

DERECHOS INDÍGENAS RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS

1. Derechos Indígenas: (Levaggi § 57)

I. Concepto y ubicación cronológica.

Debemos precisar que nos referiremos a los Derechos indígenas como elemento “endógeno” del Derecho Indiano, específicamente y no a los existentes anteriormente a la dominación española, como un sistema prehispánico, pues estaríamos ya saliendo del campo de la historia para adentrarnos en la etnografía y la antropología. Aunque la presencia de elementos jurídicos de procedencia indígena ya se da en los años finales del siglo XV, en algunos casos, y todavía a partir del siglo XVII en otros, la inserción de los derechos indígenas en el Derecho Indiano es un fenómeno que debe situarse, sobre todo, en el siglo XVI.¹

Cuando hablamos de “Derechos indígenas”, lo hacemos en plural, y no en el singular “Derecho indígena”, porque las culturas aborígenes que poblaban el Nuevo Mundo fueron múltiples, y tuvieron distintos grados de civilización y costumbres, aunque a menudo el legislador español, por desconocimiento de la realidad, tendió a considerarlas como costumbres generales. Fue, por otra parte, un Derecho de costumbres o un Derecho impuesto, legal, pero –en apariencia- no escrito, como sucedía, por ejemplo, en el Imperio de los Incas.

II. La doctrina.

Los primeros en emprender la acción en favor de los indios, fueron los teólogos Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, que movió a la Corona a tomar en cuenta sus costumbres. Las Casas reclamó para los naturales un orden cristiano, asentando justas leyes y fueros y buenas costumbres donde faltase, y aprobando y declarando y confirmando las que, justas y razonables, tuviesen, y vituperando y prohibiendo las irracionales y malas, y todo lo demás que concierne la justa y legítima gobernación.

Clérigos y juristas, tal el caso de como Vasco de Quiroga –oidor de la Audiencia de México y obispo de Michoacán-, el oidor Alonso de Zorita, un activo pesquisador de las costumbres indígenas; Juan de Matienzo –oidor de la Real Audiencia de Charcas y autor de “Gobierno del Perú”- y Polo de Ondegardo –corregidor del Cuzco- en sus relaciones, se compenetraron, cada vez más, de la necesidad de respetar las costumbres de los aborígenes, y de no hacer nuevas leyes hasta conocer bien su idiosincrasia. Por otro lado, lamentaron que se las hubieran quitado, sin haberles dado nuevas leyes, porque en ese momento vivían sin un orden ni el otro.

III. La legislación.

Por esta razón, Carlos I (1555), con relación a los indios de la Verapaz, en Centroamérica, aprobó y tuvo por buenas las buenas leyes y buenas costumbres que tenían antiguamente para su gobierno, y las que hicieron y ordenaron de nuevo, con la reserva de añadirles lo que le pareciese conveniente. Esta declaración supuso un reconocimiento global del Derecho indígena, la sujeción al principio de la personalidad del Derecho (§ 92). Salvo la religión, el Derecho natural y la jurisdicción del rey, el criterio fue el de respetar las “buenas leyes y buenas costumbres” indígenas. El soberano se reservó el derecho de hacerles añadidos, pero no de derogarlas. Podríamos decir que aquí se produce su reconocimiento por el derecho positivo.

¹ González San Segundo, Miguel Ángel. El elemento indígena en la formación del Derecho Indiano, pág 408. RHD n° 11. Buenos Aires, 1983.

La Recopilación de 1680 fijó el criterio definitivo y general en el asunto. Además de mandar a las autoridades que “reconozcan con particular atención” el orden y forma de vivir de los indios, dispuso que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro señor y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos. De conformidad con esta ley, la vigencia del Derecho indígena quedó subordinada a la religión cristiana, al Derecho natural, a la jurisdicción del rey y, además, a las leyes de la Recopilación.

