

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL  
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

# DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO I

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil  
Editores

## Capítulo 2



*Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*

*XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

[ira@pucp.edu.pe](mailto:ira@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/ira](http://www.pucp.edu.pe/ira)

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo I: 978-9972-42-857-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# LEGISLANDO SOBRE EL CUERPO Y EL ALMA.

## El tratamiento del cuerpo y los gestos en el Derecho Indiano

Discurso de Orden pronunciado el jueves 25 de septiembre de 2003  
en la Academia Nacional de la Historia

**Fernando de Trazegnies Granda**

*No se trata solo de normas positivas sino de actitudes y gestos...*

Víctor Tau Anzoátegui

*Ut enim corpus non potest non dolere cum vulnus accipit, ita animus perpetuo improbat quoties alicui ius suum non tribuitur.<sup>1</sup>*

Justinianus

*Tu cara no es de excelencia ni tu traje de Virrey; Dios ponga tiento en tus manos para que acates la ley.*

Ricardo PALMA

## 1. EL DERECHO Y LOS GESTOS

### 1.1 Introducción

El Profesor Víctor Tau Anzoátegui nos enseña en sus *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano* que la Historia del Derecho debe tener por objeto no solo la evolución de las normas positivas sino también las actitudes y los gestos que forman parte del orden jurídico entendido en un sentido más amplio y flexible.<sup>2</sup>

Recogiendo esa interesante y perspicaz sugerencia, este trabajo quisiera investigar las normas que ordenan gestos o actitudes, aquellas normas que se refieren a actos corporales cargados de una significación que trasciende lo sensorial y que tienen muchas veces como fundamento los aspectos más profundos del alma. Por otra parte, ante la desilusión frente a los «sistemas», existe una tendencia actualmente a temperar la abstracción de la perspectiva macro política en los estudios históricos

---

<sup>1</sup> «Así como el cuerpo no puede dejar de doler cuando recibe una herida, así también el alma siempre expresa su reprobación cuantas veces el derecho de alguien no es reconocido».

<sup>2</sup> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, p. 24; cf. *etiam* p. 22.

(luchas políticas, ideologías predominantes, análisis de las estructuras sociales particularmente en términos de clase) adoptando una perspectiva micro política que pretende estudiar al hombre como tal. Desde este punto de vista, la investigación de los procesos sociales y acontecimientos políticos son más bien ayudas para entender lo que sucede con el hombre mismo. Es dentro de este marco, que se inscriben los estudios históricos del cuerpo como referente, como centro de esos procesos sociales. El tema es saber cómo sintió en carne propia, por así decirlo, el Derecho Indiano ese hombre americano de los siglos XVI a XVIII.

## 1.2 Gesto, comunicación y Derecho

Los gestos son símbolos corporales, actitudes, movimientos, acciones y omisiones que tienen una significación social más allá de su manifestación física, son señales que superan su corporeidad para transmitirnos algo, para comunicarnos un cierto significado, para hacernos conocer un mensaje del espíritu.

Como señala Gregorio Marañón<sup>3</sup>, los gestos no se limitan a las expresiones faciales sino que pueden estar constituidos por posiciones o movimientos de cualquier parte del cuerpo; y, aún mas, los gestos pueden ser también acciones como presentarse o no presentarse en un determinado lugar, saludar o no saludar y dejar a la otra persona con el brazo estirado, perdonar y otros similares. En ese sentido, incluso el silencio puede ser un gesto que transmite una carga expresiva, que puede ser muy vigorosa según las circunstancias.

El Derecho es siempre un sistema de comunicaciones: la sociedad se conecta entre sí mediante comunicaciones vinculantes que van creando obligaciones y derechos con el objeto de dar coherencia a las conductas de los individuos. El contenido de estas comunicaciones tiene su origen en el espíritu, en los valores y principios que rigen una determinada cultura. En última instancia, el Derecho es una manifestación del espíritu: es la respuesta del orden de la mente frente al caos del mundo a fin de intentar no la eliminación de sus contradicciones y enfrentamientos sino para organizarlos productivamente. Pero las comunicaciones no se pueden hacer sino en la materia y por la materia: la comunicación es una exteriorización, es decir, una salida de un individuo hacia otro u otros individuos. Y eso solo es dable por la vía de la materia que proporciona el soporte que se encarga de transmitir el pensamiento de una persona a otra. Es el cuerpo y sus expresiones, los que ponen en contacto el espíritu de los seres humanos.

Estas comunicaciones pueden ser dirigidas desde el Estado a los particulares (con el objeto de ordenar, prohibir, facultar o facilitar ciertas conductas), como pueden ser también, en sentido inverso, dirigidas por los particulares al Estado (con el objeto de constituir el Estado como tal, pero también para formular reclamaciones o peticiones). Las comunicaciones pueden ser asimismo, es decir, entre dos o más particulares,

---

<sup>3</sup> Gregorio MARAÑÓN, *Psicología del gesto*, Santiago de Chile, Editorial Cultura, 1937, pp. 5-8.

garantizadas por el aparato estatal; y en este caso están orientadas a crear conciertos en los aspectos más diversos de la vida, como también a provocar rupturas. Finalmente, cabe también hablar de comunicaciones sobre comunicaciones, es decir, órdenes, prohibiciones o facilitaciones del Estado en relación con la forma como deben darse las comunicaciones entre particulares.

Como toda comunicación, aquellas que incorpora el orden jurídico contienen un significado que es inmaterial (aunque se refiera a situaciones materiales) y un soporte que es material, vale decir, aprehensible por los sentidos. Los soportes de la comunicación jurídica son usualmente la palabra o la escritura. Sin embargo, estos no son los únicos medios de transmitir significaciones sino que también existe el lenguaje del gesto. En esta forma, las normas o contratos pueden ser expresados en gestos o pueden obligar, prohibir o facultar ciertos gestos. El lenguaje y las actitudes corporales resultan así tanto un medio de expresión del Derecho como un objeto de regulación por el Derecho.

