

Notas sobre la vigencia de los derechos indígenas y la doctrina indiana

Abelardo LEVAGGI
Universidad de Buenos Aires

1. OPINIONES DE LAS CASAS Y VITORIA. INFLUENCIA EN LA LEGISLACION

Desde los inicios de la conquista de América fueron numerosos los autores que se interesaron en describir las costumbres de los indios, incitados muchas veces por la Corona¹. En base a esas descripciones y otros

¹ Marcos JIMENEZ DE LA ESPADA reseñó las crónicas referentes al Perú en su carta al Conde de Toreno del 20-7-1879, en F. de SANTILLAN y otros: *Tres relaciones peruanas*, Asunción del Paraguay, 1950, 9-31. La corona impulsó y ordenó esas investigaciones. Los Capítulos de Gobernadores y Regidores del 12-7-1532 prescribieron «que vean la orden y manera de vivir, que en los mantenimientos y policía tienen los naturales indios en los pueblos que estuvieren debajo de su gobernación, y lo envíe al presidente y oidores, para que lo vean y con su parecer de lo que ordenaren, lo envíen al Consejo» (VASCO DE PUGA: *Provisiones, cédulas, instrucciones para el gobierno de la Nueva España*. Madrid, 1945, 54). La Real Cédula del 20-12-1553 incitó a las audiencias, en general, a informarse por medio de los indios viejos de cada provincia sobre los tributos que pagaban a sus antiguos señores, y sobre la autoridad de los caciques y sucesión de los cacicazgos, como «cosa que mucho importa y conviene al descargo de la conciencia de su majestad» (*Tres relaciones..., cit.*, 37-41). La Real Cédula a la Audiencia de Charcas del 23-9-1580, tras reconvenirla por no haber guardado los usos y costumbres de los indios, dispuso «que para que mejor se acierte, se os declare y advierta más en particular la orden que ello habéis de tener, y para hacerlo es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en tiempo de su gentilidad en todo el término del distrito de esa Audiencia, os mandamos, que luego que recibáis esta nuestra cédula, hagáis información de ello, muy en particular, la cual enviaréis al nuestro Consejo de las Indias, para que en él visto, se provea lo que convenga» (*Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía*, XVIII, Madrid, 1872, 528-529).

testimonios, teñidos generalmente de subjetividad, y a su experiencia personal, cuando la tuvieron, los teólogos se contaron entre los primeros en admitir la subsistencia y aplicabilidad de las leyes y costumbres por las cuales se habían gobernado los naturales en la gentilidad.

Como dice Alfonso García-Gallo, el cambio que se operó en el derecho indiano a partir de las doctrinas de Las Casas y Vitoria llevó a la conclusión —entre otras— que la organización y costumbres de los indios habían de respetarse en lo que no fuera contrario al derecho natural. Ese convencimiento indujo a magistrados y otros personajes a estudiar las leyes y costumbres indígenas².

Francisco de Vitoria hizo notar que un signo de que los indios no eran amentes, como algunos aseveraban, sino que a su modo tenían uso de razón, era que habían establecido sus cosas con cierto orden: ciudades, magistrados, señores, leyes, etcétera³.

Con mayor conocimiento de causa, y detenimiento, Bartolomé de Las Casas abordó la cuestión. Al ocuparse en su controversia con Ginés de Sepúlveda (1550-1551) —entre otros escritos— de las justas causas por las cuales se podía declarar una guerra, consideró la rudeza de ingenio y perversidad de costumbres como una de ellas, pero negó que fuera ese el estado de los indios porque si era cierto que tenían «algunas costumbres de gente no tan política» a la vez eran «gente gregátil y civil, que tienen casas y pueblos grandes y leyes y artes y señores y gobernación».

Fundado en el derecho divino sustentó la opinión, que no era nueva en él, y que compartió la doctrina oficial, que debían ser respetadas sus buenas costumbres y prohibidas las malas. «Nuestra ley cristiana y fe de Jesucristo —afirmó—, dondequiera y cuandoquiera que llega a los infieles, así como manda y sustenta y conserva las buenas leyes y buenas costumbres que halla entre ellos, así también prohíbe y no consiente, antes extirpa y desarraiga las malas, en especial todo aquello que es contra ley natural en perjuicio de los prójimos y también lo que prohíbe en los que la reciben la ley divina.»

