la América española”, *Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica: ensayos y monografías: Derecho y justicia en la historia de Iberoamérica; Afroamérica, la tercera raíz; Impacto en América de la expulsión de los jesuitas* [CD-rom con 51 monografías], José Andrés Gallego (dir.), 2005, p. 28.

<sup>385</sup> “Reconociendo la Corona que a pesar de las medidas preventivas para evitar el paso a extranjeros a las Indias, estos, y en especial los judíos aumentaban en número considerablemente, crecían como hongos salvajes después de una noche de lluvia en las nuevas tierras conquistadas, empezó a dictar medidas represivas aprisionándolos y dando órdenes de expulsión, confiscando sus bienes y premiando a delatores”. Bialostosky, Sara, *op. cit.*, p. 119.

<sup>386</sup> “... Por ende sus Altezas, deseando que nuestra santa Fe Católica sea aumentada é acrescentada, mandan é encargan al dicho Almirante, Visorey é Gobernador, que por todas las vías é maneras que pudiere, procure é trabaje atraer á los moradores de las dichas islas é tierra firme, á que se conviertan á nuestra Santa Fe Católica”. CODOIN-América, Real Archivo de Indias, “Instrucción de los Reyes al Almirante don Cristóbal Colón, 29 de mayo de 1493”, *Colección de Documentos Inéditos Relativos al Descubrimiento, Conquista y Colonización de las Posesiones Españolas en América y Oceanía, sacados en su mayor parte del Real Archivo de Indias*, Madrid, 1864-1884, 42 vol., edición facsímil, Vaduz, Alemania, 1964, t. XXX, p. 145.

toda su jerarquía bien presente, a pueblos que estuvieran más allá de la simple supervivencia y ya abiertos al mensaje cristiano por una cultura o precultura de civilización colectiva y de religión. Esto sucederá a partir de 1524-1533 en México, y a partir de 1543 en el Perú donde, por primera vez, la jerarquía episcopal ejercerá su autoridad plena, no discutida”.<sup>387</sup>

Se era no católico básicamente desde dos puntos de inicio: quien fue católico y dejó de serlo y quien nunca lo fue. En el primer punto se encuentran la herejía, la apostasía, y el cisma, declarados oficialmente (en cuyo caso se podía llegar a la excomunión), a consecuencia de lo cual se separaba, a los sujetos imputados, de la comunidad católica, pero habiendo pertenecido a ella (es decir, habiendo recibido el bautizo) y habiendo conocido el credo. En el segundo punto, están el infiel y el pagano. Para efectos de este trabajo, nos referiremos al infiel como quien, conociendo la existencia de la religión católica, decide no pertenecer a ella, mientras que el pagano profesa creencias no reconocidas por la Iglesia católica, desde el desconocimiento mismo de su existencia. Por lo tanto, los indios americanos fueron paganos, en tanto que los judíos, moros, gitanos y protestantes eran infieles.<sup>388</sup> El peligro para la fe en Indias se desprendía de los infieles y de los herejes, apóstatas, excomulgados y cismáticos (por razones de economía textual, nos referiremos a este conglomerado bajo el apelativo general de “no católicos”), no de los paganos, a quienes se debía educar en la fe, para salvarlos, como en el caso de los indios.

Retomando el binomio extranjero-no católico, hemos de hacer notar que a pesar de cierta similitud en la sanción deóntica (la exclusión), sí existen diferencias sustanciales entre ambos conceptos, que tornan imposible su equiparación. En primera instancia, podía haber extranjeros que fueran católicos. Tal es caso de los genoveses o de los portugueses. Su condición de no naturales los privaba de una serie de derechos, sobre todo en materia de beneficios eclesiásticos y del paso a Indias, pero, en general, podían llevar

---

<sup>387</sup> Dumont, Jean, *La hora de Dios en el Nuevo Mundo*, trad. de María del Carmen Rubio Cárdenas, Madrid, Ediciones Encuentro, 1993, p. 23.