Todo Derecho, en última instancia, tiene que utilizar lo corporal como canal de expresión y como objeto de regulación, debido a que los hombres somos seres de carne y hueso, vivimos en un mundo material y es precisamente esta dimensión corporal y externa que requiere ser ordenada jurídicamente. *Corpus quasi vas est, aut aliquod animi receptaculum*, decía ya Cicerón.<sup>4</sup> El Derecho moderno, sin embargo, tiende a organizarse sobre la base de lo que Max Weber llama la formalidad lógica. Es así como, en el Derecho moderno, para formalizar una compra venta no se requieren palabras rituales ni gestos especiales; basta acreditar que ha habido acuerdo sobre la cosa y precio para que el contrato se considere perfeccionado. No obstante, a pesar de que el predominio de la lógica es un rasgo distintivo esencial de este tipo de Derecho, este no puede dejar totalmente de lado aquello que Weber denomina las formalidades materiales, es decir, las formas de expresión perceptibles por los sentidos: la escritura y firma de un documento en ciertos casos, la colocación de una huella digital en otros, el gesto de levantar la mano para dar su consentimiento en una votación y otros que forman parte de nuestra vida cotidiana.

Pero, si el Derecho moderno es parco en gestos materiales, otros Derechos históricos han dado una importancia mayor al lenguaje corporal, a los gestos y a las conductas, a las expresiones materiales simbólicas y también al cuerpo como objeto de regulación, incorporando dentro de la juridicidad aspectos que no serían hoy materia de ella. En estos sistemas, los gestos se convierten en formas *sine qua non* de hacer valer ciertos derechos o en formas *sine optione* de cumplir obligaciones impuestas por el Derecho. Pienso que el Derecho Indiano puede situarse dentro de los Derechos históricos que privilegian el tratamiento del cuerpo y sus significaciones. Cuando leemos sus normas y sus tratados de doctrina, a cada paso nos encontramos con una importante reglamentación de expresiones corporales que consisten en la obligación

---

<sup>4</sup> «El cuerpo es como un vaso o como un receptáculo del alma». CICERÓN, *Tusculanae*, 1, 22.

de realizar ciertos gestos, en el cumplimiento de ciertos ritos, en la observancia de precedencias o de maneras de vestir, en la prohibición de ciertas actitudes o conductas vinculadas al cuerpo, y en otras situaciones análogas. Lo que interesa, entonces, como tema de esta investigación son, fundamentalmente, los gestos y actitudes corporales que reciben un tratamiento jurídico en el Derecho Indiano, pero que estarían fuera del marco de lo jurídico dentro del Derecho moderno.

### 1.3 La pluralidad social de órdenes normativos

Por otra parte, siguiendo siempre a Tau Anzoátegui, en la consideración de este tema debemos tener en cuenta que existe siempre una pluralidad de órdenes normativos dentro de toda sociedad.<sup>5</sup> Al lado del Derecho, encontramos las prescripciones religiosas, las obligaciones morales, las reglas de trato social, las costumbres.

El Derecho moderno trata de distinguir en la mayor medida posible entre estas normatividades, proclamando la autonomía del Derecho frente a la religión y la moral y domando la costumbre para que se incorpore dentro del orden positivo como elemento subsidiario en casos especiales que la Ley debe autorizar. En esta forma, se pretende construir una administración que está a cargo exclusivamente de abogados y una ciencia «pura», es decir, libre de todo objeto de estudio no positivo, que está a cargo de personas especializadas, *i.e.*, de juristas. El caso más extremo en este sentido es quizá el planteamiento de Hans Kelsen; pero, en general, todo Derecho moderno se postula como autónomo en mayor o menor grado.

En cambio, en otros Derechos históricos se produce una estrecha vinculación entre estos campos hoy separados, de manera que el orden normativo que llamaríamos jurídico admite y muchas veces busca elementos religiosos, morales o derivados de la costumbre para regular determinadas situaciones. Esto lleva a que la separación entre el Derecho y estas otras perspectivas normativas no sea radical y que encontremos muchas veces en las normas o en los tratados jurídicos aspectos que actualmente no pertenecerían al dominio del Derecho.

## 2. EL DERECHO INDIANO DE LOS GESTOS Y DEL CUERPO

El Derecho Indiano —y el Derecho de los demás reinos de España en esa época— participa de esta integración de los hoy diferentes planos normativos y es así como encontramos leyes que regulan situaciones que actualmente no serían consideradas por el Derecho. Asimismo, podemos encontrar comentarios morales y teológicos en las obras jurídicas y comentarios jurídicos en las obras teológicas y morales. En muchos casos, la fundamentación de una norma o de una opinión hay que buscarla en esferas que hoy en día serían extrañas al trabajo del jurista.

---

<sup>5</sup> TAU ANZOÁTEGUI [2], p. 23.

La Nueva Recopilación trasunta un sustrato religioso-moral que a veces aflora directamente a la superficie pero que siempre se encuentra como cimiento de las construcciones jurídicas. Cuando la Recopilación se refiere al derecho de retracto que puede ejercer cualquier persona del mismo abolengo en el caso de que el heredero quisiera vender a terceros la propiedad heredada, señala que esta institución ha dado lugar a muchos abusos sobre la base de que quienes pueden ejercer el retracto esperan muchos años hasta encontrar la mejor ocasión, alegando que al tiempo en que se venció el plazo eran menores de edad o se encontraban ausentes.<sup>6</sup> «Lo qual parece», dice la ley, «cosa muy inhumana y muy subjeta a fraude e a peccado».<sup>7</sup> La referencia a la humanidad como criterio («cosa muy inhumana») merece un estudio especial, no siendo este el lugar. Pero nos interesa destacar ahora la vinculación entre el fraude (que es una falta del Derecho Civil o, eventualmente, del Derecho Penal) con el pecado (que es una falta religiosa): la Ley menciona ambos niveles sin hacer mayores distinciones, como si fueran simplemente dos puntos de vista de una misma situación que tiene que ser aprehendida por el Derecho en toda su integridad. Y el cronista del Perú y jurista Juan de Matienzo<sup>8</sup> glosa esta frase señalando que la mención que hace la norma es adecuada «porque los legisladores y los Príncipes deben cuidar de ello, castigando no solamente el pecado ya cometido sino también apartando las ocasiones de pecar»;<sup>9</sup> y Matienzo agrega que ya ha emitido esta misma opinión en otra parte de la obra, como efectivamente encontramos un comentario similar al tratar de la herencia de los hijos de barraganas de clérigos cuando dice que «Verdaderamente, los Príncipes y legisladores deben preocuparse por no solamente castigar el pecado después de que ya ha sido ejecutado sino también alejar hasta donde fuere posible las ocasiones de pecar».<sup>10</sup>