Dando forma de proposición a este pensamiento escribió que «los reyes de Castilla son obligados de derecho divino a poner tal gobernación y regimiento en aquellas gentes naturales de las Indias conservadas sus justas leyes y buenas costumbres que tenían algunas y quitadas las malas que eran

² «La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII», 270-271, en A. GARCÍA GALLO: *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*. Madrid, 1987. Antes en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLIV, Madrid, 1974, 157-200.

³ Relección primera «De Indis», en F. DE VITORIA: *Derecho natural y de gentes*. Buenos Aires, 1946, 160.

no muchas y suplidos los defectos que tuvieran en su policía todo lo cual se quita y suple principalmente con la predicación y recepción de la fe que pospuesta y muy a la postre su propia utilidad real rentas y temporal interés aquellas gentes sean ayudadas y no impedidas en lo tocante a lo espiritual en su conversión y recibimiento de nuestra católica fe y en el ejercicio de los santos sacramentos de la Iglesia y también conservadas en sus derechos y justicia y sobre esto principalmente aumentadas y prosperadas en la vida corporal y en lo demás que a su bien temporal pertenece porque éste es el fin o la causa final porque a los reyes de Castilla y León, no teniendo antes nada en ellas, le fueron por la Iglesia concedidas».

Por aplicación de ese principio le suplicó al rey que no fueran estorbados los señores y caciques en el regimiento de sus pueblos y súbditos «según sus leyes y costumbres y maneras de gobernar no siendo contrarias a nuestra santa fe y contra las razonables y buenas costumbres, porque a cualquiera pueblo o gente o nación es dulce y amable su antigua manera de regimiento y gobernación»⁴.

Con ese espíritu los Capítulos de Gobernadores y Regidores de 1532 mandaron que «se guarde sus buenos usos y costumbres en lo que no fueren contra nuestra religión cristiana»⁵, y las Leyes Nuevas de 1542-1543, que los pleitos entre indios o con ellos se determinasen «guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos» (cap. 29)⁶.

Basados en esos antecedentes Carlos I, requerido por Juan Apobart, gobernador y cacique principal de las provincias de la Verapaz, y por otros caciques, vecinos y moradores de esas provincias, promulgó la Real Cédula del 6 de agosto de 1555, que aprobó y confirmó sus buenas leyes y costumbres, tanto antiguas como nuevas, sin perjuicio de lo que pudiera añadirles «no perjudicando a lo que vosotros tenéis hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros, que fuesen justos y buenos»⁷.

Por su parte, la Real Cédula de Felipe II a la Audiencia de Charcas, del 23 de septiembre de 1580 le advirtió que estaba informado, «que los indios naturales de esa provincia no son gobernados por las leyes y provi-

⁴ B. DE LAS CASAS: *Tratado de Indias y el Doctor Sepúlveda*. Caracas, 1962, 25, 58, 112-113 y 164. Ver: M. GONZALEZ DE SAN SEGUNDO: «El elemento indígena en la formación del derecho indiano», en *Revista de Historia del Derecho*, 11, Buenos Aires, 1983, 424-426.

⁵ VASCO DE PUGA: *Provisiones...*, 1945, 54.

⁶ Sobre la influencia de Las Casas en las Leyes Nuevas ver Lewis HANKE: *La lucha española por la justicia en la conquista de América*. Madrid, 1959, 165-170.

⁷ D. DE ENCINAS: *Cedulario indiano*, IV, Madrid, 1946, 355; M. J. DE AYALA: *Notas a la Recopilación de Indias*, II, Madrid, 1946, 11. Ver C. J. DIAZ REMENTERIA: «La costumbre indígena en el Perú hispánico», en *Anuario de Estudios Americanos*, XXXIII, Sevilla, 1976, 195-199.

siones nuestras sobre ello dadas, sino por las de estos reinos, siendo diversa la república y gobierno, de donde se sigue que les enseñan a pleitear, llevándoles sus haciendas y siendo causa de muchos perjuros en los negocios y de usurpar las haciendas ajenas con autoridad de justicia, y se les perverte su gobierno, quitándolos de la sujeción de sus caciques y curacas y señores naturales; y... como sabéis tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustas, y de no hacerse así, demás de seguirse tanto daño a los dichos indios, Nos, somos deservido»⁸. Fue una de las declaraciones reales más categóricas a favor de esas leyes.

