

DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO INDIGENA: los primeros años de la Colonia*

René Ortiz Caballero
Instituto Riva-Agüero

1. *Lo jurídico ante el encuentro de dos mundos*

Esbozar lo jurídico en el mundo colonial peruano del siglo XVI y proponerlo como elemento para una reflexión interdisciplinaria sobre los derechos humanos en la historia del Perú exige precisiones terminológicas y deslindes metodológicos que esclarezcan previamente el discurso histórico-jurídico que sigue.

Así, en primer lugar, concebimos la Historia, y la Historia del Derecho, como una disciplina que reconstruye la circunstancia vital del ser humano en un momento y en un lugar determinados. Procuramos, en particular, redescubrir, como circunstancia jurídica, no sólo a los objetos jurídicos típicos —p.e.: leyes y tribunales— sino también a las actividades jurídicas de los sujetos históricos, interesándonos los conceptos y los criterios de interpretación legales como expresión de los valores y las actitudes que, acerca del mismo Derecho, generan las personas.

Desde esta perspectiva, atráenos de la ley y de la organización judicial lo que evoca del pensar humano, de sus valores, de sus propósitos y de sus soluciones; porque la manifestación jurídica sigue un discurrir propio en su afán por regular la vida social. Aquella expresión y ese transitar jurídicos son las materias de la Historia del Derecho. Pensamos la Historia del Derecho como una posibilidad de reconstruir el Derecho —y no la historia— de cada tiempo en su especificidad.

En segundo lugar, miramos el encuentro del mundo andino —precolombino— con el europeo como una *ruptura*, entendiendo que “es siempre entre unas posi-

* Ponencia presentada al Seminario sobre la Historia del Perú y los Derechos Humanos, organizado por la Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona y Construcción de la Paz —CODEPP— y el Centro de Divulgación de Historia Popular —CEDHIP—, durante los días 14, 15 y 16 de mayo de 1990.

tividades definidas una discontinuidad especificada por un cierto número de transformaciones distintas" (Foucault 1970: 293). Dicha ruptura, en consecuencia, no es temporalmente un corte ni un periodo; expresa más bien lo transitorio, lo violento y lo ajeno a cada positividad confluyente (Cfr. Ortiz 1989: 21 y ss.). Ni lo andino ni lo hispano serán lo mismo en América. En el Derecho esto será particularmente claro, porque si bien las formas jurídicas europeas perviven hegemónicamente, los contenidos en ellas volcados, a la manera de soluciones que la realidad reclama formalizadas en normatividad, no serán el reflejo coherente del Derecho castellano ni del andino. Creemos ver en las "leyes de Indias", en lo indiano, esta "conciencia de discontinuidad" y, por tanto, a este tipo de normas jurídicas ora tolerantes, ora censurantes, ora integradoras, ora diferenciadoras, dirigiremos la atención.

En tercer lugar, la reflexión sobre los derechos humanos en la época colonial debe partir por identificar la contemporaneidad del concepto denotado por dicha frase y, por ende, su insubsistencia y su insignificancia en un proceso de reconstrucción del discurso jurídico del s. XVI. Reconócese la actualidad de la expresión "derechos humanos" cuando los concebimos anteriores y superiores al Estado y a sus normas, en tanto dimanaban de la naturaleza humana, tal y como fuera configurada por el pensamiento racionalista del siglo XVII al presente. La defensa de la libertad individual, en sus diferentes facetas, frente al Leviatán estatal y la progresiva incorporación de derechos sociales, políticos y económicos, atribuibles como obligación al Estado planificador, conforme se sociabilizaba al individuo abstracto del liberalismo, constituyen manifestaciones de una cosmovisión ajena al siglo dieciséis, donde todo se organizaba en función del bien común, conforme al pensamiento clásico español.

Conscientes de que la relación persona-Estado, prefigurada en el concepto de derechos humanos, no es asimilable a la que podría plantearse entre el "hombre libre" y la Corona, pretendemos elucidar el fenómeno jurídico colonial refiriendo las ideas generales que lo identificarían y distinguirían de las otras formaciones jurídicas; en este contexto, los principales tópicos jurídicos inherentes a la "república de indios", que se mencionen directa o indirectamente, guardarán conexión con los derechos humanos. Simultáneamente, advertiremos en la legislación de indias el resultado de la interacción entre las positividades europea y andina. Tiempo naturalmente privilegiado será el de los cuarenta primeros años de colonización.

2. *Lo jurídico en España hacia el siglo XVI*

El análisis de lo jurídico ha estado circunscrito ordinariamente a los contenidos normativos expresados a través de la legislación, la costumbre y las sentencias judiciales. Se escudriñaba, en verdad, la decisión de política social, sus alcances y sus orígenes, creyendo examinar lo jurídico. Gracias a este patrón resultaba fácil afirmar la rigidez de las fórmulas legalistas, congelantes de la vida social; o la

inadecuación de ciertas normas a la realidad, por el hecho simple de haber sido dictadas para circunstancias geográficas o temporales distintas.