Es dentro de este marco de un concepto de Derecho todavía no suficientemente diferenciado de las otras normatividades sociales que este ensayo se propone estudiar los gestos y el tratamiento del cuerpo en el Derecho Indiano, entendiendo por tal todo el Derecho vigente en las Indias españolas, ya sea que sus normas provengan del Derecho común del Reino, del llamado Derecho «municipal» que comprende

<sup>6</sup> *Nueva Recopilación de las Leyes de España*, año 1567, (en adelante «Nueva Recopilación»), libro V, tít. II, ley VIII.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Commentaria Ioannis Matienzo Regii Senatoris in cancellaria Argentina Regni Peru in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*. Excudebat Franciscus Sanctius. Mantuve Capentanae. Anno MDLXXX. Todas las citas a este libro consisten en el Libro, Título y Ley de la Nueva Recopilación a la cual glosa, seguidos del número de la glosa y acápite de Matienzo y de la foja en que se encuentra tal glosa en la edición citada.

<sup>9</sup> «[...] *quod legumlatoribus & principibus id curae esse debet, non modo peccatumiam patratum punire, sed etiam peccandi occasionem arcere* [...]». *Ibidem*, Libro V, título II, ley VIII, glosa X, «k», fs. 368v.

<sup>10</sup> «[...] *Principibus enim & legumlatoribus curae esse debet, non modo peccata punire post quam patrata fuerint, sed etiam peccandi occasionem fieri poterit amouere* [...]». *Ibidem*, Libro V, título VIII, ley VI, glosa I, 3, fs. 214v.

las leyes dadas por España específicamente para el Nuevo Mundo como también las costumbres en Indias y los Derechos indígenas o mestizos que rigen la vida de las poblaciones de América durante el Virreinato.<sup>11</sup>

No cabe duda de que el Derecho Indiano está impregnado notablemente de materialidad en sus formas; y, de otro lado, su preocupación moral y religiosa lo lleva a reglamentar, a veces, en forma muy minuciosa los gestos y actitudes corporales.

Ahora bien, hay muchos tipos de gestos. Hay gestos permitidos, que no voy a tocar por cuanto el Derecho generalmente se limita a no pronunciarse sobre ellos. Hay gestos constitutivos en cuanto constituyen la forma de crear un Derecho y hay, incluso, gestos fundacionales que establecen las bases de todo un sistema jurídico. Hay gestos obligatorios que ayudan para transmitir un valor socialmente aceptado y refuerzan la estructura de la sociedad; y hay gestos prohibidos —que pudiéramos llamar «antigestos»— que, por el contrario, son subversivos porque transmiten señales que se oponen a los valores en lo que la sociedad cree.

## 2.1 Gestos constitutivos

El gesto más temprano que encontramos en la historia del Derecho Indiano es la toma de posesión de las tierras recién descubiertas por el Almirante D. Cristóbal Colón: «Sacó el Almirante la bandera real y los capitanes con dos banderas de la Cruz Verde, que llevaba el Almirante en todos los navíos por seña, con una F y una Y: encima de cada letra su corona, una de un cabo de la † y otra de otro». Y en medio de ese paisaje paradisíaco, con árboles muy verdes cargados de frutas variadas y ante la mirada asombrada de unos nativos desnudos, «El Almirante llamó a los dos capitanes y a los demás que saltaron en tierra, y a Rodrigo de Escovedo, Escribano de toda la armada, y a Rodrigo Sánchez de Segovia, y dijo que le diesen por fe y testimonio, cómo él por ante todos tomaba, como de hecho tomó, posesión de la dicha isla por el Rey y por la Reina, sus señores, haciendo las protestaciones que se requerían, como más largo contiene en los testimonios que allí se hicieron por escrito».<sup>12</sup>

Pero el gesto fundacional es, sin duda, el requerimiento, ya que tiene enormes consecuencias jurídicas: el conquistador, antes de iniciar la conquista, tenía que leerle al conquistado un requerimiento para que creyera en el Dios verdadero y se sujetara a la autoridad del Papa y del Rey de España. En Cajamarca, es un sacerdote dominico quien, por encargo de Francisco Pizarro, se acerca al Inca y le lee el texto redactado en España por el jurista Palacios Rubios: «De parte de su Majestad Don

<sup>11</sup> Alfonso GARCÍA GALLO, *Metodología de la historia del Derecho indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, pp. 18-20.

<sup>12</sup> Cristóbal COLÓN, «El primer viaje a las Indias», Relación compendiada por Fray Bartolomé de las Casas, en *Cristóbal COLÓN, Los cuatro viajes del Almirante y su testamento*, 7a. ed., Colección Austral, Madrid, Espasa-Calpe, 1980, pp. 29-30.