La Recopilación de Indias determinaría, además, que los derechos indígenas no serían aplicados cuando se opusieran a las leyes de ese libro (II.i.4)⁹.

2. ALONSO DE ZORITA Y VASCO DE QUIROGA

Declarada por la Corona la vigencia de las buenas leyes y costumbres que tenían los naturales desde antes del descubrimiento, e incitadas las autoridades indianas a informarse de ellas, fueron varios los funcionarios y escritores que lo hicieron desde su punto de vista. Algunos llegaron a proponer la extensión de esas leyes y costumbres a los españoles afincados en América, y aun a los peninsulares¹⁰.

Un activo pesquisidor de las costumbres indígenas fue el oidor Alonso de Zorita, quien según propia confesión en las partes en que anduvo siempre procuró saber los usos y costumbres de los naturales. Estando en México se informó de religiosos doctos y antiguos de la tierra, y de indios antiguos y principales, de quienes se podía creer que dirían la verdad. Según esas fuentes redactó la «Breve y sumaria relación de los señores y maneras y diferencias que había de ellos en la Nueva España y en otras provincias, sus comarcas, y de sus leyes, usos y costumbres, y la forma que tenían en tri-

⁸ Colección..., cit. (n. 1), 528-529.

⁹ Expone los antecedentes de esta norma R. ZORRAQUIN BECU: «Los derechos indígenas», en *Revista de Historia del Derecho*, 14, 1986, 433-436. GONZALEZ DE SAN SEGUNDO: 1983 (n. 4), 434-437. El lugar que ocuparon en el orden de prelación de las fuentes aborda J. MANZANO MANZANO: «Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levenne*, 18. Buenos Aires, 1967, 65-71.

¹⁰ J. M. MARILUZ URQUIJO: «El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano», en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano, Actas y estudios*. Madrid, 1973, 105-109.

butar a sus vasallos en tiempo de su gentilidad, y la que después de conquistadas se ha tenido y tiene»¹¹.

Su parecer fue que vivían mejor antes con sus pocas leyes que después con abundancia de ellas. «Pocas leyes tenían en su tiempo, y tan pocas, que todas las sabían de coro, como se dice de los lacademonios y de los schytas; y no había quien las osare quebrantar. Y así eran bien gobernados, iban en aumento y vivían contentos y con sosiego.»

En cambio, «cuantas más leyes y provisiones van, tanto peor es para ellos, por los falsos y cavilosos entendimientos que les dan, trayéndolas por fuerza a su propósito. Cierto me parece que cuadra muy bien lo que un filósofo solía decir: que así como donde hay muchos médicos y medicinas, hay falta de salud, así donde hay muchas leyes, hay falta de justicia»¹².

Otro oidor de la Audiencia de México, el licenciado Vasco de Quiroga, dató el 24 de julio de 1535 un memorial que redactó sobre algunas provisiones del Consejo de Indias acerca de los naturales. Con ese motivo abordó el tema de los usos y costumbres.

Su conocimiento lo obtuvo —según explicó— «pues Dios permitió que yo por experiencia cierta lo viese y entendiese y supiese, no como privado, sino como juez en la audiencia de sus libertades que me está cometida por esta real audiencia, que hago cada día "simpliciter et de plano" entre estos indios naturales sobre sus libertades, donde concurren de muchas y diversas partes gentes muchas a pedir sus libertades y otras cosas, como quien sale y se escapa de una tan gran tiranía como era en la que hasta ahora (que se ha entendido la cosa) siempre estaban, donde están conmigo cuatro jueces de los mayores suyos que ellos entre sí tenían, para que vean lo que pasa e informen de sus costumbres, "et sciant reprobare malum et eligere bonum", y donde se les da razón de todo y de las tiranías y corrupciones de costumbres que tenían, y se les alaban las buenas, lo cual ellos todo reciben con mucha voluntad y gozo, y confiesan públicamente sus errores y corrigen mucho sus costumbres y huelgan de ser corregidos, y no solamente huelgan, pero aun lo tienen en gran merced y favor».