En suma, se profundizaba en las causas y los efectos de tal o cual disposición, dejando desperdigado alrededor de ese afán los tópicos que efectivamente caracterizaban lo jurídico, a saber: la naturaleza de la ley, la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, la organización y operación adecuadas a un sistema jurídico y el modo como el Derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse (Véase al respecto, Merryman 1971: 15).

Conscientes de lo anterior, nos volcamos a la historia para extraer de ella una noción de Derecho que, reflejando el contexto del s. XVI, se libere de romanismos contemporáneos, de racionalidades sobreextendidas hacia la cima de la abstracción normativa** y, en fin, de una noción formalizada —autónoma respecto de toda otra forma de control social— de lo jurídico, que corresponde predicar sólo de los últimos doscientos años.

Lo primero por señalar concierne al carácter disgregado del Derecho medieval hispano, en oposición a un ordenamiento vigente formalmente a lo largo de todo un territorio, para todos los que sean habidos allí. Esta última imagen corresponde no sólo con la de un Estado centralizado que ejerce su *ius imperium* sobre un territorio delimitado, sino también con la no acepción de personas, pues trae anexa la idea de un único cuerpo normativo que obliga por igual a todos.

Recordemos, frente a estas imágenes jurídicas del liberalismo, que los siglos precedentes a la Conquista del Perú son los tiempos de la Reconquista española, de la paulatina unificación política, primero en torno a distintas coronas y, luego, alrededor de un reino hegemónico, el castellano. Jurídicamente, esto se manifiesta en los distintos derechos disgregados entonces vigentes en razón de las etnias y en función del proceso político de reunificación.

El tiempo de la reconquista es también el de la convivencia entre católicos, judíos y musulmanes, cada uno de los cuales debía obediencia estricta a su *estatuto personal*, conforme a la impronta religiosa de cada caso; reparemos aquí, en particular, en la naturaleza del Derecho de cada grupo. A estos ordenamientos les alcanza la calificación weberiana de derechos sustantivos o materiales (Weber 1984: 603 *passim*), es decir, la que identifica a los derechos cuya validez se haya supeditada a la concordancia de los contenidos normados —decisiones de política social— con

** A modo de ejemplo, baste imaginar, por breves momentos, la cantidad infinita de conflictos humanos subsumidos en el art. 1969 del Código Civil: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo".

los valores encarnados en los principios de la religión —política, ideología, etc.— correspondientes. Esta vinculación entre lo temporal y lo espiritual daba no sólo autoridad persuasiva a las normas, sino que justificaba la imposición de sanciones drásticas y, por supuesto, impedía legislar con éxito para todos por igual. La ley del rey castellano era de índole católica necesariamente. Su observancia por parte de uno no católico requería de su conversión. La neutralidad religiosa de lo jurídico es impensable porque referido necesariamente un código a los principios y a los preceptos religiosos, habitualmente imprecisos en los que a la determinación de la conducta meritoria concierne, aquél es asumido por la comunidad creyente como un sistema de prescripciones completo, esto es, que abarca todos los problemas humanos regulables jurídicamente. En este orden de cosas, aun cuando fuere concebible un conjunto de leyes meramente civiles —estatales— como hipótesis lógica y no histórica, éste chocaría con las leyes religiosas, siempre que prescriban actos opuestos. Ante este panorama, la experiencia jurídica española ha tenido que discurrir entre la tolerancia y la imposición, nunca hacia el sincretismo jurídico.

La segunda circunstancia disgregante, el proceso de unificación, tuvo como línea maestra a la política de población encaminada a consolidar la expulsión de los moros o, por lo menos, el predominio cristiano. Esta política generó un cúmulo de espacios jurídicos desiguales conocidos históricamente con el nombre de *fueros*. Bajo dicha denominación reunía el rey las normas, privilegios y mercedes que regularían la vida de la población recién asentada; este régimen, aplicado a ciudades ya existentes, otorgaba distintos grados y calidades de autonomía, en atención a circunstancias objetivas relevantes para el Derecho en ese momento, de suerte que no sea correcto imaginar la España de aquel entonces organizada tras un sólido cuerpo de normas. Ciertamente es que a Castilla le cupo un papel preponderante respecto de los reinos restantes y que sus textos jurídicos han trascendido por su prestigio las fronteras ordinarias del espacio y del tiempo; sin embargo, también es verdad que los regionalismos dominan la vida social española hasta el presente.

