

# *NOTAS SOBRE LA INSERCIÓN DE ELEMENTOS PREHISPANICOS EN EL DERECHO INDIANO (\*)*

*MIGUEL ANGEL GONZALEZ DE SAN SEGUNDO*

## *I. LA INTEGRACION DE LOS DERECHOS INDIGENAS PREHISPANICOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO INDIANO*

La integración de algunos elementos de los Derechos indígenas prehispánicos en el ordenamiento jurídico indiano no obedece en principio, a mi juicio, a la realización de un plan preconcebido de respetar la organización existente en el Nuevo Mundo a la llegada de los españoles, sino que esa integración, cuando se produce inicialmente, viene determinada —entre otras circunstancias— por razones de índole práctica. De conformidad con los primeros planteamientos teóricos, sería el Derecho castellano el único que habría de regir en las Indias, toda vez que la incorporación de éstas a la Corona de Castilla (con arreglo a los principios y las doctrinas jurídicas de su tiempo) no se lleva a cabo en forma principal, sino que se realiza en forma accesoria.

El ordenamiento jurídico castellano, sin embargo, se revela en seguida como inadecuado o insuficiente para regular ciertas situaciones y relaciones que se dan en el Nuevo Mundo, en donde conviven dos comunidades o “repúblicas” distintas. Y ante la imposibilidad de aplicar en todo caso el Derecho de Castilla a las comunidades aborígenes, se hace necesaria la búsqueda y la subsiguiente puesta en práctica de alguna solución jurídica que resulte satisfactoria.

Al plantearse entonces la cuestión de cuáles podrían o deberían ser las normas de convivencia más apropiadas y convenientes para esos nuevos súbditos de los Reyes de Castilla, entre controversias y dificultades mayores o menores se llega a estimar que ha de tratarse de las mismas que los indígenas tenían en la época prehispánica, en atención a su grado de desarrollo y otras consideraciones. Esa apreciación se traduce inmediatamente en el reconocimiento de que de-

---

(\*) Síntesis ofrecida por el autor a sus alumnos de Doctorado del curso 1982/1983.

ben respetarse los ordenamientos jurídicos tradicionales de los indios, puesto que, además, ninguna razón justifica suficientemente que se supriman, y con la sola limitación de que no se opongan a la religión y a la moral cristianas.

Los argumentos decisivos en favor de la supervivencia —o, en su caso, el restablecimiento— de los Derechos indígenas proceden tanto de los teólogos (entre ellos, Las Casas y otros religiosos) como de los juristas (Matienzo, Ondegardo), y también de algunos gobernantes hispano-indianos (como el Virrey Antonio de Mendoza, por ejemplo).

Tras de una larga serie de manifestaciones aisladas y parciales de reconocimiento de la vigencia de los ordenamientos jurídicos autóctonos en ciertos casos, y que se producen sobre todo en el siglo XVI, el criterio definitivo se formula en la Recopilación de 1680. Aceptada así la validez de aquellos Derechos, su persistencia queda limitada, tan sólo, por el respeto y el acatamiento debidos a los principios del orden natural y cristiano, así como, en fin, por la supremacía de la ley.

Constituido el Derecho indiano por diversos elementos, la propia dualidad de comunidades existente en el Nuevo Mundo a estos efectos determina que, en principio, puedan considerarse separadamente en el orden teórico un Derecho de los españoles y un Derecho de los indígenas, de vigencia y alcance diferentes. El primero resulta aplicable, en general, a las dos comunidades o “repúblicas”; mientras que el segundo se aplica tan sólo, en ciertos aspectos y con las limitaciones enunciadas ya, a los aborígenes.

## II. LA PERVIVENCIA DE LA ORGANIZACION SEÑORIAL ABORIGEN DURANTE EL PERIODO HISPANICO

En la organización de las comunidades aborígenes había desempeñado un papel muy importante la institución para la cual se ha generalizado la denominación de cacicazgo, es decir: el señorío indígena prehispánico. La cuestión de su persistencia durante la etapa española del Nuevo Mundo atraviesa una serie de fases y vicisitudes diversas, cuyo resultado final es positivo en el sentido de que se admite y se reconoce la existencia de esa estructura señorial aborígen o autóctona; a partir del respeto a su contenido tradicional, el legislador español e hispano-indiano dicta normas complementarias encaminadas a su regulación.