Al poner la atención en las malas costumbres, como la que permitía a los principales vender y comprar indios, se lamentó que «aunque los ídolos se les hayan quitado a muchos de ellos, pero de quitarles las costumbres malas que tenían, poco se ha curado, y así cuasi en todas se han quedado y temo que tarde las perderán si otra mejor orden y estado no se les da del que tienen».

Se manifestó de acuerdo con quienes decían que no se les podía quitar sus derechos, dominios y jurisdicciones, y sólo propuso «ordenárselo y con-

¹¹ Colección, II, 1864, 1-179.

¹² Idem, 118-119.

firmárselo, y trocárselo y conmutárselo todo en muy mejor sin comparación, lo cual todos, "nemine discrepante", tienen por lícito, justo santo y honesto y que no sólo se puede, pero aun se debe de obligación»¹³.

Quiroga no se planteó, desde el punto de vista teórico, el derecho de los indios a la conservación de sus usos y costumbres. Admitió sin análisis el juicio favorable de los teólogos y, por otro lado, tuvo por axiomática la necesidad de derogar aquellos que, según su valoración moral, eran malos, y de reemplazarlos por leyes saludables.

3. SANTILLAN, MATIENZO Y ONDEGARDO

En el Perú hizo una averiguación semejante el licenciado Fernando de Santillán, oidor en Lima y en Quito. Volcó el resultado de sus investigaciones en la «Relación del origen, descendencia, política y gobierno de los incas»¹⁴.

Señaló la superioridad de la situación de los indios en el tiempo de los incas respecto de la posterior «porque ningún cacique osaba hacer castigo en sus indios que no fuese con gran templanza y con justicia y razón evidente, porque tenía el inca tanta cuenta con esto, que ninguno osaba exceder; y aunque tenían jurisdicción los dichos caciques para imponer penas y castigar los indios, pero no habían de exceder en ello, porque lo pagaban también como los indios menudos; lo cual ahora es muy al contrario, porque como faltó el gobierno de los incas, cada cacique en su provincia se hizo inca, y se usurpó todo el poder que el inca tenía, no con la moderación y policía que usaba el inca, sino para enseñorearse en sus vicios y robos, y que los indios les estén tan sujetos, que no les osen hablar ni contradecir»¹⁵.

Juan de Matienzo y Polo de Ondegardo abordaron también la cuestión. El oidor de Charcas, Matienzo, en su *Gobierno del Perú*, escrito en 1567¹⁶, aconsejó prudencia en la reforma de las costumbres tanto de los naturales como de los españoles. Aconsejó al gobernante «que no entre de presto a

¹³ Idem, X, 1868, 349-350, 429 y 377. El fraile agustino J. ROMAN y ZAMORA, en su *Repúblicas de Indias. Idolatrías y gobierno en México y Perú antes de la Conquista* (1575), reprodujo las leyes de los indios de la Nueva España para que se viese «cuán bien gobernados andaban... y cuánto cuidado tenían de castigar los males, y desarraigar los vicios y malas costumbres» (I, Madrid, 1897, 280), y lo mismo los del Perú, cuyas leyes era «necesarísimas para su república y aun para otra cualquiera de los cristianos» (II, 48).

¹⁴ *Tres relaciones*, 1950, 33-131.

¹⁵ Idem, 74-75.

¹⁶ *Gobierno del Perú (1567)*. Edition et Etude préliminaire par Guillermo Lohman Villena. París-Lima, 1967.

mudar las costumbres y hacer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer muy bien las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y de los españoles que en ella habitan, que como es larga, son muy diversas las costumbres, como los temples, y el que está en Lima no puede saber lo que conviene al gobierno de la sierra, si no es por relación, porque es muy diverso del de los llanos. Hase primero de acomodar a las costumbres y naturaleza de los que quiere gobernar, y andar a su gusto, hasta que ganada con ellos la opinión y la fe, pueda con la autoridad que tiene, y estribando en ella, hacerles mudar costumbres, y que hagan lo que se les mandare».