<sup>388</sup> “El cardenal Cayetano precisó aún más la clasificación, distinguiendo entre gentiles — como los judíos — que, de hecho estaban sometidos a los príncipes cristianos; otros — como los turcos y musulimes — algunos de los cuales eran vasallos de la Corona; y una 3a. categoría de paganos que ni de derecho ni de hecho estaban sujetos a príncipes cristianos. Se refería Cayetano a los habitantes de tierras donde nunca se supo el nombre cristiano. A estos últimos no se les podía privar de sus dominios, ni se les podía aplicar el «ius belli» medieval que se aplicaba a los fieles del Islam”. Martínez de Codes, Rosa María, “Evangelizar y gobernar: el derecho de patronato en Indias”, *Orbis incognitus: avisos y legajos del Nuevo Mundo. Homenaje al profesor Luis Navarro García* (coord. por Fernando Navarro Antolín), vol. 2, Huelva, 2007, p. 353.

una vida integrada plenamente a la sociedad castellana. Aunque también podía haber naturales no católicos; es decir, individuos que profesaban una fe distinta a la católica (*ius sanguinis*), pero que habían nacido dentro de Castilla (*ius soli*), como los mudéjares o los judíos,<sup>389</sup> quienes eran considerados, en última instancia, como herejes, y precisamente, dado este último carácter, es que no podían aspirar a ser titulares de los derechos propios de un natural. No podían llevar en modo alguno una vida integrada a la sociedad castellana, sobre todo tras el Edicto de Granada de 1492, que expulsó de los reinos ibéricos a los judíos y de los distintos decretos de expulsión de los moriscos, promulgados por Felipe III, a lo largo de los años 1609 a 1613. Al respecto, citaremos un párrafo del Quijote de Miguel de Cervantes, en el cual el morisco Ricote, antiguo vecino de Sancho Panza, expone su opinión acerca de dicha expulsión, que a su vez ilustra extraordinariamente bien la diferencia entre natural e infiel en la época moderna:

... me parece que fue inspiración divina la que movió a Su Majestad a poner en efecto tan gallarda resolución, no porque todo fuésemos culpados, que algunos había cristianos firmes y verdaderos, pero eran tan pocos, que no se podían oponer a los que no lo eran, y no era bien criar la sierpe en el seno, teniendo los enemigos dentro de casa. Finalmente, con justa razón fuimos castigados con la pena de destierro, blanda y suave al parecer de algunos, pero al nuestro la más terrible que se podía dar. Doquiera que estamos lloramos por España, que, en fin, nacimos en ella y es nuestra patria natural...<sup>390</sup>

El no católico era percibido como un enemigo en el contexto de una cristiandad que recientemente había enfrentado el Cisma de Occidente; representaba, pues, un peligro potencial para la unidad del reino castellano, ya europeo, ya indiano, siempre susceptible de ser eliminado, ya fuera expulsándolo, apresándolo o degradándolo a la esclavitud. La profesión de la religión católica era un requisito insuperable, aunque, desde luego, no el único, para la conformación de la personalidad jurídica en los albores de la

---

<sup>389</sup> "...los datos sobre la densidad de la población mora y judía radicada en Castilla a fines del siglo XV son contradictorios. Se calculan en unos quinientos mil los musulmanes que habitaban Castilla y que luego, con la toma de Granada, habían aumentado al millón... Los cálculos de la población judía en España antes de su expulsión en 1492, difieren mucho según la historiografía. Algunos lo cifran en un millón doscientos mil; otros llegan a apreciarlos en cinco millones". Friede, Juan, "Los estamentos sociales en España y su contribución en la emigración a América", *op. cit.*, pp. 13 y 14.

<sup>390</sup> Cervantes Saavedra, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, México, Edición del IV Centenario, Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, 2004, p. 963.

Edad Moderna. Derivado de esta situación, los esclavos católicos<sup>391</sup> gozaban de una suerte de protección estatal;<sup>392</sup> por ejemplo, en una ordenanza sin fechar podemos encontrar la siguiente disposición al respecto: “Primera-mente se encarga manda y ordena, que todos los señores de negros, tengan cuidado de hazer buen tratamiento á sus esclavos, teniendo consideracion que son próximos é cristianos...; pues por ley divina é humana, es pro-ybido á pena, que pierdan el tal esclavo para S. M., y veinte pesos para el denunciador”.<sup>393</sup> A guisa de otro ejemplo, en el curso del siglo XV, Portugal había logrado la posesión de una parte considerable de las costas de África, y su dominio había sido confirmado por la bula *Romanus Pontifex* del papa Nicolás V del 8 de enero de 1455, en la cual, considerando que aquellas tierras estaban habitadas por “sarracenos y paganos”, daba a la Corona portuguesa el derecho de invadirlos, conquistarlos, expugnarlos, debelarlos y sujetarlos, es decir, que podían esclavizarlos por infieles.