A la dispersión de ordenamientos provocada por credos y fueros conviene agregar un segundo elemento, esta vez de carácter conceptual; nos referimos al conocido esquema escolástico que categoriza lo jurídico en ley divina, ley natural y ley humana. Dicha estructura explica en parte, a lo menos, la mayor o menor vigencia efectiva del Derecho. En el caso español, la doctrina tomista parece no haber sido asimilada literalmente en aquella época. Así, por ejemplo, fray Tomás de Mercado, en su "Suma de Tratos y Contratos" (1571), explicaba del modo siguiente:

"...todos entiendan en toda la obra, ni en ninguna parte de ella, no obligamos a nadie por nuestra sola autoridad o voluntad, sino por otra mayor que es eficaz y poderosa para obligar a todos los hombres, que es la de Dios, la de la naturaleza, la de la Iglesia o de la república, y, primeramente, de la razón y ley natural..." (Mercado 1977 [1571]: 34).

Conforme a lo anterior, el Derecho hispano medieval antes descrito existía por mandato de la autoridad, por voluntad del soberano —ya desde las Partidas se advierte, en la ley XII, tít. I, lib. 1^o—; mas a esta condición de existencia debía sumársele la condición de validez que en el plano de los contenidos habría de reflejarse mediante la concordancia de la ley establecida por el Rey con la doctrina cristiana y con el derecho natural. Esta identificación, que se puede rastrear en documentos legislativos hasta el Fuero Juzgo (s. VIII) (Cfr. Ortiz 1988: 123 y ss.), aparece claramente en varias leyes de las Partidas (Lib. 1^o, tít. I, leyes I, IV y VI); y si bien no reflejan puntualmente el esquema tomista, coinciden en lo fundamental, esto es, que la potestad de legislar es recibida por el soberano de Dios y que la ley humana, fruto de dicha potestad, debe guardar correspondencia con la ley natural pues es “una participación de la ley eterna”.

No siendo, por tanto, el Derecho expresión última de la voluntad humana sino una realidad, una parte de la naturaleza, que responde a la ordenación divina del mundo, surge de esto que la denominada por nosotros “condición de validez” prevalece sobre la de existencia, al extremo de perder la ley humana virtualidad en el caso de ser incompatible con la ley natural.

Disgregado por su propia historia y, a la vez, circunscrito por el dogma antedicho, el Derecho castellano producirá una serie de principios interpretativos, así como actitudes y criterios en torno a lo jurídico que es preciso considerar.

En principio, la *imperatividad* es un rasgo permanente de la ley en el Derecho castellano:

“Ley tanto quiere decir como leyenda, en que yace enseñamiento et castigo que liga et apremia la vida del home que non faga mal, et que muestra et enseña las cosas que home debe facer et usar (P. 1ra., tít. I, ley IV).

Pero es una manifestación de la voluntad del legislador cuya vigencia, si bien se confirma con la coercibilidad, patente desde los tiempos alfonsinos (Part. 1ra., tít. I, ley 3a.), ello no puede inducirnos a verla como una ley contemporánea, pues es menester reparar en el modo observado para comunicar la ley, tanto en su formulación como en su aplicación.

Nuestras leyes se promulgan para darles imperatividad sobre todo un territorio, sin acepción de personas y, en consecuencia, la publicidad cumple la función de informar a todos de su contenido y vigencia. Nuestro derecho presume, en este sentido, que todos conocen la norma y nadie puede alegar su desconocimiento como eximente. A este estado de cosas lo llamamos “seguridad jurídica”, el cual es también considerado un fin.

En el Derecho castellano la ley no se publica, sino que es comunicada a la autoridad para que ésta, a su vez la difunda en su jurisdicción —p.e. mediante bandos

o pregones— o la trasmita a la persona que debe cumplir. No existe, en este orden de cosas, un mecanismo formal que otorgue vigencia a una ley de modo inmediato y simultáneo para todo el territorio del reino. Ejemplo patente de lo expuesto son las sucesivas comunicaciones hechas por el Rey para el cumplimiento de las famosas Leyes Nuevas. Dictadas mediante Reales Provisiones del 20 de noviembre de 1542 y del 4 de junio de 1543, se ordenó su cumplimiento a la Audiencia de Santo Domingo mediante Real Cédula (RC) del 6 de julio de 1543. Por otra de igual denominación, fechada el 14 de agosto del mismo año se envían estas ordenanzas con idéntico propósito a los gobernadores de Nueva Galicia, Cartagena, Guatemala, Popayán, Honduras, Isla de Cuba, Santa Marta, provincia de Río San Juan, y a los gobernadores o Jueces de Residencia de Venezuela, Nicaragua, Isla de San Juan de Puerto Rico y provincia de Tierra Firme. El 23 de agosto de 1543 se ordena su cumplimiento a la Audiencia de los Reyes (Lima); y el 28 de setiembre se envían al Obispo del Cusco (Cfr. Muro Orejón s/f: 24).

Las comunicaciones en referencia no equivalen únicamente a la notificación porque se realiza a través de la RC, configurando una norma jurídica autónoma, distinta de las reales provisiones de 1542-43. Esta diferencia formal nos permite aseverar que una ley dada no está vigente por el sólo hecho de su dación. Esto será importante cuando consideremos la relación entre el derecho objetivo y el subjetivo y cuando toquemos un punto interpretativo.