Al mismo tiempo sentenció que «el buen gobernador no ha de imitar las costumbres del vulgo, ni seguir sus pisadas, sino verlas y entenderlas, para entender porqué vía le ha de atraer a lo bueno, porque al no entender aquellos con quien ha de vivir y tratar, es causa de no ser tenido por tal gobernador cual conviene»¹⁷.

Polo de Ondegardo se manifestó resueltamente en favor de la conservación de las leyes y costumbres prehispánicas en su «Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros». Escrita en 1571, le sirvió de base la experiencia que acumuló con motivo de «haber tratado tantas veces y en tan diferentes lugares de sus negocios y pleitos, y haber errado asimismo en la determinación de ellos a los principios como los demás jueces, y haber visitado su tierra antes y después que tuviese noticia»¹⁸.

Aun «dado caso que en alguna manera se les debiese poder otra (costumbre) en algunas cosas que pareciere no convenir a la buena policía, no había de ser tan presto ni sin entender la suya propia, que tantos años hace que se guarda entre ellos por ley inviolable, mayormente estando determinado por los teólogos la obligación que hay de guardar sus fueros y costumbres cuando no repugnasen al derecho natural, porque de otra manera y por la orden que se trata y ha tratado, no hay duda sino que a muchos se les quita el derecho adquirido, obligándolos a pasar por unas leyes que ni supieron ni entendieron ni vendrán en conocimiento de ellas de aquí a cien años»¹⁹.

Imputó una vez más a la mudanza de sus antiguas leyes la grandísima suma de pleitos que resultaron después que entraron debajo del dominio de la Corona castellana. Enorme dificultad tuvieron los jueces en su determinación —el argumento se repite— por falta de «cosa cierta por no saber qué costumbres (aplicar); y sucede otro daño muy peor, que pareciendo cosa de poca importancia sobre lo que litigan, acaece el juicio arbitrario y dividir

¹⁷ *Idem*, 201.

¹⁸ *Colección*, XVII, 1872, 5-177.

¹⁹ *Idem*, 7.

la cosa litigiosa»²⁰. Elocuente testimonio el de Ondegardo sobre el criterio caprichoso con que los jueces suplían su ignorancia del derecho indígena en los casos en que estaban obligados a aplicarlo.

4. OTROS AUTORES DEL SIGLO XVI: FALCON, VALERA, GARCILASO DE LA VEGA Y SARMIENTO DE GAMBOA

La misma posición respetuosa hacia las antiguas costumbres sustentó el licenciado Francisco Falcón en su severa «Representación de los daños y molestias que se hacen a los indios», hecha ante el Concilio limense de 1567 o el de 1582²¹.

A propósito de los españoles que hacían pacer sus ganados en los términos de los pueblos indígenas contra las leyes de Castilla y las de los propios naturales, que por la autoridad del inca tenían los pastos divididos entre sí y no podían pacer unos pueblos en los términos de los otros, comentó que «esto no era malo; y su majestad tiene proveído que a los indios se les guarden sus usos y costumbres en lo que no fueren conocidamente malos»²².

La «Relación de las costumbres antiguas de los naturales del Perú» atribuida al jesuita Blas Valera²³ indica que «si en alguna cosa fueron loables los peruanos, fue en las leyes que tuvieron y en el guardarlas». Muchas de las que tocaban a lo civil y moral se seguían guardando cuando escribió «porque vienen a cuento de los intereses de los que tienen el gobierno y el mando; y fuera bien que se guardasen todas, porque siquiera gozasen los naturales de las migajas que sobran a los advenedizos»²⁴.