Ahora, recalquemos un matiz: el infiel, ya dijimos, es distinto del pagano. En efecto, los infieles fueron los enemigos declarados del cristianismo, *i. e.* los mahometanos<sup>394</sup> y los judíos; se llegó a sostener que carecían de toda personalidad jurídica (según la teoría de Enrique de Susa, obispo de Ostia, llamado el Hostiense), estaban perdidos y había que luchar contra ellos. Los pueblos paganos, en cambio, podían ser convertidos a través de la catequesis, que en última instancia se podía considerar como un acto de caridad cristiano; en definitiva, tenían alguna posibilidad de salvación. Así, los indígenas americanos poseían una especie de edad infantil de duración indeterminada, una incapacidad jurídica de ejercicio (aunque conservaban, al menos en teoría, una especie de capacidad de goce) en tanto se convertían a la fe cristiana y asentaban sus convicciones religiosas a lo largo del tiempo. De hecho, estuvieron excluidos de la jurisdicción del Tribunal de la Santa

---

<sup>391</sup> Para un estudio pormenorizado sobre la condición jurídica de los esclavos, consultar Lucena Salmoral, Manuel, *op. cit.*

<sup>392</sup> “Según las Partidas alfonsí, los esclavos eran considerados seres humanos y no bienes muebles lo que redundó, entre otras cosas, en la capacidad para intervenir en las instancias judiciales, ya sea pleiteando para obtener la libertad, acusando a sus amos por malos tratamientos o abusos sexuales, querellando por asuntos menores y hasta compareciendo como testigos.”. Molina, Fernanda, “Entre la doble vara y el privilegio. La administración de justicia frente al fenómeno de la sodomía masculina en el virreinato del Perú (siglos XVI-XVII)”, *Revista de Indias*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, vol. LXXIV, núm. 261, 2014, p. 368.

<sup>393</sup> Real Archivo de Indias, “Ordenanzas sobre el buen tratamiento que se debe dar á los negros para su conservación”, CODOIN-América, *op. cit.*, vol. XI, pp. 82 y 83.

<sup>394</sup> También denominados por la historiografía, con algunas precisiones, mudéjares, moros o sarracenos.

Inquisición dada su categoría de “cristianos recientes”.<sup>395</sup> No obstante, “se acepta la plena autoridad del Papa sobre ellos y su facultad de cederla a los príncipes cristianos”,<sup>396</sup> como de hecho ocurrió con la Corona de Castilla.<sup>397</sup>

Respecto a los esclavos, existió una política cambiante en cuanto a su tratamiento legal, debido a que su naturaleza fue secundaria, prácticamente irrelevante, frente a su condición de esclavitud.<sup>398</sup> Dentro del ámbito que nos ocupa, la profesión de la fe católica, para los esclavos extranjeros el énfasis se centró en la posibilidad de conversión hacia dicha fe. La política castellana fue cambiante, pero en general se fomentaba la conversión, incluso otorgándole la libertad a los esclavos que accedían a la misma; así, tenemos el caso narrado por Manuel Lucena, que sentó doctrina en la materia:

Se trata de una cédula real de 1680 (doc. núm. 402) que otorgó la libertad a los esclavos que llegaron a Trinidad procedentes de las colonias extranjeras antillanas en demanda de bautismo. El asunto lo había promovido un misionero capuchino de la provincia de Guayana llamado Fray Francisco de Sauste, que pidió al rey “declarar por libres a los negros que directamente vienen en busca del bautismo del poder de las facciones no sujetas a mi Corona, como son los que habitan en las islas de Barlovento, la Martinica, San Vicente y la Granada, sin entenderse a Curazao, ni las facciones de vasallos míos, y que así mismo se restituyan a su libertad a los que de este género se les ha quitado de ocho años a esta parte”. El monarca español accedió a la solicitud

<sup>395</sup> Este concepto que alude a una especie de fragilidad en la fe es, en definitiva, una de las fuentes, tanto del impedimento legal que existe para que los extranjeros pasen a Indias como para restringir la movilidad de los recién conversos, en función de las posibles influencias negativas que pudiesen recibir. Así, la ley III, libro VI, título XVIII de la Recopilación de 1680 dispone que a los chinos cristianos conversos en Filipinas no se les debía permitir volver a sus tierras, dado que la comunicación y vivienda entre gentiles podía hacerlos caer en apostasía.