Esta materia del mantenimiento o la supresión de los cacicazgos de origen prehispánico se halla estrechamente relacionada con cuestiones tan trascendentales —y debatidas tan vivamente y tan pronto en las Indias— como la de la libertad de los indígenas y la de su capacidad para la vida libre. Ello no quiere decir, en suma, sino que la cuestión de la pervivencia del cacicazgo pasa también (y de manera muy señalada, por cierto) por las decisiones que se adoptan respecto de la cuestión de las controvertidas encomiendas.

De este modo, cuando en un primer momento se considera que los nativos son incapaces para vivir en libertad y organizarse por sí mismos —y, en consecuencia, se les encomienda a los españoles—, los cacicazgos o señoríos prehispánicos se dispersan, se desintegran y corren el riesgo de desaparecer.

Se va aún más lejos, y se llega, incluso, a suprimir el dictado de “Señor” o “Señor natural” que a veces se aplicaba a los Caciques y demás Principales de los indios. Y, entonces, el mantenimiento del cacicazgo se muestra incompatible también con el incipiente régimen señorial, al modo castellano, que se desarrolla levemente en las Indias.

Pero más adelante, de forma paulatina y por medio de una serie de medidas oportunas (a cuya adopción no son, ni mucho menos, ajenos los religiosos, constituidos en defensores de los derechos de la población aborígen), se produce, sin embargo, el restablecimiento total de la estructura señorial indígena.

Se vuelve a admitir que los Caciques y Principales de los indios se titulen otra vez “Señores”. Los procesos o causas de privación de cacicazgos, en aras de una mayor seguridad jurídica, pasan a ser competencia exclusiva de las Audiencias. Se ordena restituir sus señoríos a los Caciques desposeídos injustamente. Se reconstituyen los cacicazgos desmembrados y dispersos.

Se opera, en suma, y con efectos prácticos inmediatos y evidentes, el reconocimiento de los Derechos indígenas prehispánicos, así como su inserción en el ordenamiento jurídico indiano en cuanto que son uno de los elementos constitutivos del mismo.

### III. *LA PERVIVENCIA DE ALGUNOS SERVICIOS PERSONALES DE ORIGEN PREHISPANICO*

Todo estudio acerca de la organización del trabajo indígena durante la etapa española del Nuevo Mundo lleva aparejada, forzosamente, la necesidad de ocuparse de los llamados servicios personales de los indios.

De estos servicios personales, tanto su propia existencia como la forma en que se organiza su prestación (la “mita” o turno, la participación de los caciques en el sorteo de los indios “mitayos”, etcétera) constituyen ya por sí mismos una pervivencia prehispánica evidente. “No han sido los españoles los que lo inventaron, sino que es cosa tan antigua en esta república que no hay memoria de ello en contrario”, escribe expresivamente, en 1537, el Virrey novohispano Antonio de Mendoza.

Pero al tratarse de una materia no sólo muy extensa, sino también en parte suficientemente conocida, me limito aquí a referirme a tres manifestaciones concretas de esos servicios personales, relacionados con los transportes y las comunicaciones, y preferentemente a lo largo del siglo XVI.

El servicio de los "chasquis" o correos indígenas a pie, organizado y existente tanto en el Perú como en el México prehispánicos, desaparece en la Nueva España y se mantiene en el Virreinato peruano.

Su desaparición en México parece debida no sólo a la oposición de los religiosos (contrarios, en general, a la existencia tanto de ésta como de cualquier otra carga que recayese sobre los indígenas también en el Perú), sino, más bien, a las condiciones más favorables de aquel país para la introducción allí de los correos a caballo, al modo castellano. En el Perú, en cambio, este servicio subsiste, si bien por lo general no con carácter permanente sino excepcional, por razones de seguridad y de defensa.

Nunca falta, sin embargo, la opinión de que deben mantenerse en todo momento; lo piensa así Matienzo, por ejemplo.

Restablecidos los "chasquis" por el Virrey Francisco de Toledo, apoyado siempre en el precedente prehispánico, hay algunos intentos posteriores de conseguir su supresión porque, al parecer, no se retribuye este servicio a quines lo prestan. En su momento se responde con la decisión de que se les pague debidamente; pero el obstáculo mayor no es éste, sino el gran número de indios que son necesarios.

Más adelante fracasa el intento de sustituir definitivamente a los "chasquis" por correos españoles, ya en los primeros años del siglo XVII. Su persistencia final se comprueba, al cabo, porque dos leyes de la Recopilación de 1680 regulan el pago de este servicio de origen prehispánico.

Por otro lado, el servicio de los "tamemes" o indios de carga (llamados "apires" en el Perú, según escribe Solórzano) procede también de la época prehispánica y se comienza a utilizar en seguida por los españoles, impuesto por circunstancias tales como la ausencia o la escasez de animales de tiro y de carga útiles para el transporte, y el mal estado de conservación o la inexistencia de caminos y puentes.