IV. Las instituciones subsistentes.

El nuevo criterio fue, decididamente, de subordinación del Derecho indígena al Derecho indiano. Por oponerse a alguna de dichas premisas, fueron expresamente abolidas costumbres tales como la poligamia, la antropofagia ritual, la esclavitud de indios por sus caciques, y la muerte de indios para ser enterrados junto con los caciques difuntos. Entre las costumbres que subsistieron, a veces modificadas por el Derecho indiano, figuraron el cacicazgo (gobierno del señor indígena sobre la tribu), la comunidad de bienes (propiedad colectiva), el tambo (depósito de provisiones situado en los caminos), la obligación de trabajar, el servicio de correo (chasqui). El Derecho indígena se aplicó, fuera por las autoridades españolas o por las propias autoridades aborígenes, solamente a los indios. Es decir, que de las dos repúblicas o comunidades que coexistían en el Nuevo Mundo, la de los españoles y la de los indios, únicamente integró el ordenamiento jurídico de la segunda.

Por excepción, el Derecho indiano extendió a los españoles la observancia de alguna ley o costumbre indígena. Un ejemplo, es el de la división y reparto del agua (§ 400).

V. El orden de prelación en la aplicación de los DD.II. desde la Rec. 1680.

Dentro de la república de los indios, el Derecho se aplicó, desde la Recopilación y en principio, de conformidad con el siguiente orden de prelación:

- 1) Derecho indiano;
- 2) costumbres indígenas admitidas; y
- 3) Derecho castellano.

El criterio era el mismo que se había seguido en España con los fueros (§ 32), a los cuales se asimilaron los usos y costumbres de los indios. Así como en la península, en defecto de la legislación real, representada en el Nuevo Mundo por las leyes de Indias, se acudía a los usos y costumbres de la tierra. Sólo en subsidio de éstos, pudo recurrirse al Derecho castellano. Sin embargo, aun después de la Recopilación, hay indicios de que las "buenas costumbres" de los indios, p. ej., en materia de sucesión de los cacicazgos (§ 249), prevalecieron sobre las leyes indianas.

VI. Tratados con los Indios (Levaggi § 57 bis):

Una fuente singular del sistema jurídico de las Indias fueron los tratados, capitulaciones, pactos o "paces" que desde el siglo XVI celebró la Corona, por medio de sus funcionarios (adelantados, gobernadores, comandantes de armas, comisionados), con las comunidades indígenas situadas allende la frontera interior de la monarquía, es decir, en tierras sobre las cuales ejercía sólo una soberanía nominal. Tratados similares habían sido celebrados por los

españoles con los aborígenes canarios antes del descubrimiento de América, y su aplicación en el Nuevo Mundo se vio favorecida desde que los reyes adoptaron la política de conquista pacífica, en reemplazo de la inicial, que no descartaba el uso de la fuerza. Dicha política se basaba en las enseñanzas de Francisco de Vitoria (§ 39) sobre la “verdadera y voluntaria elección” por la que los indios podían someterse a la soberanía de los reyes españoles, y tuvo su consagración en las Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones, de Felipe II (1573). La ordenanza 140 mandó a los gobernadores y pobladores que mostrándolos mucho amor y acariciándolos, y dándoles algunas cosas de rescates a que ellos se aficionaren, y no mostrando codicia de sus cosas, asiéntese amistad y alianza con los señores y principales que pareciere ser más parte para la pacificación de la tierra. Según las ideas de Vitoria, las comunidades indígenas constituían naciones, en los términos del Derecho de gentes (§ 370), y a estas normas debían ajustarse sus relaciones con los españoles, aun cuando habitaran el territorio de esta monarquía. Como naciones libres, tenían el derecho de perseverar en esa condición. Por tanto, si unas veces, mediante el tratado, se constituyeron en vasallos del rey de España, y aceptaron el cristianismo, otras veces el fin de su celebración se limitó a asegurar la convivencia pacífica, las relaciones comerciales, y la ayuda mutua en caso de guerra con terceros, además del intercambio de cautivos, si los había. No debe suponerse que los tratados respondieran, exclusivamente, a una práctica europea, y que su contenido fuera sólo determinado por el Derecho indiano. También los indios tenían incorporada la institución a sus costumbres, y los venían practicando entre sí desde tiempo inmemorial. Fue, pues, una institución mixta, en la que confluyeron ambas culturas, y ambas le dejaron su impronta. Verbales al principio, ya en el siglo XVIII fueron, por lo general, escritos y solemnes, y gracias a los mismos las fronteras interiores (de Chile, el Río de la Plata, Nueva España) gozaron de períodos de paz. Tan arraigada estuvo esta práctica, que se continuó, después de la independencia de España, por los gobiernos republicanos.