<sup>396</sup> García-Gallo, Alfonso, “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, *cit.*, p. 163.

<sup>397</sup> En efecto, acudiendo nuevamente a las corrientes filosóficas de la época, tras la Junta de Burgos de 1512, en donde se discutió la legitimidad de la Corona de Castilla para legislar sobre los nuevos territorios, se resolvió que con base en las enseñanzas aristotélicas que legitimaban que los pueblos incapaces fueran gobernados por otros, los reyes de España tenían todo el derecho de dictar las normas que creyeran pertinentes para organizar las Indias y cristianizar a sus habitantes.

<sup>398</sup> “Pesaban largos siglos de vigencia de la *institución peculiar*, de esa forma de dominio de seres humanos sobre otros seres humanos, bendecida por el derecho de gentes y aun por la religión cristiana frente a la más cruel supresión física del enemigo. Siglos de presencia de la esclavitud ante todo en América, donde la condición jurídica del *indio*, sujeto en cualquier caso a la tutela y protección de sus dominadores, había sido posible a costa de *negros* sometidos a relaciones de propiedad”. Petit, Carlos, “Negros y mulatos. Españoles de ambos hemisferios”, [en línea], *Historia Constitucional. Revista electrónica de Historia Constitucional*, núm. 15, 2014, p. 156. Disponible en: <http://www.historiaconstitucional.com> [Consulta: 15 julio 2015].



mediante cédula de 29 de mayo de 1680, dirigida al Gobernador y Capitán General de la isla de Trinidad, autorizándole a liberar “todos aquellos negros que vinieron buscando la fe de cualquiera de las naciones extranjeras que ocupan territorios de ese Reino, con declaración y limitación que no se ha de entender con los negros que fueran esclavos de vasallo míos, ni con los que vinieran con licencia a beneficiarse a mis dominios”. Resultaba así que el Rey accedía a manumitir los esclavos de los dominios extranjeros que llegaban a los suyos en busca de bautismo, pero se negaba a liberar a sus propios esclavos bautizados y cristianos, así como a todos los que vinieran a trabajar en el futuro en sus reinos, usualmente bautizados al salir de Africa o al entrar en América. La contradicción se justificaba seguramente por el hecho de que tales esclavos estaban en manos de herejes y debían ser redimidos, mientras que los propios ya estaban gozando de los beneficios de la Fe, pero es difícil comprender por qué se les daba la libertad. ¿Quizá para incentivar una huida masiva de los esclavos de los herejes?<sup>399</sup>

Podemos concluir que, para el caso del no católico, la naturaleza que poseía en virtud de su lugar de nacimiento resultaba intrascendente, primaba su sangre no católica, y, por lo tanto, no era una persona jurídica con capacidades plenas, pero desde luego que tenía personalidad jurídica, al menos como centro de imputación; además, podía encontrarse bajo la protección del rey como súbdito (máxime si contribuía a la causa castellana mediante donaciones, préstamos y pago puntual de los impuestos, como habrían de constatar algunos banqueros protestantes flamencos), y en este sentido, hemos nuevamente de recordar que no era lo mismo ser natural que súbdito, lo que significa que la naturaleza en sentido restringido, como sinónimo de estirpe, se determinaba por el *ius sanguinis*, mientras que la vinculación con el territorio, el origen, derivaba del *ius soli*.<sup>400</sup>

Otro aspecto de este punto es la aplicación de leyes en función de la profesión católica del sujeto que actualizaba los supuestos normativos. Aquí, es necesario dejar muy claro el principio de territorialidad de las leyes. La política castellana de unificación de reinos implicó la emisión de normas aplicables a todos sus territorios, y a pesar de que aún no podemos hablar de una normatividad homogénea para toda la península ibérica en la época moderna, puesto que los reinos podían aplicar sus propias leyes y fueros,<sup>401</sup> lo cierto es que un mayor número de materias se vieran reguladas directa-

<sup>399</sup> Lucena Salmoral, Manuel, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

<sup>400</sup> Álvarez-Valdés, Manuel, *op. cit.*, p. 426.