Otro aspecto ilustrativo sobre la creación de la ley es su redacción. No es el s. XVI el tiempo de las grandes racionalizaciones y abstracciones; la voluntad legislativa se referirá a personas y a conductas concretas ordinariamente, a circunstancias y a problemas específicos, de manera que las decisiones de política social contenidas en los frascos de la legalidad atañen a una persona, a una categoría de personas, o a los residentes en una localidad y, a lo más, en una región bajo la jurisdicción de un virrey, presidente o gobernador.

Esta concreción o casuística aproxima a los sujetos de la obligación legal —normalmente la Corona y el súbdito— de un modo tal que no se pueda identificar el derecho subjetivo independientemente del derecho objetivo, el derecho de la persona del derecho dictado por la autoridad, todo lo cual es supuesto fundamental de la doctrina de los derechos humanos. Asimismo, la concreción torna flexible el proceso de creación legislativa, porque se atiende a la variedad de problemas reparando en lo particular de cada uno; sin embargo, estas actitudes propician las contradicciones, salvadas recurriendo al expediente frecuente de la dispensa, cuando de la imperatividad circunscrita a espacios notablemente estrechos —los de la casuística— se avanza a la generalidad de la norma obligando a su cumplimiento a varias jurisdicciones.

La aplicación de la ley es otra faceta asaz interesante porque nos pone no sólo ante el marco de los aspectos ya señalados en su creación, sino que nos sitúa ante

dos modos de legislar que establecen grados de imperatividad y que confluyen ora en la conducta positiva —“cumplir”— ora en la conducta negativa u omisiva, merced al famoso dicho “se acata pero no se cumple”.

Alusión expresa a los modos de legislar y de aplicar la tenemos en el “Memorial breve de los artículos que parece al Consejo que se deben ordenar”, dictado el 18 de noviembre de 1533:

“parece que estos artículos a los que se hubiere de ordenar, vayan por vía de *instrucción* para el gobernador o presidente, y no por *precepto*, según la distancia y las cosas que allá puedan ocurrir, no se puede dar ley en que no pudiese haber algunas dificultades o peligros, habiéndose de ejecutar a la letra;” (subrayados nuestros) (En: Konetzke 1953: 152).

Al parecer, por “vía de precepto” se cursa una ley que ha de ser cumplida “a la letra”, mientras que por “vía de instrucción” se envía la que ha de cumplirse según lo indique la “conciencia y prudencia del gobernador”. Abrese por esta vía última la puerta al cumplimiento parcial cuando no al incumplimiento franco, en atención del bien común, fin este que legitima tales proceder.

“Obedézcase, pero no se cumpla” es una expresión que lejos de significar el cincel desintegrador del edificio jurídico colonial, tiene sus raíces en la cantera jurídica castellana de la baja edad media (Cfr. González Alonso 1980: 469 *Passim*). Surge del progresivo incremento de las potestades regias y del directamente proporcional aumento de conflictos con los fueros locales, los privilegios personales y con las ordenanzas de cortes, que se estimaban por aquel entonces con un rango superior al de las cartas o provisiones reales. La contradicción determina que la ley se obedezca, es decir, se honre, se respete, se la considere una disposición real, pero no se cumpla, esto es, que su eficacia, su ejecución quede en suspenso o se gradue dependiendo de su menor o mayor concordancia con el fuero, el privilegio o la ordenanza. Suspendida la norma, se procedía a la consulta ante el Rey sobre su conveniencia. Discuten los autores si la expresión era aplicable únicamente a las cartas reales contrarias al Derecho preexistente (conflicto de fuentes), o si comprende también el caso de la ley injusta, en cuyo lugar estamos ante una ley nula, inexistente, y no ante una suspendida. Sin embargo, la consulta era el trámite de rigor incluso en estos últimos casos porque, conforme a la doctrina tomista, la dispensa del cumplimiento corresponde a quien dio la norma, es decir, al Rey.

Sea como fuere, la tradición jurídica castellana nos proporciona, al bordear el s. XVI, la imagen de un derecho que organiza la sociedad, la ordena pero no como fruto arbitrario del ejercicio del poder, sino por la necesidad de corresponder con el derecho natural, intermediador de la voluntad o razón divinas. El rey cristiano es quien ostenta legítimamente la potestad de decir el Derecho y quien a través de la ley humana debe determinar el modo particular en que se acata el precepto natural

general. Este ejercicio del poder, para el caso del rey castellano, tiene la peculiaridad de no manifestarse sólo en leyes generales y, excepcionalmente, en disposiciones específicas, sino que se distingue por contemporizar permanentemente los distintos intereses, por constituir parcelas de legalidad, muchas veces autónomas entre sí. No se puede afirmar que sea el estatuto territorial —*lex loci*— la nota distintiva del derecho castellano. Carlos V, I de España, representará ese gran impulso de cara al absolutismo, mas no se puede renunciar, en el siglo XVI, a un derecho estructurado bajo el estatuto personal, esto es, en el que los derechos y obligaciones se crean, modifican y extinguen en función de las distintas relaciones objetivas —*status*— de las que participa el hombre. Prueba de ello son los privilegios, acordados en un sinnúmero de reales cédulas.