Bibliografía básica de referencia

- Manzano y Manzano, Juan. Las Leyes y Costumbres Indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho Indiano. RHDRL n° 18, Primer Congreso del Instituto Indiano de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1973, págs. 65-71
- Levaggi, Abelardo. “Notas sobre la vigencia de los derechos indígenas y la doctrina indiana”. Revista Complutense de Historia de América n° 17. Editorial Universitaria Complutense, Madrid, 1991, páginas 79-91 (En línea en la página de HDA-Fuentes indirectas: artículos de Abelardo Levaggi.)
- Levaggi, Abelardo. Manual de Historia del Derecho Argentino, Tomo I, 2ª edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Levaggi, Abelardo. Paz en la Frontera. EMSA, Buenos Aires, 2000.
- González de San Segundo, Miguel Ángel: “El elemento indígena en la formación del Derecho Indiano”. Revista de Historia del Derecho n° 11, IIHD. Buenos Aires, 1983, páginas 434-437.
- Díaz Couselo, José María. “El *Ius Commune* y los privilegios de los indígenas en la América Española”. Revista de Historia del Derecho n° 29, IIHD, Buenos Aires, 2001, páginas 267-306.
- Zorraquín Becú, Ricardo. “Los derechos indígenas”. Revista de Historia del Derecho n° 14, IIHD. Buenos Aires, 1986, páginas 427-451

2. Recopilación de las Leyes de Indias (Levaggi § 58):

Del mismo modo que la legislación castellana fue objeto de recopilación en este período (§ 46), lo fue la legislación indiana. La necesidad fue común. Había dificultad, si no imposibilidad, de conocer las numerosas leyes sueltas que se dictaban. La solución fue, una vez más, su recopilación metódica.

Las primeras recopilaciones fueron provinciales. Se hicieron en México y el Perú, y contenían las leyes comunicadas a las autoridades locales.

El fiscal de la Audiencia de México, Vasco de Puga, ordenó una colección de Provisiones, cédulas, instrucciones para el gobierno de la Nueva España (1563), conocida vulgarmente como “Cedulario de Puga”, por iniciativa del fiscal del Consejo de Indias, “para que así los jueces, como los abogados y litigantes estuviesen instruidos, y supiesen lo que estaba proveído”.

Décadas más adelante (1604), el presidente de la Audiencia de Charcas, Alonso Maldonado de Torres, formó un Libro de cédulas y provisiones.

En Lima, Tomás de Ballesteros publicó el cuerpo de leyes conocido con el nombre de Ordenanzas de Ballesteros (1685).

En el ínterin, el propio Consejo asumió la tarea recopiladora. Lo hizo, a consecuencia de la visita que al organismo efectuó Juan de Ovando, profesor de la Universidad de Salamanca, por orden de Felipe II (1567-1568), para averiguar los motivos de los males que aquejaban a las Indias y deslindar responsabilidades. Ovando llegó a la conclusión de que las causas del fracaso del Consejo, en su función de gobierno del Nuevo Mundo, podían reducirse a tres:

- 1) desconocimiento de las Indias y de sus problemas
- 2) desconocimiento en ellas y en el Consejo de la legislación; y
- 3) desacierto en el nombramiento de consejeros y funcionarios, al hacerlo más como premio de servicios que en atención a su capacidad.

Al mismo tiempo, Ovando adoptó medidas para combatir los males: preparó un amplio cuestionario, que se envió a todas las autoridades indianas, para que informaran detalladamente sobre cuál era la situación en su respectivo lugar, en los aspectos geográfico, social y económico; impulsó el inventario de todas las leyes dictadas para las Indias, que estuviesen copiadas en los libros del Consejo; e inició la redacción de un extenso código indiano. Felipe II lo premió, nombrándolo presidente del Consejo, con poderes excepcionales. El “Código Ovandino” proyectado constaría de siete libros, según el plan trazado por su autor en la “Copolata” o sumario sistemático de las leyes. Sólo alcanzó a redactar el primero, dedicado a la gobernación espiritual, y parte del segundo, a la gobernación temporal, incluidas las nuevas ordenanzas del Consejo de Indias, y las Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones, que fueron promulgadas por separado.