<sup>401</sup> Al respecto, el maestro Galo Sánchez nos indica: “Al hablar de Derecho territorial —expresión que adoptaremos por análogo motivo, esto es, por no tener a mano otra más adecuada— designamos, dentro del derecho de una comarca o región que tiene su propio

mente por la Corona de Castilla. Por tal motivo, el no católico, bajo casi ningún supuesto era juzgado por las leyes de su credo; no estamos frente a un principio de derecho confesionario. Las leyes castellanas regían sobre los territorios sujetos a la Corona de Castilla, salvando las normas locales o forales que no entraran en conflicto con aquéllas. De esta manera, no aplica la teoría jurídica medieval, común a romanos y germanos tras la fundación de los reinos germánicos en las provincias del Imperio romano<sup>402</sup> (aplicada, según algunos autores —aunque no de forma general, ni carente de dificultades—, durante la época visigoda), de la “nacionalidad del derecho”,<sup>403</sup> o también llamado “principio de personalidad” o “de derecho de stirpe”, según el cual cada individuo se regía por el derecho de su pueblo, de su raza.<sup>404</sup> No tanto el no católico como el extranjero que habitaban los territorios castellanos estaban sujetos a su normativa, si bien su particular condición podía ser relevante a la hora de enfrentarse a la justicia real. En conclusión, el principio de personalidad del derecho se diferencia del de territorialidad en el sentido de que el primero aplica la norma según alguna calidad del individuo (en este caso, según su procedencia); en cambio, el principio de territorialidad dicta que una norma rige dentro de un ámbito espacial especificado en el propio cuerpo normativo, independientemente de la calidad de los individuos presentes dentro de dicho ámbito.

Filosóficamente, también existió un fundamento para hacer depender la personalidad de la profesión de la fe católica. La reconquista, las expulsiones, el descubrimiento de América crearon en la península ibérica un ambiente de renovación,<sup>405</sup> y es en este sentido que hay que relativizar la postura política que la Corona de Castilla adoptó frente al no católico y que

---

sistema de fuentes jurídicas, las normas generalmente aplicables en ella, por lo común en defecto de prescripciones locales.”. Sánchez, Galo, *op. cit.*, p. 261.

<sup>402</sup> “A rasgos muy generales podemos señalar que al ser Hispania parte del Imperio romano, el derecho de éste se aplicó en la península Ibérica hasta el siglo V d. C. A partir de ese momento veremos cómo se dio una simbiosis más o menos profunda entre el derecho romano vulgar y el derecho visigótico en menor medida, cuyo resultado fueron varias recopilaciones, como por ejemplo el *Código de Eurico*, el *Breviario de Alarico* y sobre todo el *Liber Iudiciorum*, al que ya nos hemos referido. Todos estos textos se caracterizaron por su aplicación general a todos los habitantes del reino visigodo sin distinción entre romanos y godos”. Soberanes Fernández, José Luis, *Historia del derecho mexicano, cit.*, pp. 41 y 42.

<sup>403</sup> El término es ciertamente equívoco en una época en que todavía no hay nacionalidades.

<sup>404</sup> 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. 169.

<sup>405</sup> “... después de 1492, año en el que con la caída de Granada terminó una reconquista de varios siglos y al mismo tiempo se descubría América, se pudieron desplegar nuevas ener-

propició una reflexión sobre el papel del individuo como elemento social y como parte de la cristiandad, reflexión que fue determinante para la evolución cultural e intelectual en España, y que influyó decisivamente en el desarrollo de la escolástica barroca. No olvidemos que a lo largo del siglo XV y durante la primera etapa del siglo XVII, la escolástica fue la doctrina de pensamiento más popular en Europa, pero en España alcanzó tal esplendor "...que el estudio de la escolástica de esa época puede reducirse al de la escolástica española, dado el número y calidad de sus representantes".<sup>406</sup> Pese a que "los autores españoles de la renovación tomista del Siglo de Oro vuelven a inclinarse a favor de la razón",<sup>407</sup> lo cierto es que aún se hace depender todo acto de la naturaleza humana de una ley natural que hallaba, como último fundamento, a Dios. Es en el Dios de los católicos donde se explican, en última instancia, los esfuerzos normativos de los seres humanos. El hecho de carecer de ese fundamento común, como consecuencia de