Carlos I, Rey de Castilla, etc. yo, su criado, mensajero y capitán, vos notifico y hago saber como mejor puedo que Dios Nuestro Señor, uno y eterno, creó el cielo y la Tierra...» y le explica que el Papa —que significa «admirable padre y guardador»— es el encargado por Dios para que «de todos los hombres del mundo fuese señor y superior, a quien todos obedeciesen» como «rey y señor del universo». Y es así como el Papa, en tanto que «señor del mundo», había hecho donación de estas tierras a los Reyes Católicos. Por consiguiente, se le requiere a Atahualpa para que reconozca en nombre de su pueblo a la Iglesia «por señora y superiora del universo mundo y al Sumo Pontífice llamado Papa en su nombre, y a su Majestad en su lugar, como superior y señor y rey de las islas y tierra firme». Como parte de tal reconocimiento, el Inca debe aceptar —entre otras cosas— que los sacerdotes le enseñen la religión católica a su pueblo. Si así lo hiciera, será recibido con amor y caridad y se dejará a sus mujeres e hijos sin servidumbre. En caso contrario, se les hará la guerra «por todas partes y manera» y como resultado se les sujetará al yugo de obediencia a la Iglesia y a su Majestad y sus mujeres e hijos serán tomados por esclavos y vendidos y se les tomarán todos sus bienes.<sup>13</sup>

Podemos imaginar el contexto teatral dentro del cual se da este gesto y el dramatismo que impregna la escena. Los hombres de Pizarro habían estado despiertos toda la noche esperando la llegada del Inca y sus huestes en la mañana siguiente. El artillero griego Pedro de Candía, con un pequeño cañón de un solo tiro, se había emplazado en los altos de las construcciones ubicadas frente a la plaza, acompañado de varios trompeteros que debían hacer mucho ruido cuando les fuera ordenado. Pizarro con la gente de a pie y Hernando de Soto con la gente de a caballo y los caballos mismos habían permanecido toda la noche metidos en un galpón, mientras «se orinaban de puro temor»,<sup>14</sup> esperando el momento preciso para hacer una salida espectacular y atemorizadora. Las cabalgaduras habían sido cubiertas de cascabeles para «echar espanto a los indios». Hacia el fin de la mañana, llega el Inca con dos mil indios que le barrían el lugar por donde iba a pasar, su gente de guerra se desplazaba por los campos, mitad de un lado y mitad del otro del camino. Las lentejuelas y otras piezas de oro y plata que traían encima relucían con el sol en forma espectacular. Y precedían al Inca muchos indios cantando y bailando. Es así como entran a la plaza «los escuadrones con grandes cantares». Entonces Pizarro envía al P. Valverde para cumplir con ese gesto jurídicamente indispensable del requerimiento. Martinillo,<sup>15</sup> un lengua o traductor, fue dando a

---

<sup>13</sup> Texto transcrito por Lewis HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Madrid, Colegio Universitario de Ediciones Istmo, 1988, pp. 53-55.

<sup>14</sup> Esta descripción ha sido tomada de Pedro PIZARRO, *Relación del Descubrimiento y Conquista de los Reinos del Perú*, Lima, Guillermo LOHMANN VILLENA (ed.), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978, pp. 35-40.

<sup>15</sup> El P. Vargas Ugarte, basándose en algún otro cronista, habla de Felipillo. Rubén VARGAS UGARTE S.J., *Historia General del Perú*, Lima, Editor Carlos Milla Batres, t. I, 1966, p. 52.

conocer en quechua todo el discurso del sacerdote al Inca. Pero, indudablemente, aun cuando el Inca entendía las palabras, no podía entender el mensaje, no podía comprender el significado del gesto: le hablaban de un Dios extraño, de un rey lejano que pretendía dominarlo y de una obligación a someterse con sus varios miles de hombres de guerra ante un puñado de extranjeros. Frente a un discurso conceptualmente tan ininteligible, el Inca se preocupó más bien del libro —presumiblemente un Breviario— que el P. Valverde traía en la mano. Preguntó lo que era y pidió verlo. Pero, una vez en sus manos, no supo cómo abrirlo y entonces lo arrojó con furia. Luego contestó que los españoles eran unos bellacos y que los mataría a todos.

No cabe duda de que este gesto jurídico, realizado dentro de una teatralidad inusitada, tuvo consecuencias muy profundas por cuanto cambió la faz de los pueblos. Nótese que la respuesta del Atahualpa arrojando el Breviario es, por así decirlo, el «anti-gesto», es la manifestación gestual de un rechazo frente al enigma.

Pero al nivel del orden jurídico ya establecido y de las relaciones entre los sujetos a dicho orden, encontramos también algunos gestos constitutivos importantes. Uno de ellos que involucra más al cuerpo en su expresividad ha sido siempre el de la manifestación material de la posesión, que da inicio al apoderamiento jurídico de una cosa.

Sabemos que en Derecho Romano, particularmente en su primera época, para tomar posesión de un inmueble era preciso entrar en él, pisarlo, cortar algunas ramas y revolcarse en la tierra; el Derecho Imperial tiende a «espiritualizar» la institución aligerando el requisito del posesionamiento *corpore* o por contacto físico y hasta sustituyéndolo en algunos casos con el contacto *oculis et affectu*,<sup>16</sup> lo que permitía que la ceremonia de transmisión de la posesión se efectuara sin estar en el terreno con el transfiriente sino que este le enseñaba tal terreno al adquirente desde una torre (*contacto oculis*, vale decir, «por los ojos»); pero el adquirente tenía después que tomar posesión física.

En el antiguo Derecho castellano, la corporalidad de la toma de posesión se mantiene, aun cuando el primitivo formalismo material se simplifica. En las Partidas de Alfonso el Sabio se da una definición de la posesión que es extraordinariamente transparente respecto de dicha corporalidad: «Posesión tanto quiere dezir, como ponimiento de pies... tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento».<sup>17</sup> Otra ley dice que posesión de una cosa es que el poseedor «la entre en sí corporalmente».<sup>18</sup> La configuración simbólica de la posesión como el acto de poner los pies, es muy gráfica y corresponde a la tradición romana.

<sup>16</sup> Paul Jörs, *Derecho Privado Romano*, Barcelona, edición refundida por Wolfgang Kunkel, Editorial Labor S.A., 1937, p. 164.

<sup>17</sup> *Las Siete Partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio*, glosadas por el Lic. Gregorio López del Consejo Real de las Indias de S.M. (en adelante «Partidas»). Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1843, T. II, p. 427. Partida Tercera, tít. XXX, ley I.