Finalmente, un ordenamiento jurídico de esta naturaleza no es propicio para la configuración del “derecho subjetivo”, o sea, del vínculo obligacional que teniendo su causa inmediata en la ley, debe su causa mediata a la naturaleza humana, en cuanto persona libre, dotada de voluntad y razón, lo cual si bien es inherente en el hombre, no era en aquellos tiempos relevante para el Derecho; de haberlo sido habría constituido aquella base igualitaria facilitadora del “establecimiento de facultades esquemáticamente concedidas a todo el mundo, para la creación de derecho privilegiado a través de negocios jurídicos privados de cierto tipo” (Weber 1984: 559). Dichas facultades corresponden a un derecho de corte moderno; la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo es moderna.

3. *Hacia lo jurídico indígena o el derecho consuetudinario*

Tópico arduo es determinar la existencia del derecho en el Perú finalmente incaico de fines del s. XV, mas es riesgo inevitable de asumir si pretendemos la explicación y comprensión históricas a partir del esquema del “choque cultural”, del “encuentro de dos mundos” o de aquél de la “ruptura” que anticipáramos como válido.

Descartada hoy por racionalizada e inconsistente históricamente, la formula latina “Ubi societas, ibi ius” pareció ofrecernos un lugar común tranquilizador para la conciencia de los juristas, pues nos relevaba de la tarea de inquirir por lo jurídico, enviándonos a preguntar por la sociedad para que, constatada su existencia, se infiera de ello la del derecho. Sin embargo, nos es difícil identificar lo jurídico cuando atisbamos una realidad social ajena al mundo de ascendencia romano-germánica. Precisamente, la primera impresión que suscita el conocimiento de sociedades como la andina o prehispánica es que carecían de Derecho porque tanto la pregunta como la respuesta anticipan esquemas conceptuales anacrónicos. En efecto, inquirir por “el Derecho, todo el Derecho y nada más que el Derecho” comporta una premisa errónea en la pregunta, cual es la de estimar lo jurídico como una entidad dotada de autonomía conceptual y operativa a la manera nuestra. Esta misma idea de lo autónomo se manifestaría al referir las respuestas pues los pocos trabajos que existen

nos remiten a las categorías romanas o simplemente occidentales; familia, propiedad, imperio o sucesión son plantillas inadecuadas para procesar la información sobre una colectividad reunida bajo la conciencia de un Tahuantinsuyu.

Ante la desazón que suscita una cultura que no cultiva órdenes cronológicos ni la veracidad en sus tradiciones orales (Rostworowsky 1986: 99 y ss.); y ante la imposibilidad de distinguir la decisión política del inca de la norma jurídica incaica, algunos autores han arriesgado la tesis de la inexistencia del Derecho (Cfr. Del Solar 1987: 221), sin caer en la cuenta de que han estado buscando lo actual en lo pretérito.

¿Cómo enfocar, entonces, el lente historiográfico ante el objetivo jurídico andino?, ¿podemos acaso atribuir la redistribución y la reciprocidad andinas a esquemas jurídicos de planificación y contractualismo, respectivamente? Ciertamente no. Los problemas epistemológicos que sugiere el tema han sido escasamente tratados. Sólo conocemos dos aproximaciones y sus correspondientes propuestas de Fernando de Trazegnies (Cfr. 1985 y 1988), inéditas a la fecha, que nos sugieren vaciar de contenidos las palabras y optar por nociones interrogativas antes que explicativas en torno a los diferentes "controles sociales de la conducta humana". Nos impele a asumir dichas nociones como "resultado de una elaboración conceptual que se da en el interior de una determinada cultura" (Trazegnies 1988: 7), de modo que las categorías a emplear procedan de la historia misma y no de la dogmática jurídica.

Empero, nos deja irresoluto el problema de cómo preguntar a la historia por el Derecho, si toda pregunta prefigura el sentido de la respuesta —dónde, prefigura necesariamente *lugar*—. Ante estas circunstancias, creemos que esta historia requiere ser enfocada en sus transformaciones mínimas, en sus cambios, sea cual fuere la naturaleza aparente, de modo que se expliciten los fenómenos en sí mismos con el menor grado de contaminación posible. Así dispuestos, es posible caminar retrospectivamente por la genealogía jurídica peruana, emparentada con la tradición romanista, hasta topar con los enunciados ajenos a dicha tradición occidental y que, no obstante ello, están incorporados en el discurso jurídico colonial.

La importancia que reviste desentrañar la naturaleza de estos enunciados indígenas fue advertido, desde una perspectiva más amplia, por Franklin Pease cuando, años atrás, refería que "una adecuada perspectiva de la historiografía colonial inicial será posible mediante una comparación constante con la vida anterior y paralela (conflictiva y confluyente) al estado virreinal" (Pease 1989: 17).