Registró 24 leyes civiles y penales, la primera de ellas «que todos los sujetos al imperio de los incas hablen una misma lengua general, y ésta sea la quichua del Cuzco»; la segunda, «que en todos los pueblos haya de todos oficios y oficiales y maestros, y si esto no pudiera ser, que cada provincia tenga dentro de su territorio todo lo que hubieran menester los que habitan en ella»; y la tercera, «que para el tiempo de barbechar, sembrar, segar, guardar la mies, regar las tierras, así comunes como de particulares, nadie se excuse, sino que salga con su arado».

Apoyado en autores españoles como Cieza de León y Valera, no menos que en testimonios obtenidos de sus parientes maternos de la familia de los incas, Garcilaso de la Vega penetró en el mundo de las leyes de sus antepa-

²⁰ Idem, 56.

²¹ J. TEJEDA Y RAMIRO: *Colección de cánones y de todos los concilios de la Iglesia española*, V, Madrid, 1855, 488-503.

²² Idem, 490.

²³ *Tres relaciones*, 1950, 133-203.

²⁴ Idem, 181.

sados aborígenes. Por boca del más anciano de los parientes escribió que el padre Sol, viendo a los hombres como fieras y animales brutos, sin religión ni policía, tuvo lástima de ellos y les envió desde el cielo a un hijo y una hija suyos para que los adoctrinasen en el conocimiento de él y «para que les diesen preceptos y leyes en que viviesen como hombres en razón y urbanidad»²⁵.

De ahí en adelante todas las leyes que se dieron se las atribuyeron al primer inca, Manco Cápac, diciendo que «él las había ordenado todas, unas que había dejado hechas y puestas en uso y otras en dibujo, para que adelante sus descendientes las perfeccionasen a sus tiempos... Lo cierto es que ellos hicieron las leyes y ordenanzas que tuvieron, sacando unas de nuevo y reformando otras viejas y antiguas, según que los tiempos y las necesidades las pedían»²⁶.

En cuanto a la calidad de esas leyes expresó que, mirado su rigor, la forma cómo prodigaban la pena de muerte, se podría opinar que eran de bárbaros, mas «considerado bien el provecho que de aquel mismo rigor se le seguía a la república, se podrá decir que eran leyes de gente prudente que deseaba extirpar los males de su república, porque de ejecutarse la pena de la ley con tanta severidad y de amar los hombres naturalmente la vida y aborrecer la muerte, venían a aborrecer el delito que la causaba, y de aquí nacía que apenas se ofrecía en todo el año delito que castigar en todo el imperio del inca... Valía también mucho, para que aquellas leyes las guardasen con amor y respeto, que las tenían por divinas, porque, como en su vana creencia tenían a sus reyes por hijos del Sol y al Sol por su dios, tenían por mandamiento divino cualquiera común mandato del rey cuanto más las leyes particulares que hacía para el bien común»²⁷.

Con José de Acosta aseveró que tenían muchas cosas dignas de admiración en las que hacían ventaja a muchas repúblicas del Viejo Mundo, y que no era de maravillarse si con ellas se mezclaban yerros graves, pues también se hallaban en los más estirados de los legisladores y filósofos²⁸. Atribuyóles el deseo de guardar, por sobre todas las leyes, la ley natural²⁹ y —con palabras de Valera— refirió que el virrey Toledo «trocó, mudó y revocó muchas leyes y estatutos» de los que había establecido el inca Pachacútec, razón por la cual los indios, admirados de su poder, lo llamaron «segundo Pachacútec»³⁰.

²⁵ *Comentarios reales de los incas*, I, Buenos Aires, 1943, 41.

²⁶ *Idem*, 84.

²⁷ *Idem*, 93.

²⁸ *Idem*, 124.

²⁹ *Idem*, II, 31.

³⁰ *Idem*, 83.

Junto a estos pareceres benévolos hacia las leyes y costumbres indígenas hubo otros adversos, como el de Pedro Sarmiento de Gamboa, para quien «de sus tiránicas leyes y costumbres se entenderá el verdadero y santo título que vuestra majestad tiene especialmente a este reino y reinos del Perú, porque vuestra majestad y sus antepasados reyes santísimos impidieron sacrificar los hombres inocentes y comer carne humana, el maldito pecado nefando, y los concúbitos indiferentes con hermanas y madres, abominable uso de bestias, y las nefarias y malditas costumbres suyas»³¹.