<sup>18</sup> *Partidas*, Tercera Partida, tít. XXX, ley VI, T. II, p. 429.

Y lo es también la expresión que señala que la posesión se realiza con el cuerpo y el alma: «con la ayuda del cuerpo e del entendimiento» dice la ley citada de las Partidas, traduciendo así el *corpore et animo* del Derecho Romano.<sup>19</sup>

El Derecho Indiano mantiene la materialidad de la toma de posesión. Tuve la oportunidad de estudiar profesionalmente los títulos de un terreno en la ciudad de Ica, Perú, que originariamente había sido de propiedad de una Orden religiosa. Esta Orden lo había recibido por una Merced Real en el S. XVIII. En la titulación constaba el acta de toma de posesión por el Prior del Convento del dicho terreno por ante Escribano Público (hoy diríamos Notario) y testigos. En el acta quedaba anotado que, luego de leída públicamente en el sitio mismo la Merced en la que constaba el ánimo del Rey de entregar la propiedad y la posesión a tal Orden, el Prior, acompañado de la comitiva de testigos, dio la vuelta a todo el perímetro de esas tierras concedidas (lo que en Roma se denominaba *glebas circumambulare*), llevando en la mano y tocando ininterrumpidamente una pesada campana mientras gritaba sin cesar: «!Posesión, posesión!».

Un problema interesante es el que presenta la toma de posesión *corpore* de una encomienda. Como es conocido, este sistema de repartimiento de indios para que trabajasen en favor de una persona o encomendero a cambio de que este los ilustrase en la Doctrina Cristiana y los instruyese para vivir como personas civilizadas, fue bastante extendido en los primeros siglos de la presencia de España en Indias. La institución no parece ser original de América sino que se trata de vestigios feudales, un anacronismo que además fue corrompido en su nuevo uso dentro de un contexto absolutamente diferente de la Europa medieval. La palabra misma «encomienda» puede venir del ritual del vasallaje, en el que el señor toma las manos del vasallo y este dice que por ese acto *in vasatico se commendare per manus* (encomendarse en vasallaje por medio de las manos).<sup>20</sup> Del término latino *commendatio* (encomienda), se derivan las expresiones francesas de *commandise* (nuevamente, encomienda) y *commendé* (encomendado) que fueron utilizadas como sinónimos de vasallos hasta el S. XII.<sup>21</sup> En este caso, se trataba de una relación creada por el contrato de vasallaje que, aunque jerárquica, tenía como base un acuerdo libre e individual: el vasallo ciertamente no es un siervo. Sin embargo, posteriormente el término de «encomendados» va quedando reservado a grupos de personas que han caído en una situación cuasi servil, aunque originalmente eran verdaderos vasallos libres.<sup>22</sup> Es posible que sea esta forma decadente de la institución que llega a América como un revivalismo feudal. El propio Solórzano y Pereyra reconoce el parentesco de la encomienda indiana con el sistema feudal cuando trata sobre ella en términos expresamente análogos —no iguales— al feudo. Sin embargo, marca las diferencias y atribuye a la encomienda americana una naturaleza más cercana a

<sup>19</sup> PAULUS, *Digestae*, 41, 2, 3, 1.

<sup>20</sup> F. L. GANSHOF, *El feudalismo*, Barcelona, Editorial Ariel, 1974, p. 54.

<sup>21</sup> Marc BLOCH, *La société féodale*, París, Éditions Albin Michel, 1968, p. 210.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 374-375.

la de esa degradada *commendatio* de la Baja Edad Media: «En la misma significación son llamados en el Reino de Nápoles, en Alemania y en otras partes ‘*commendati*’, ‘*recommendati*’ o ‘*affidati*’, un género de hombres que no llegan a ser vasallos, pero se han puesto debajo de la protección y defensa de un poderoso».<sup>23</sup> Sin embargo, aún en esta forma venida a menos de la *commendatio* europea, todavía era el grupo o género de personas débiles que se pone, por su voluntad, bajo la protección del poderoso; en cambio, en América, los indios son repartidos y puestos masivamente, sin tener en cuenta su voluntad, bajo una presunta «protección» de un conquistador.

El problema jurídicamente interesante es determinar la formalidad material o gesto que constituye la toma de posesión por el encomendero de los indios encomendados. En el feudo, hay un acto por el cual, para llevar la toma de posesión «a debido efecto, pone y mete corporalmente al feudatario, así criado y elegido, en la posesión vacua y actual de la cosa que se le prometió y concedió en feudo».<sup>24</sup> Y la encomienda medieval, es decir, el hecho de *se commendare* (o *commitere*)<sup>25</sup> se formaliza con el *hommage*<sup>26</sup> que se expresa mediante tres gestos corporales: (a) la *inmixtio manuum*,<sup>27</sup> por la que el vasallo coloca sus manos juntas en las manos del señor, que las cierra sobre ellas y que era acompañada por la declaración formal del vasallo: «Señor, me hago hombre vuestro», siendo este aspecto oral menos importante que el gesto de las manos; (b) la *fides*,<sup>28</sup> que era el juramento de fidelidad que prestaba el vasallo a su señor y (c) el *osculum*,<sup>29</sup> es decir el beso que si bien no era constitutivo del acto servía para confirmar las promesas recíprocas de señor y vasallo —*manibusque receptum osculatus est*—<sup>30</sup> de la manera como ahora puede serlo el apretón de manos.

Pero la posesión de la encomienda indiana, por la particular naturaleza de esta y por su carácter masivo (no se trata de una persona que se encomienda como en el caso del vasallo medieval sino de todo un pueblo que es encomendado), presenta muchos problemas que deben ser resueltos jurídicamente. En primer lugar, para que pueda llevarse a cabo el acto de toma de posesión se requiere tener materialmente el título de la encomienda, es decir, el documento que la crea. Y este tiene que ser original, sin lo cual no se puede tomar posesión (este apego al papel original es también parte de las formalidades materiales).