Curiosamente, ese afán por elucidar las líneas de continuidad de la "vida andina" ha puesto a dicho autor ante permanencias que, a los ojos de un jurista, corresponden con los objetivos propios de una regulación jurídica. Ellos son: la búsqueda y obtención de recursos, el aprovechamiento del espacio, la organización de las relaciones sociales y la resistencia creadora manifestada en la adecuación

conflictiva a la presión occidental (*Ibidem*: 16). Si éste es el estado de la cuestión, atribuyéndole sentido interrogativo a las permanencias y a las proposiciones que las integran podríamos arribar a respuestas sobre el derecho incaico del s. XVI y su secuela colonial, que no requieran de categorías como "propiedad" y "posesión".

Adscritos a estos propósitos, nos toca ahora preguntar por el sentido de "las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios..." (Recop. de Indias, lib. 2º, tít. 1º, ley 4a.) o, mejor aún, por el significado de los "usos y costumbres no siendo claramente injustos", conforme reza en las Leyes Nuevas de 1542-43 (Muro Orejón s/f: 10). En primer lugar, es preciso evitar el contrabando de oponer el derecho legislado o escrito a los usos y costumbres (derecho consuetudinario). Esto es factible en un sistema jurídico cuya fuente normativa predominante sea la legislación o derecho del Estado; en este caso, las expresiones connotan lo "oficial", lo legítimo, de un lado; y lo "informal", lo legitimable, del otro. Por lo visto en el capítulo anterior sobre el derecho castellano esta dicotomía distorsiona la relación entre los distintos contenidos de una y otra positividad, máxime cuando lo europeo no es sustancialmente legislación.

En segundo lugar y siempre en referencia a lo inmediato anterior, ¿se estimará como fuente consuetudinaria sólo a la conducta permanente, pública y reiterada y exigida socialmente?, ¿no reflejan estos requisitos el parámetro legislativo contemporáneo?; y, finalmente, ¿por qué excluir de la positividad andina las normas emanadas de la voluntad política del inca o de los curacas, si no son "manifiestamente injustas"?

Téngase presente que de las respuestas que se puedan esbozar sobre las cualidades del derecho consuetudinario, a precisar según las regiones, y sobre los temas que admitamos, dependerá el diálogo entre el derecho castellano y aquél.

En tercer lugar y referente a las fuentes, conviene recordar el clima social que envuelve la cuarta década de dominio colonial, signado por la crítica frente al caos y por la indagación de la realidad tanto colonial como andina (*Cfr.* Lohmann 1966). En este contexto se procura "acoplar a esa mentalidad vetusta y consuetudinaria, las nuevas estructuras éticas y jurídicas, y de incorporar a su vez a éstas cuanto de lo autóctono revistiese virtualidad" (*Ibidem*, 13). La lectura atenta de los valiosos escritos de la época no debe dejar de considerar esta intencionalidad sobre todo cuando se trata de obtener información jurídica.

Lo autóctono en el Perú del s. XVI es el Tahuantinsuyu, el cual, lejos de asemejarse a una monarquía europea, se nos presenta como un mundo objetivo, indivisible, intransmisible pero dinámico en cuanto a que cada Inca, como "modelo ejemplar de todas las cosas" (Pease 1989: 49), vuelve a fundar el Tahuantinsuyu. Paralelamente, las leyes son ordinariamente atribuidas al primer Inca, a Manco Capac, redondeando el carácter mítico y religioso del mundo andino. Estos rasgos

nos permiten situar los elementos jurídicos andinos en un contexto formalmente similar al del Derecho castellano en varios aspectos.

Primero, estamos ante derechos sustantivos y objetivos, siempre y cuando no atribuyamos a estos *descriptores* el valor de datos históricos. Sustantivos, de acuerdo con la terminología weberiana antes citada, porque si bien se trata de referentes religiosos ciertamente distintos, desde el punto de vista jurídico ambos proporcionan "ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las propiamente jurídicas (Cfr. Weber 1984: 603); así, dichas normas no pueden ser puestas en tela de juicio y, más bien, refuerzas su valor o legitimidad.

Esta imagen, común a los ordenamientos castellano y andino, rechaza las ideas modernas de que a cada derecho corresponde una obligación y de que los derechos puedan oponerse válidamente ante el Estado aun cuando no hayan emanado de él. Sólo es concebible la norma como generadora de obligaciones, no de derechos, porque no se distinguen los dos procesos jurídicos básicos de "creación" y "aplicación" de normas.

Cuando la distinción es evidente puede pensarse en la existencia de derechos subjetivos, porque éste se evidencia en el momento que un sujeto "aplica" el derecho objetivo, es decir, aquél previamente "creado". Cuando no es evidente el derecho subjetivo se subsume en el objetivo. Precisamente atribuimos la calidad de objetivos cuando la "creación" de la norma no se distingue de la "aplicación"; cuando un mismo acto es instituyente y constituyente a la vez. Esta era la naturaleza de decenas de reales cédulas y parece haberlo sido de los mandatos del Inca. Al menos, es claro que no existía entre los incas un cuerpo normativo general, efecto natural de la separación de las funciones anotadas.