Muerto Ovando, se abandonó el proyecto. Pasados unos años, el Consejo le encargó al oficial de la secretaría, Diego de Encinas, la recopilación de las disposiciones vigentes, para que el Consejo pudiese tener noticia de todo lo proveído para las Indias y Sevilla en lo antiguo y moderno, porque aunque se había cometido a algunos del Consejo para que hiciesen la dicha recopilación, por ser muy grande el trabajo y ocupación que en ello se había de tener, ninguno de ellos lo había querido aceptar.

Encinas, falto de la preparación necesaria, se limitó a trasladar las cédulas a la letra, ordenadas por materias (1596). Aunque en su época no satisfizo y se prefirió comenzar de nuevo, el “Cedulario de Encinas” constituye para la posteridad, una valiosa fuente para el conocimiento de la legislación indiana del primer siglo.

Esta vez, el elegido fue un abogado americano, el quiteño Diego de Zorrilla, que trabajó bajo las órdenes del consejero Rodrigo de Aguiar y Acuña. Tampoco este proyecto, cuyo texto ha

desaparecido, conformó al Consejo. El paso siguiente, a cargo del propio Aguiar, consistió en extractar, del proyecto desechado, el sumario de las leyes; así nacieron los "Sumarios de la Recopilación" (1628).

En forma paralela, avanzó lentamente otro intento recopilador, el de Antonio de León Pinelo (§ 58), iniciado en Lima. Su incorporación al Consejo, como ayudante de Aguiar, le permitió acelerar el trabajo.

León Pinelo tenía idea clara acerca de cómo recopilar las leyes. En el Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias Occidentales formuló una serie de preceptos metodológicos, extraídos generalmente de Justiniano. A saber:

- 1) quitar y excusar los prefacios de las leyes, dejando solamente lo decisivo de ellas;
- 2) evitar la semejanza de las decisiones;
- 3) evitar la contrariedad y oposición de las leyes entre sí;
- 4) no poner las leyes que no estuviesen en uso;
- 5) añadir a las leyes lo que fuera necesario para hacerlas claras y llanas;
- 6) quitarles lo superfluo;
- 7) mudar las palabras de las leyes, quitando unas y poniendo otras, o las mismas abreviadas, como lo pidiera el contexto y buen sentido;
- 8) sacarlas de las provisiones, cédulas, ordenanzas, cartas acordadas, instrucciones y autos del Consejo de Indias; y
- 9) distribuir las leyes por materias en títulos y libros competentes.

Siguiendo este método, presentó los dos primeros libros en limpio y los siete restantes –el total era de nueve libros- en borrador.

Aguiar dirigió la tarea que cumplía León Pinelo. Éste ejecutó el trabajo en dos etapas: en la primera, formó las rúbricas o extractos de las nuevas leyes (los nuevos sumarios); en la segunda, con la guía de los sumarios, redactó el texto de las leyes. La muerte de Aguiar sorprendió a León Pinelo en plena labor.

El Consejo nombró al consejero Juan de Solórzano Pereira (§ 58) –autor antaño de otro proyecto de recopilación más- para censurar y aprobar el trabajo, y aclarar las dudas que hubiera. Al cabo, opinó que el dicho licenciado León ha cumplido entera y aun aventajadamente con su obligación, habiendo reconocido todos los libros de cédulas de las secretarías del Consejo y recogido de ellas lo sustancial, disponiéndolo todo por libros y títulos, con gran distinción y congruencia, como persona que ha trabajado tantos años en esta y otras materias de las Indias y las tiene tan bien entendidas y comprendidas.