5. LA CURVA DEL SIGLO XVII: PEÑA MONTENEGRO, TORQUEMADA, SOLORZANO. EL XVIII

Del mismo tenor que la opinión de Sarmiento de Gamboa fue la del obispo Alonso de la Peña Montenegro en destacar la brutalidad de las costumbres y vicios contra naturaleza de los indios, y el vivir «sin ley, sin Dios, sin gobierno ni policía, sin república, sin vergüenza, haraganes, mentirosos, infieles, ingratos, duros de ingenio y pertinaces en sus vicios, impíos, crueles, sin honra, como claman los autores que escriben nuestras Indias Occidentales»³². No tuvo en cuenta a los autores que decían lo contrario y, curiosamente, no invocó la autoridad que le daba su propia experiencia misionera.

De idas opuestas fue fray Juan de Torquemada, autor del tratado *Veinte y un libros rituales y monarquía indiana*, editado en 1612, en el cual analizó y valoró positivamente las leyes indígenas. Acerca de si los naturales habían tenido verdaderas leyes expuso, de acuerdo con Las Casas y Vitoria, que «vivían en sus pueblos, y ciudades, pacífica, y quietamente, conservando la vida social, y sus casas, y familias, criando los padres a sus hijos, y sustentando los maridos a sus mujeres, y ellas sirviendo en las cosas de su casa a sus maridos. De esta pacífica, y sosegada vivienda, se sigue creer, que tuvieron leyes, y no leyes como quiera, sino aquellas que son necesarias, para esta sosegada, y pacífica conservación, y príncipe, o príncipes, por cuyas manos recibieron las dichas leyes».

Pasando al tema de la forma de esas leyes afirmó con agudeza que «sean escritas, o no, aunque es muy bueno, que lo sean, no importa, que basta usar de ellas por costumbre, pues es la que también hace ley. Y Licurgo... no las dio a los lacedemonios, y espartanos escritas, sino vocales, y de memoria, para que mejor las imprimiesen en sus corazones, tratadas

³¹ *Historia de los incas*. Buenos Aires, 1942, 32.

³² *Itinerario para párrocos de indios*. Reproducción facsimilar de la edición de 1771. Guayaquil, 1985, 408.

como costumbre; porque sentía ser esto más provechoso a la felicidad, y conservación de la república... También la ley natural no se dio por escrito, aunque fue común a todo el linaje humano... De manera, que aunque haya quien diga, que estos indios no sabían escribir, y que por consiguiente manera, sus leyes no eran escritas, ni tampoco guardadas, pues no había códigos de ellas; no es razón, que concluye, pues basta tenerlas por costumbre, y de memoria, que es el fin para que se escriben, porque sabidas se guarden; cuanto, y más, que por los caracteres, con que se entendían, pudieron estar pintadas, y esta es escritura»³³.

Juan de Solórzano y Pereyra, en su *Política indiana*, fuera de mencionar prácticas reprobadas por contrarias a los derechos divino y natural sólo se ocupó indirectamente de la vigencia de las leyes indígenas, sin prestarle atención especial.

Por una parte, justificó la imposición a los indios del idioma y costumbres de los castellanos con el ejemplo de los romanos, «así para mostrar en esto el derecho de su dominio, y superioridad, como para tenerlos más conformes, y unidos en sus gobiernos»³⁴, y, por la otra, recordó el intento de conservarles sus costumbres y gobiernos antiguos, y el propósito de que se fueran haciendo políticos a medida que lo permitiese su capacidad, a raíz de la disposición real sobre que continuasen los oficios y ministerios de los caciques, y su modo de sucesión³⁵.

La inclusión en la Recopilación de Indias de la Real Cédula de 1555 pudo ser un motivo renovado para que los tratadistas fijasen su atención en los derechos indígenas. Sin embargo, no fue así. El interés manifestado en el siglo XVI y principios del XVII fue desapareciendo en la misma proporción en que crecieron el derecho indiano y el mestizaje jurídico³⁶. Vimos cómo Solórzano le restó importancia frente al derecho propiamente indiano. Los comentaristas de la Recopilación ignoraron, generalmente, la Ley II.i.4 y concordantes.