Otro aspecto común, el segundo, es el concerniente a la disgregación en focos normativos. En el caso del Tahuantinsuyu, el fenómeno fue advertido por Jorge Basadre (1937: 119) al constatar la pluralidad de regímenes en razón de las jerarquías sociales y obligándose a predicar de los "derechos incaicos". Tiempo después, la etnohistoria ha puesto de relieve una pluralidad adicional, resultante de las diferencias étnicas o regionales (Pease 1989: 17). En el caso español hemos de recordar lo expresado líneas arriba sobre credos y fueros.

No nos extrañe que esta identidad en las formas haya reducido la determinación de lo contradictorio entre ambos derechos a los contenidos —las disposiciones— y que en este plano de normas primarias —las que modifican la conducta— las pervivencias sean numerosas. Repárese si no en la de los curacas a través de la "Ordenanza sobre caciques e indios principales" (1566) del oidor Gregorio González de Cuenca (Cfr. el texto en: Rostworowsky 1975: 199 y ss.; también comentarios en: González de San Segundo 1982: 643 y ss.); o la continuación de los servicios personales indígenas —p.e.: la mita, el chasqui, etc.— a través de un cúmulo de

ordenanzas —las toledanas, por ejemplo— inspiradas muchas de ellas en la obra de Matienzo (1967 [1567]); también comentarios en: Zavala 1978: 51 y ss.; y en González de San Segundo 1983: 729 y ss.). De otra índole, mas igualmente importante, es la política flexible de convalidación de matrimonios, definida por la Iglesia Católica en el Sínodo Ordenado en la Ciudad de los Reyes, de 1551, y después, al año siguiente, en el Primer Concilio Limense (Cfr.: Ots y Capdequí 1957: 85-86).

En suma, una visión panorámica de la continuidad andina en la legislación colonial nos la proporciona Teodoro Hampe (1985: 357 y ss.), rescatando el valor de la legislación para la reconstrucción histórica. La ley, dentro del contexto conceptual reseñado, es “expresión del pensamiento y la voluntad de los órganos legisladores” (Altamira 1939: 47); y también es prueba del “repetido incumplimiento de muchas leyes indianas” (*Ibidem*: 49).

Cierto es que toda la normatividad se inscribe en otra racionalidad; en aquella que Nathan Wachtel refería como desestructurante del mundo andino (1976), mas no se pierda de vista que estas pervivencias o transformaciones andinas poseen un estatuto que debe determinarse en su individualidad de cambio (Cfr. Foucault 1970: 289). Irrepetible, el hecho que expresa la transformación de lo andino en colonial no puede refundirse en la categoría del derecho consuetudinario. Antes, es preciso:

“mostrar por qué no podía ser otro de lo que era, en qué excluye a cualquier otro, cómo ocupa, en medio de los demás y en relación con ellos, un lugar que ningún otro podía ocupar” (*Ibidem*: 45).

Si varias y notables han sido las voces que se alzaron en pro del derecho andino prehispánico ante la codicia de los encomenderos y sus adláteres, la actitud comprensiva que reclama el análisis histórico llama a la prudencia como compañera de viaje para no echar anclas únicamente en los puertos de Garcilaso o en los de Sarmiento de Gamboa. La tónica no debe llevarnos a los epígrafes efectistas sino a lo particular, a lo singular del cambio en cada caso.

La disgregación jurídica castellana ha sido un esquema favorable para asimilar los contenidos jurídicos también disgregados del Ande. Sin embargo, la historia que referimos debió ceder su lugar a la instauración del *modus vivendi* virreinal que, reflejando el absolutismo español en auge, importa el recurso a cuadros burocráticos para la consolidación del poder. Ellos, a su vez, requieren de un derecho expresado en fórmulas generales, uniformes, a fin de que manifiesten por igual la voz del Rey; disociándose así el derecho de la realidad plural al mismo tiempo promueve la propia disolución social, porque reconociéndose plural y desigual, una sociedad advertirá que el derecho “igualizante” sólo sirve mejor al sector apto para su uso.