En 1636, la obra estaba acabada. Previo a la publicación, se nombró una junta (la junta de “los tres Juanes”), formada, además de Solórzano, por Juan de Palafox y Juan de Santelizes, para ultimar la revisión –según algunos historiadores- o para emprender la redacción de otra recopilación, a partir de lo hecho por Aguiar –según otros-. El texto de León Pinelo no sufrió alteración, ni se imprimió. Las gestiones que efectuó para ello, fracasaron. Murieron, primero Solórzano y después León Pinelo, sin que la situación cambiara. El Consejo mandó al consejero Gil de Castejón y al relator Fernando Jiménez Paniagua que recogieran todos los papeles del difunto tocantes al asunto, e hizo un esfuerzo final para concluir la obra. Nombró a una nueva junta revisora, en la cual figuraba Castejón, y con la que colaboró Jiménez Paniagua, sobre quien recayó el trabajo propiamente dicho.

Éste informó desfavorablemente sobre lo obrado por León Pinelo y, en apariencia, hizo una recopilación diferente, aunque aprovechando, en realidad, el importante trabajo de su antecesor, quien debe ser considerado el autor principal de la Recopilación. En 1680, la obra estaba terminada y Carlos II la promulgó.

La Recopilación de Leyes de Indias consta de nueve libros, divididos en títulos y éstos en leyes: 6.377 en total. El libro primero trata del gobierno espiritual, y en él se destaca la regulación del regio patronato; el segundo, de las leyes, del Consejo de Indias, y audiencias y

cancillerías; el tercero, de los justos títulos, virreyes y materia de guerra; el cuarto, de los descubrimientos, pacificaciones, poblaciones, cabildos, obras públicas y minería; el quinto, de los gobernadores, alcaldes y regidores, y del procedimiento; el sexto, de los indios; el séptimo, de materias penales, vagabundos, negros, etc. ; el octavo, de la real hacienda; y el noveno, del comercio y la navegación.

Según las reglas de León Pinelo, con frecuencia las leyes fueron objeto de nueva redacción –previa fusión de los textos semejantes-; a veces se insertaron leyes nuevas. Cada ley consta de la rúbrica o sumario, que la encabeza; de la disposición, casi siempre desprovista de los motivos, y –al margen- de la data, con la indicación de la fecha de la ley o leyes originarias, y el nombre del rey que las promulgó.

Ejemplo, la ley 4, título XII, libro VI:

Ley III Que los indios puedan trabajar en obras voluntariamente, y sean pagados con efecto.

Si los indios quisieren trabajar en edificios, no se les prohíba, págueseles por su trabajo lo que justamente merecieren, no se consienta que reciban vejación, si de su voluntad no acudieren a las obras, y sean pagados realmente, y con efecto, en que no haya fraude.

El emperador D. Carlos y la emperatriz G. en Medina del Campo a 20 de marzo de 1532.
D. Felipe Segundo en el Escorial a 25 de febrero de 1567.

En el siglo XVIII, intensificada la actividad legislativa por los Borbones, se hizo necesario actualizar la Recopilación o elaborar una nueva. El Consejo proyectó un volumen complementario de leyes adicionales, pero que no se concretó. Finalmente, también a propuesta del Consejo, Carlos III ordenó formar un "Nuevo código de leyes de Indias" (1776). Juan Crisóstomo Ansoategui inició su confección con criterio liberal, modificando más de lo necesario el texto de 1680. La junta de leyes que nombró el rey para revisar el trabajo, discrepó con éste y acometió una nueva redacción. Completó el libro primero (del gobierno espiritual), que en primera instancia promulgó Carlos IV (1792), pero del cual finalmente sólo sancionó algunas leyes. Por un tiempo más prosiguió la labor de revisión, hasta que se abandonó en forma definitiva. Como en España, a falta de un texto oficial actualizado de las leyes de Indias, se publicaron colecciones privadas. El mismo Teatro de la legislación de Pérez y López (§ 46) extractó o reprodujo las leyes posteriores a 1680. Juan José Matraya y Ricci publicó un Catálogo cronológico, con un resumen de las leyes posteriores, hasta 1817, con materiales provenientes del Perú, Chile y Charcas. Fuera de las recopilaciones de leyes generales, se confeccionaron algunas, de fuentes del Derecho indiano criollo, entre las cuales se destacan las hechas en Nueva España por Juan Francisco de Montemayor y Eusebio Ventura Beleña, y el proyecto de Gaspar de Escalona y Agüero de un Código peruano, que iba a contener las disposiciones relativas a los indios. No se editaron, en cambio, colecciones de fuentes rioplatenses.