Pero la tenencia del título no excusa la necesidad de que se tome posesión actual de los indios encomendados, porque el título no es posesión sino un contrato en

<sup>23</sup> Juan de SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, Madrid, Edición Biblioteca Castro, 1996 [1647], lib. III, cap. I, 6, t. II, p. 625.

<sup>24</sup> *Ibidem*, lib. III, capít. XIV, 2, t. II, p. 836.

<sup>25</sup> GANSHOF [20], p. 115.

<sup>26</sup> *Ídem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>30</sup> «y después de haberlo recibido por las manos, lo besó». *Ídem*.

virtud del cual se puede —y se debe— tomar posesión.<sup>31</sup> Y una «actual y corporal investidura es el único modo de adquirir los feudos y la señal necesaria de ellos».<sup>32</sup> Por ello la toma de posesión debe realizarse directamente sobre aquello poseído y, por tanto, debe comprender a todos y cada uno de los encomendados; y tratándose de una encomienda masiva, esto genera muchas dificultades.

Sucede, comenta Solórzano y Pereyra, que en las encomiendas indianas se suele entender el acto de posesión de los indios encomendados con uno solo de ellos, principalmente con el cacique. Pero, observa acertadamente, esto «No deja de tener alguna dificultad, porque como la encomienda es y significa un todo universal que consta y se compone de diferentes derechos y cuerpos, parecería ser necesario que se tomara de por sí en cada uno de ellos, pues consiste más en hecho que en derecho, y se suele decir que no se posee más de lo que de hecho y verdad sea aprehendido y poseído».<sup>33</sup> Como puede verse, el problema es grave porque esto significaría que la toma de posesión exige aprehender corporalmente a todos y cada uno de los indios encomendados. Solórzano y Pereyra cree resolver el dilema considerando que la parte no difiere del todo sino que el todo se integra con cada una de sus partes. Por consiguiente, «basta pedir la posesión de todo este cuerpo universal y tomarla en una de sus partes o cosas en nombre de las demás [...] como se verifica en un fundo o heredad, donde enseña el derecho que en cualquier parte o terrón de ella que se pise y posea es visto quedar tomada y aprehendida la del todo el feudo».<sup>34</sup> La solución es ingeniosa pero no hace sino acentuar el carácter servil de la encomienda indiana, ya que trata a una colectividad de personas como un simple objeto (la tierra) y a cada hombre en particular como un simple terrón.

## 2.2 Gestos relacionados directamente con aspectos religiosos

Quizá una de las fuentes gestuales más importantes del Derecho Indiano son las normas vinculadas a la práctica de la Religión verdadera y al rechazo de toda otra, tanto bajo la forma de gestos obligatorios como de gestos prohibidos.

Uno de los gestos obligatorios de veneración es bastante notable: nada menos que «Los Virreyes y Oidores, Governadores y otros Ministros de qualquier dignidad, o grado, y todos los demás Christianos que vieren passar por la calle al Santíssimo Sacramento, son obligados a arrodillarse en tierra, a hacer reverencia, y estar assí hasta que el Sacerdote aya passado, y acompañarle hasta la Iglesia de donde salió [...]».<sup>35</sup> La ley establece pena de multa si no se cumple y agrega que «no se escusen por lodo, ni

<sup>31</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA [23], lib. III, capít. XIV, 8, t. II, p. 838.

<sup>32</sup> *Ibidem*, lib. III, capít. XIV, 10, t. II, p. 838.

<sup>33</sup> *Ibidem*, lib. III, capít. XIV, 22, t. II, p. 841.

<sup>34</sup> *Ibidem*, lib. III, capít. XIV, 23, t. II, p. 842.

<sup>35</sup> Leyes de Indias, t. I, libro I, tít. I, ley XXVJ.

polvo, ni otra causa alguna». Esta obligación se hace extensiva incluso a los infieles por cuanto están ante el Dios verdadero aunque ellos no lo conozcan: «[...]y los Indios infieles se arrodillen en tierra, como los Christianos, y el que lo contrario hiciere puede ser llevado ante la Justicia del Lugar por qualquier persona, y si se lo probare con dos testigos, la Justicia le corrija con pena arbitraria, según la capacidad del Indio; y ello se entienda con los que tuvieren más de catorce anos».<sup>36</sup>

Otra obligación de índole similar y que parece tener reminiscencias musulmanas es el deber de los indios de que «quando oyeren tocar la campana de la oración se quiten los llautos<sup>37</sup> y se hinquen de rodillas en el suelo y rezarán el Ave María como hacen los Christianos».<sup>38</sup> La norma indica que deben hacer como los hacen los cristianos; pero no he podido determinar si esta similitud se refiere al gesto completo (lo que significaría que debería existir una norma que imponga a los españoles una obligación similar) o si no existe tal norma y la referencia simplemente alude a rezar correctamente el Ave María como los cristianos. Por otra parte, también puede interpretarse que este gesto de devoción es impuesto a todos los indios, cristianos y no cristianos, y que la norma está dirigida a los infieles.

Una norma igualmente sugestiva es la que establece que prohíbe pisar los símbolos cristianos y, por consiguiente, se prohíbe también que «Ninguno haga figura de la Santa Cruz, Santo ni Santa en sepultura, tapete, manta ni otra cosa, en lugar donde se pueda pisar [...]».<sup>39</sup> La pena es de multa. Pero, como esta ley es recién de Felipe IV y antes pudieron haberse hecho figuras en tales lugares, se ordena que se las quite y se las ponga donde no se pueda pisar. Cuando estén en lugares públicos, si se trata de lugares sagrados son los Prelados quienes quedan con la obligación de quitarlas; y, si están en lugares no sagrados, las Justicias Reales son quienes asumen tal obligación.<sup>40</sup>

Un tema particularmente sensible es el que se refiere a la conducta dentro de la Iglesia. Las normas son amplias y drásticas sobre este punto: «Porque conviene que los naturales de nuestras Indias tengan toda reverencia y respeto a los lugares Sagrados, a los Arzobispos, Obispos y Ministros de la Iglesia, Santos Sacramentos y Doctrinas defendemos y prohibimos a todas, y qualesquier personas de qualquier estado y calidad que sea, asistir a las Iglesias ni Monasterios arrimados ni echados sobre los Altares, ni passarse al tiempo que se digan los Oficios Divinos, y predicaren los Sermones, ni tratar, ni negociar en las Iglesias, ni Monasterios en qualquier negocio, ni poner

<sup>36</sup> *Ídem.*

<sup>37</sup> Los «llautos» son una suerte de adorno que rodea la cabeza pasando por la frente. Dice Pedro Pizarro que «son una trenças hechas de lana de colores, de grosor de un medio dedo, y de anchor de uno [...] hecho esto una manera de corona, no con puntas, sino redonda, de anchor de una mano, que encaxaua en la cabeça». Pedro PIZARRO [14], p.66.