Sin trasponer los umbrales del periodo toledano, debe anotarse provisionalmente la ausencia del carácter disociador en el derecho castellano; escasas inves-

tigaciones en fuentes jurídicas documentales nos previenen de la inserción inteligente del poblador andino en la estructura colonial. Particularmente gráficas son las acciones judiciales promovidas y ganadas por el hombre andino; de ellas se sabe que existen en un número considerable. Igualmente, los actos y contratos son una muestra de dicha versatilidad. Sólo a modo de ejemplo remitimos a la tesis de bachillerato en Derecho de Jorge A. Guevara Gil (1987), en la que se estudian títulos coloniales de una hacienda cusqueña, algunos de los cuales han sido otorgados por "caciques". En síntesis, la historia del Derecho (consuetudinario o no) debe escribirse más allá de las leyendas. A la postre quizás no haya otra verdad que la de los antiguos castellanos:

"non ha menor virtud nin de tan poco fruto como fazer leyes e ordenanças sy non ay quien la faga guardar e complir, ca la ley escripta, sy la ley viva non la defiende e executa, escriptura muerta es" (Cortes de Valladolid, 1442, *en*: González Alonso 1980: 476).

BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO X, El Sabio
1861 *Las Siete Partidas del Rey don...* París, Lib. de la Rosa y Bouret [1256-63].
- ALTAMIRA, Rafael
1939 *Técnica de investigación en la Historia del Derecho Indiano*. México D.F., José Porrúa e Hijos.
- BASADRE, Jorge
1937 *Historia del Derecho Peruano*. Lima, Antena.
- DEL SOLAR, Francisco
1987 Derecho incaico. En: *Revista del Foro*. Lima, Colegio de Abogados de Lima. Año LXXIV, Nº 1.
- FOUCAULT, Michel
1970 *Arqueología del Saber*. México D.F., Siglo XXI.
- GONZALEZ ALONSO, B.
1980 La fórmula "obedézcase, pero no se cumpla" en el Derecho Castellano de la Baja Edad Media. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. T.L.
- GONZALEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel A.
1982 El doctor Gregorio González de Cuenca, Oidor de la Audiencia de Lima, y sus ordenanzas sobre caciques e indios principales (1566). En: *Revista de Indias*. Madrid, Vol. XLII, Nos. 169-70, jul-dic.
1983 Notas sobre la pervivencia de servicios personales de origen prehispánico y su regulación por el Derecho indiano. En: *Revista de Indias*. Madrid, vol. XLIII, Nº 172, jul-dic.
- GUEVARA GIL, Jorge Armando
1987 *Propiedad y Derecho Colonial, el caso de la hacienda Santotis*.

Cusco (1543-1822). Lima, tesis de bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUC). Texto mecanografiado.

HAMPE, Teodoro

- 1985 *Continuidad en el mundo andino: los indígenas del Perú frente a la legislación colonial (siglo XVI)*. En: *América Indígena*. México D. F. vol. XLV, N° 2.

KONETZKE, Richard

- 1953 *Colección de documentos para la Historia de la formación social de Hispanoamérica*. Madrid, v. I.

LOHMANN VILLENA, Guillermo

- 1966 Juan de Matienzo, autor del "Gobierno del Perú". En: *Anuario de Estudios Americanos*. Sevilla.

MERCADO, Tomás de

- 1977 *Suma de Tratos y Contratos*. Madrid [1571].

MERRYMAN, John Henry,

- 1971 *La tradición jurídica romano-canónica*. México D.F., Fondo de Cultura Económica.

MURO OREJON, Antonio

- sff.* *Las Leyes Nuevas, 1542-43*. S.I., s.e. (texto fotocopiado).

ORTIZ CABALLERO, René

- 1988 Estudio sobre la ley: del Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación. En: *Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la PUC. N° 42.
- 1989 *Derecho y Ruptura. A propósito del proceso emancipador en el Perú del ochocientos*. Lima, Fondo Editorial de la PUC.

OTS Y CAPDEQUI, José María

- 1957 *El Estado español en las Indias*. México D.F., Fondo de Cultura Económica.

PEASE, Franklin

- 1989 *Del Tawantinsuyu a la Historia del Perú*. Lima, Fondo Editorial de la PUC 2a. ed.

RECOPIACION DE LEYES DE LOS REYNOS DE ESTAS INDIAS

- 1841 Madrid, Boix [1680].

ROSTWOROWSKY DE DIEZ CANSECO, María

- 1975 Algunos comentarios hechos a las ordenanzas del doctor Cuenca. En: *Historia y Cultura*. Lima, Revista del Museo Nacional de Historia, INC.
- 1986 *Estructuras andinas del poder*. Lima, Inst. de Estudios Peruanos. 2a. ed.

TRAZEGNIES, Fernando de

- 1985 *El Derecho como problema de la Historia*. Lima, texto mecanografiado.
- 1988 *Continuidad y ruptura jurídica en los Andes peruanos: El Derecho como espacio de encuentro de dos mundos*. Lima, texto mecanografiado.

WACHTEL, Nathan

- 1976 *Los vencidos, los indios del Perú frente a la conquista española (1530-1570)*. Madrid, Alianza Editorial.

WEBER, Max

- 1984 *Economía y Sociedad*. México D.F., Fondo de Cultura Económica. 7a. reimp. de 2a. ed. en español.

ZAVALA, Silvio,

- 1978 *El servicio personal de los indios en el Perú (extractos del siglo XVI)*. México D.F., El Colegio de México. Tomo I.