---

gías religiosas, culturales y de grandes empresas. Y eso se podía afirmar no sólo de los viajes de descubrimiento, las conquistas, el auge cultural general, etc., sino también de los adelantos intelectuales. También en este campo fue propio de los españoles un espíritu de conquista despreocupado y una conciencia misionera sin prejuicios raciales, por no haber quedado implicada la Península al principio directamente en la «disputa» monacal de la Reforma. Así, p. ej., Iñigo de Loyola (1491-1556) no relacionó su experiencia de resurgimiento sobre todo con el deseo de combatir el protestantismo. Al contrario, creía que en una aventura caballeresca tenía que fomentar en Tierra Santa la «mayor gloria de Dios». En España, además, con el cardenal y regente Francisco Jiménez de Cisneros (1436-1517), Pedro González de Mendoza (1428-1495) y el escolástico holandés, y posterior Papa de la Reforma, Adriano de Utrecht (1459-1523), descubrieron un sistema canónico que iba a tener para el futuro carácter de modelo europeo. Introdujeron reestructuraciones y reformas que hicieron de España un país de renovación católica. Finalmente, los reinos unificados en su «Siglo de oro», hasta el desastre de la Armada en 1588, produjeron teólogos y filósofos que iban a tener una gran importancia más allá del tiempo. Citemos aquí algunos nombres: el dominico Francisco de Vitoria (1485-1546) fue entre otros el fundador del nuevo derecho de gentes y precursor así del primer ilustrado holandés Hugo Grotius (1583-1645). Los seguidores de Vitoria en Salamanca fueron el teólogo conciliar Melchor Cano (1509-1560) y el confesor imperial Domingo Soto (1494-1566). En favor de los derechos humanos de los indios luchó enérgicamente por primera vez el obispo dominico Bartolomé de Las Casas (1474-1566). España fue, además, el país de origen de la orden de los jesuitas, a la que perteneció Pedro de Fonseca (1528-1599), el «Aristóteles portugués», Luis de Molina (1535-1600), el conocido defensor de la libertad humana en la controversia de la gracia, profesor en Coímbra, y, finalmente, el ya citado Francisco Suárez, que llegó a ser en cierta manera el «praeceptor totius christianitatis». Gerhard B., Winkler, "Factores históricos determinantes de la filosofía occidental moderna: del humanismo del Renacimiento mediterráneo a la Edad de la Razón y de la secularización (1492-1789)", *Filosofía cristiana en el pensamiento católico de los siglos XIX y XX*, t. I, Madrid, Ediciones Encuentro, 1993, pp. 48 y 49.

<sup>406</sup> Rodríguez Paniagua, José María, *op. cit.*, p. 101.

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 102.

la profesión de una fe distinta a la católica, traía como derivación lógico-jurídica la aplicación de la ley natural, que señalaba un valor moral distinto, quizá negativo, en la persona del no católico, lo cual justificaba el esfuerzo de conversión sobre el pagano y el desconocimiento de determinados derechos para el no católico.

La distinción entre el no católico y el extranjero no fue contundente desde un punto de vista sociológico, aunque sí podemos apreciar que el extranjero católico ocupaba un escalafón de reconocimiento social superior al del no católico; de entrada pertenecía a la misma comunidad universal católica. *A contrario sensu*, todo natural de los reinos castellanos debía profesar la fe católica, en virtud de que no se podría configurar el supuesto de naturaleza plena de territorios sujetos a la monarquía por excelencia católica en un individuo que profesara una fe distinta a la que debía difundirse y arraigarse a todo lo ancho y largo de las Indias.

En definitiva, de la nueva situación que tanto la carrera de Indias como la tarea de evangelización ofrecieron, nace la importancia de la legislación indiana, que, como dijimos en párrafos anteriores, propuso nuevos planteamientos al derecho castellano respecto de la naturaleza o nacionalidad, y, por lo tanto, de la extranjería, y de los derechos y obligaciones que se generaban dependiendo de su definición. Dichos planteamientos se trasladaron al derecho indiano, aunque no siempre con el carácter moderno que los tiempos hubieran requerido.