<sup>38</sup> Lic. D. Thomas de BALLESTEROS, Tomo Primero de las Ordenanzas del Perú, Lima, Imprenta de Francisco Sobrino y Bados, 1752, lib. II, tít. VIII, Ordenanza primera.

<sup>39</sup> Leyes de Indias, t. I, lib. I, tít. I, ley xxvij.

<sup>40</sup> *Ídem.*

impedimento a que se digan los Divinos Oficios, ni estorvar, ni retraer de su devoción a las personas que a las Iglesias ocurrieren a los oír».<sup>41</sup>

Hay incluso una intranquilidad de que alguna forma del pecado sexual pueda cometerse o propiciarse en las iglesias, lo que lleva a dar reglas especiales. La permanente preocupación en este sentido se muestra, por ejemplo, en la Carta Pastoral del Arzobispo de Lima en 1756 con motivo del terremoto de Lisboa que causó los peores estragos entre los fieles que asistían a los Santos Oficios. La razón de ello, decía el Arzobispo Berroeta, es que se trata del castigo por el pecado de estar en la iglesia sin la debida decencia. Y lo mismo puede suceder en el Perú, advertía, porque el sexo que se precia de más devoto viene adornado con costosas galas y piedras preciosas, y es claro que no viene al Templo para ver y reverenciar una imagen religiosa sino a ser vistas y codiciadas por los hijos de los hombres;<sup>42</sup> y las mujeres de baja esfera vienen con la ropa muy alta, tan indecentemente vestidas que parece que las iglesias no se han hecho para quitar del mundo los pecados sino para provocar a ellos.<sup>43</sup> El asunto es suficientemente grave como para que los juristas discutan si es lícito realizar la cópula en la iglesia entre cónyuges, teniendo en cuenta que estos tienen recíprocamente el «débito conyugal» y, por tanto, ninguno de los dos puede negarse si el otro lo pide.<sup>44</sup>

Es importante destacar que no son solo las autoridades eclesiásticas las que deben interesarse sobre este problema sino también las autoridades políticas tienen a su cargo velar por la compostura y la moral dentro de las Iglesias: «Y mandamos a nuestros Virreyes, Presidentes y Oidores, Governadores, Corregidores y otros Jueces, que no consientan ni den lugar que en las Iglesias y Monasterios estén los hombres entre las mugeres, ni hablen con ellas [...] y tengan muy particular cuidado con la autoridad de los Prelados y Ministros de las Iglesias, para que las cosas del servicio de Dios nuestro Señor y culto Divino se hagan con la decencia conveniente, y ocasione a los naturales mayor edificación, y para su conversión a nuestra Santa Fe Católica».<sup>45</sup> Esta es una norma de Derecho y no simplemente un precepto de moral religiosa. Por otra parte, también debe hacerse notar que hay siempre una preocupación de enseñanza y convencimiento a los naturales: el cuerpo, las posturas, gestos, etcétera enseñan a los indios a hacer el bien o a hacer el mal, porque se aprende con el ejemplo corporal; de ahí que, estando frente a un pueblo infiel o en proceso de evangelización, se haga aún más necesaria la observancia de estas reglas de comportamiento religioso.

<sup>41</sup> *Ibidem*, t. I, lib. I, tít. V, ley primera.

<sup>42</sup> Carta Pastoral que el Ilustrísimo S.S.D. Pedro Antonio de Berroeta y Ángel, Arzobispo de los Reyes, dirige al Venerable Clero y amado pueblo de su Diócesis, con ocasión de las noticias, que se han participado de España del gran Terremoto que en el día primero de Noviembre de 1755 se experimentara con grandes estragos en la Europa y otras partes, para que con la prompta Penitencia aplaquen la Divina Justicia que allá castiga y acá nos amenaza, Lima, 1756, p. 29.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>44</sup> Véase *infra*, p. 40.

<sup>45</sup> Pedro Antonio de BERROETA y ÁNGEL [42], p. 30.

Un conjunto de gestos previstos por la ley que tiene tanto de mandato como de prohibición es el que se deriva de la necesidad de desterrar las antiguas religiones. En muchos casos se trata de gestos casi bélicos, agresivos, contra lo que se considera que son idolatrías y hasta manifestaciones demoníacas. En ese sentido, la norma fundamental es aquella que ordena a las Autoridades «derribar y derriben, quitar y quiten los Ídolos, Ares<sup>46</sup> y Adoratorios de la Gentilidad».<sup>47</sup> Y como contrapartida de este mandato se establece en forma radical la prohibición del anti-gesto, *i.e.*, que los indios idolatren y hagan sacrificios, lo que se sanciona con graves penas.<sup>48</sup> Por otra parte, las disposiciones legales establecen que es necesario evitar el contacto entre los antiguos sacerdotes de las religiones prehispánicas y los indios. Por ello se ordena que físicamente se «aparten de la comunicación de los naturales a estos supersticiosos idólatras, y no los consientan vivir en unos mismos pueblos con los Indios, castigándolos conforme a derecho».<sup>49</sup> Esta exclusión física es terminante. Pero la idea es que no se pierdan tampoco las almas de estos dogmatizadores y por eso, dado que son los más convencidos de las antiguas doctrinas, hay que colocarlos entre los que mejor pueden convencerlos de la verdad del Cristianismo mediante su teología pero indudablemente también como modelos de vida, mediante sus gestos cotidianos, vale decir, entre los monjes de un Convento: hay que «apartar de entre los Indios a los que son dogmatizadores, y enseñan la idolatría y los repartan en Conventos de Religiosos».<sup>50</sup>