La prestación de este servicio a lo largo del período analizado es objeto de una larga serie de disposiciones encaminadas a su regulación, ya permitiéndolo, limitándolo o prohibiéndolo alternativamente.

Desaconsejada en la práctica la supresión radical de este servicio, por cuanto vendría a significar la paralización del comercio y de otras actividades imprescindibles, su persistencia determinaría la aparición de una importante serie de medidas normativas tendentes a la protección de los indígenas (fijación de salarios, jornada de trabajo, límites en el peso de la carga transportada), así como el incremento de la importación de animales de tiro y carga, el fomento en las Indias de una ganadería adecuada y, en fin, el trazado y la construcción de caminos y puentes.

Finalmente, el servicio de los “tambos” o mesones y ventas de los caminos en el Perú, igualmente de procedencia prehispánica, subsiste también por razones prácticas (distancias enormes, centros de población poco numerosos en los primeros tiempos, etcétera).

La política legislativa de las autoridades españolas, tanto centrales o metropolitanas como indianas, se dirige aquí una vez más a conseguir en este orden de cosas el buen tratamiento de los naturales que hubieran de prestar este servicio de origen prehispánico, así como a impedir los posibles abusos. Buen ejemplo de ello lo constituye, en fin, la ley 5,2,18 de la Recopilación de 1680.

#### IV. *LA PERVIVENCIA DE ELEMENTOS AUTOCTONOS EN LA CONFIGURACION DEL TRIBUTO INDIGENA*

La organización de la Hacienda indiana recibe inicialmente, a mi juicio, una cierta influencia aborígen, puesto que aprovecha y utiliza algunos elementos organizadores de procedencia prehispánica, tanto en relación con el importante capítulo de los ingresos como en orden a las actividades recaudatorias.

En efecto, el tributo indígena procede —en medida no desdeñable— de los sistemas prehispánicos; y la influencia de lo aborígen en la organización financiera de las Indias hace que se mantengan —por ejemplo— ciertas formas de reparto y de cobro de los tributos que tienen la misma procedencia. Precisamente en esa continuidad, siquiera parcial, de antiguas estructuras nativas es donde reside, en parte, la originalidad del sistema financiero indiano, y donde se encuentran algunas de las notas que lo identifican y caracterizan respecto del sistema castellano.

Una vez establecido el tributo indígena, su atribución a los Monarcas españoles se basa tanto en la idea de que son los sucesores legítimos de los Reyes y Señores antiguos de los nativos como en la noción de que, por lo mismo, han pasado a ser Soberanos de aquellas comunidades.

En orden al mantenimiento de la organización tributaria prehispánica, sin embargo, parece que ésta únicamente había existido como tal entre los mexicanos y los peruanos (o bien en los pueblos azteca e incaico, si se prefiere), dado su desarrollo más avanzado. Con todo, se intenta inicialmente basar la tributación indígena no sólo en criterios de moderación y justicia, sino también en los propios sistemas impositivos anteriores, en los cuales se quiere encontrar el camino que deba seguirse.

Consecuencia inmediata y muy importante de ese propósito es la de que se trata de averiguar aquella organización antigua, para establecer una tributación igual o equivalente, e incluso menor.

No obstante, esta política de pervivencia llega a ser inviable, al menos par-

cialmente, de tal manera que se puede hablar de su fracaso relativo. Por una parte, la realidad cotidiana muestra la imposibilidad de basar el régimen tributario de los indígenas en los sistemas prehispánicos; por otra parte, en la práctica no siempre se tiene en cuenta, de hecho, el orden antiguo o tradicional que teóricamente se dice querer respetar.

En el primer supuesto, porque los sistemas prehispánicos que pueden conocerse parecen ser injustos unas veces, e inadecuados o insuficientes otras, y también porque no es posible averiguar y reconstruir los sistemas del pasado que se consideran convenientes y justos. En el segundo supuesto, porque en los tiempos iniciales, de desconcierto, los indios son compelidos con frecuencia a pagar más que en la época prehispánica, y no se respeta —a pesar de los mandatos regios y de los reiterados intentos de ejecutarlos— su orden tributario antiguo.

Con todo, pueden observarse algunas manifestaciones muy concretas de pervivencia. Así, por ejemplo, en cuanto a los contribuyentes o tributarios parece que sí se tiene en cuenta la ordenación prehispánica para determinar quiénes son los obligados al pago del tributo. Pero no sucede lo mismo en la determinación de la edad correspondiente.