No fue el caso, empero, de Manuel José de Ayala, aunque no agregó en sus *Notas* un apéndice de doctrina a la cuestión. Sugestivamente, se redujo a citar autores del siglo XVI y comienzos del XVII, como Francisco

³³ *Segunda parte de los veinte y un libros rituales y monarquía indiana*. Madrid, 1723, 314.

³⁴ *Política indiana*, I, Madrid, 1972, 401.

³⁵ *Idem*, 408.

³⁶ Un ejemplo elocuente de mestizaje es el que estudió C. J. DIAZ REMENTERIA: *El cacique en el Virreinato del Perú. Estudio histórico-jurídico*. Sevilla, 1977, 159-171. ZORRAQUIN BECU, 1986, 448-449, señala que después de la Recopilación, «que revitalizó anacrónicamente (?) los antiguos derechos indígenas, éstos dejaron de ser recordados por el legislador».

Antonio de Fuentes y Guzmán, Antonio de Herrera, Torquemada, Zorita, Pedro Fernández del Pulgar y Gerónimo Román³⁷.

6. CONCLUSIONES

a) En el siglo XVI, como consecuencia de la impresión que produjo en los españoles el contacto con los indios, del amplio debate que se desarrolló en torno a su capacidad y al buen trato que merecían, y de la incitación de los reyes, los autores se sintieron motivados para estudiar la racionalidad y justicia de sus leyes y costumbres, y su observancia una vez incorporados a la Corona castellana.

b) El juicio de los autores difirió, según era su fuente de información y los preconceptos que tenían. Osciló entre la condena global de dichos ordenamientos, y el reconocimiento de su conformidad con el derecho natural y hasta su superioridad con algunos del Viejo Mundo.

c) Para muchos autores era conveniente mantener la vigencia de las antiguas leyes y costumbres indígenas, y modificarlas sólo lentamente. Tal opinión se fundaba en la experiencia negativa adquirida en las primeras décadas de la conquista, cuando los indios perdieron el buen orden en que había vivido sin poderlo reemplazar por otro igual o mejor, y se vieron envueltos en gran cantidad de pleitos por esa causa.

d) Tras ese momento de desorientación se hizo un esfuerzo por rescatar y hacer respetar aquellas normas con la sola excepción de las opuestas a los derechos divino y natural, y, desde luego la Recopilación de 1680, también de las opuestas a las leyes recopiladas.

e) Testimoniaron los autores la vigencia de los derechos indígenas, aplicados a veces por los propios jueces españoles. Unas veces éstos los sometieron a modificaciones involuntarias, derivadas de su desconocimiento, y otras lo hicieron deliberadamente por considerarlos manifiestamente injustos.

³⁷ Véase la nota 7, 10-11. La ausencia del tema en las obras de doctrina posteriores sólo demuestra la nueva actitud de sus autores ante esos derechos. El dato no permite, siguiendo un razonamiento lógico, inferir consecuencias en orden a su vigencia. El que las leyes de Indias y los escritores ya no se ocuparan de ellos carecía de significado y no era obstáculo para que los indios continuasen viviendo conforme a sus normas. Es un hecho evidente, comprobable hasta en la actualidad, que los derechos indígenas no desaparecieron sino que subsistieron modificados como consecuencia del contacto con otras culturas: con la española pero también con otras culturas aborígenes. No son convincentes, por lo tanto, las conclusiones a las que llega ZORRAQUIN BECU, 1986, 444-451, acerca de la supuesta «caducidad del derecho indígena».

f) Desde mediados del siglo XVII decayó el interés de la doctrina en esos derechos. El indiano acaparó su atención en forma casi exclusiva. No debe inferirse de este hecho —sin embargo— que aquéllos perdieran vigencia. El único dato cierto es que su análisis dejó de atraer la curiosidad o la atención de los autores. Quizá eso se debió a la creencia en que el derecho indiano había receptado ya cuanto de indígena era digno de recepción.