En materia de exención tributaria sí cabe apreciar, desde luego, rasgos o huellas de la organización precedente, tales como la exención que beneficia a los caciques y demás indios principales, así como a ciertos miembros de sus familias, entre otros que tienen acceso a esa situación privilegiada, por cierto, porque se respeta la estructura señorial y buena parte de la sociedad estamental aborigen. E igualmente sucede, a este respecto, acerca de las situaciones tributarias que cabría denominar intermedias o especiales.

En cuanto a la forma del tributo, que es *in capite*, se produce algún intento de que deje de ser personal y se configure como real, basándose en la costumbre autóctona; pero no prospera. Habría sido una posible pervivencia, que se resuelve negativamente en este caso.

En orden a la recaudación del tributo (tasación, repartimiento y cobro, aunque apenas nada en la primera fase), intervienen habitualmente distintas autoridades nativas, algunas de origen prehispánico, aun cuando el proceso recaudatorio no queda nunca confiado totalmente a manos indígenas.

Finalmente, por lo que se refiere al tributo pagado por los indios comunes a sus caciques, es claro que constituye ya por sí mismo (sin que resulte necesario hacer aquí otras precisiones) una pervivencia prehispánica evidente.

## V. LA PERVIVENCIA DE ELEMENTOS AUTOCTONOS EN LA ORDENACION DE LOS PLEITOS DE INDIOS

El criterio de que los litigios en los que sean parte los indígenas se sustan-

cien y se despachen con mucha brevedad, sumariamente, y con arreglo a los usos y costumbres prehispánicos que no sean injustos, suele recogerse en todos los estudios sobre esta materia, en cuanto que se trata de un dato contenido en la Recopilación de 1680. Pero el carácter sumario del proceso y el respeto a los ordenamientos jurídicos autóctonos se apuntan ya en 1514, se desarrollan en 1542, y se confirman y se amplían en 1550 por medio de una disposición de alcance general.

A todas esas normas, dictadas en la metrópoli, han seguido en el Nuevo Mundo, para su ejecución y puesta en práctica, otra serie importante de preceptos pertenecientes al llamado Derecho indiano criollo.

Cuestión aparte es la de determinar si las prescripciones relativas a esta materia de la ordenación de los pleitos de indios se observan de hecho, o no, en la práctica cotidiana. Se ha podido comprobar, por ejemplo, que a mediados del siglo XVI actúan en El Cuzco algunos jueces indígenas, y también que, tanto en Perú como en México, se respeta y se observa la costumbre prehispánica o aborígen en determinados aspectos de carácter jurídico-formal, como la prestación de juramento por los nativos.

Por otro lado, el respeto a los Derechos indígenas o autóctonos en este orden de cosas se concibe por el legislador español como una medida conducente a la abreviación, y a la evitación incluso, de los pleitos de indios. Con frecuencia no se cumplen, sin embargo, las disposiciones encaminadas a conseguir ese objetivo, porque hay determinadas personas (relatores, abogados, procuradores) que están interesadas profesionalmente en la proliferación de estos litigios.

Pero no es ésta, ni mucho menos, la causa única de ese incumplimiento (sea siquiera parcial); sino que en la práctica, muchas veces, no se respetan en esta materia los ordenamientos indígenas a causa de que, sencillamente, no se conocen por los llamados a respetarlos.

Esta circunstancia, a su vez, determina que se insista de nuevo en la necesidad de averiguar cuáles fueran los usos prehispánicos. Con ocasión de las informaciones o los procesos de averiguación que se llevan a cabo subsiguientemente se pone de manifiesto, por ejemplo, que en la segunda mitad del siglo XVI los pleitos entre indios son más numerosos en el Perú que en la Nueva España, así como también se dice que la labor de los protectores de indios en favor de éstos es mínima.

El examen atento de los preceptos que contiene la Recopilación de 1680, por último, revela la gran coherencia interna de este cuerpo normativo en relación con la materia analizada aquí muy brevemente.

En efecto, la Recopilación configura un sistema muy homogéneo que dispensa a la población aborígen de las Indias españolas, en orden a sus pleitos, una protección especial en la que se comprende no sólo el respeto a los Derechos

prehispánicos y el carácter sumario del proceso, sino también un régimen económico privilegiado y la intervención de los Fiscales en favor de los indígenas.

Y todo ello, en fin, sin olvidar, desde luego, que —entre los diversos cauces de la Administración de Justicia— los pleitos de indios se sustancian también, en una parte muy estimable, ante los propios órganos judiciales indígenas.