Hay algunas conductas que son proscritas incluso con repugnancia, como es el caso cuando se prohíbe «comer carne humana, aunque sea de los prisioneros, y muertos en la guerra, y hacer otras abominaciones contra nuestra Santa Fe Católica, y toda razón natural, y haciendo lo contrario, los castiguen con mucho rigor».<sup>51</sup> Esta prohibición que forma parte de la Recopilación de las Leyes de Indias también aparece en particular en el Perú en las Ordenanzas locales: el que matare a otro es sancionado, pero la norma precisa que también se comprende al que comiere carne humana o diere veneno o hiciere hechizo para matar a otro<sup>52</sup>. Es interesante comprobar que todavía en una fecha ya avanzada de la colonización como es el año de 1552, se hace necesario dar una norma que prohíba que los indios maten a la mujer y a los criados del Cacique o noble que ha fallecido para ser enterrados con estos, a fin de que los acompañen y sirvan en la otra vida.<sup>53</sup> Y esta disposición es comentada todavía

<sup>46</sup> Posiblemente «Aras» o altares.

<sup>47</sup> Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, [en adelante «Leyes de Indias»] mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del rey Don Carlos II, Nuestro Seor. Va dividida en quatro tomos. 3a. ed. Madrid, por Andrés Ortega, 1774, t. I, libro I, tít. I, ley vij.

<sup>48</sup> *Ídem.*

<sup>49</sup> *Ibidem*, t. I, lib. I, tít. I, ley viij.

<sup>50</sup> *Ibidem*, t. I, lib. I, tít. I, ley IX.

<sup>51</sup> *Ibidem*, t. I, lib. I, tít. I, ley VIJ.

<sup>52</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. II, Ord. xv.

<sup>53</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VI, tít. VII, ley xv.



por Solórzano y Pereyra en 1647 como si fuera un problema actual; e incluso agrega que jurisconsultos de la época —como Julio Laborio, Juan Botero y otros— se han pronunciado contra esta costumbre calificándola de inicua y cruel.<sup>54</sup>

Asimismo, la adjudicación de nombres paganos a los recién nacidos es otro gesto que afecta directamente este proceso de «cristianización-civilización» en el que España se encuentra empeñada. La ley es consciente de que las madres cuando paren, ponen a sus hijos sobrenombres conforme a los ritos y agüeros de la infidelidad, tales como Luna, otros de pájaros, animales, piedras, serpientes y ríos. En consecuencia, ordena que no se pongan a los niños más sobrenombres que los del padre, la madre o el abuelo, debiendo ser sancionados los Sacerdotes que consientan en las denominaciones paganas.<sup>55</sup>

Pero no todas las prohibiciones gestuales de origen religioso afectan solamente a los indios sino también las hay dirigidas a los españoles.

Es así como se considera que uno de los delitos más serios es jurar en nombre de Dios en vano.<sup>56</sup> Este delito aparece ya en una pragmática de Carlos V de 1525, en la que se da cuenta de que se ha convertido en una costumbre, tanto entre hombres como entre mujeres, jurar en nombre de Dios, con fórmulas «malas y feas», por lo que es preciso prohibir en general esos juramentos y cualquier otro que se refiera «a los miembros santísimos de Nuestro Señor», lo que será considerado delito y quien incurra en él será sancionado en su persona y sus bienes.<sup>57</sup> Más tarde, Felipe IV, en pragmática de 1632, deja absolutamente claro que jurar en vano no es solamente jurar en falso sino también jurar sin necesidad: solo se permite el juramento en los juicios o para efectos de un contrato o del cumplimiento de una disposición especial; «y todos los demás absoluta y generalmente los prohibimos».<sup>58</sup> Las Leyes de Indias lo consideran un delito tan grave que le consagran dos páginas,<sup>59</sup> citando la Ley décima del Libro I de la Nueva Recopilación. Insisten además en que jurar en vano es realizar un juramento en ocasiones que no están autorizadas por la ley.<sup>60</sup> Entre los juramentos lícitos, existen algunos que constituyen gestos sociales de la mayor importancia: los Encomenderos están obligados a hacer juramento judicial ante el Gobernador y con fe de Escribano de que tratarán bien a sus Indios.<sup>61</sup> En caso de un juramento innecesario o falso, la pena es muy severa: la primera vez, 10 días de cárcel y 20,000 maravedís de multa; la segunda, 30 días de cárcel y 40,000 maravedís; la tercera, las

<sup>54</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA [23], lib. II, cap. XXV, 40, p. 540.

<sup>55</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. VIII, ordenanza xiiij.

<sup>56</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VII, tít. VIII, ley primera.

<sup>57</sup> *Novísima recopilación de las Leyes de España* (en adelante «Novísima Recopilación»), mandada formar por el Señor Don Carlos IV, impresa en Madrid, año 1805, t. V, lib. XII, tít. V, ley VI, p. 318.

<sup>58</sup> *Novísima recopilación*, t. V, libro XII, tít. V, ley viii, p. 318.

<sup>59</sup> Leyes de Indias, t. I, libro I, tít. I, ley xxv.

<sup>60</sup> *Ídem*.

<sup>61</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VI, tít. IX, ley xxxvij.

mismas penas más el destierro por cuatro años de su ciudad, lo que puede conmutarse por galeras o servicio en el presidio por el mismo tiempo. Y en los procesos judiciales que se sigan por esta causa, no tienen efecto los privilegios de los encausados que se deriven de ser Caballeros de las Órdenes Militares o Ministros Titulados o familiares del Santo Oficio u Hombres de Armas y Guardas de los Virreyes.<sup>62</sup> Pero existen a su vez juramentos que constituyen gestos de la mayor importancia: los Encomenderos están obligados a hacer juramento judicial ante el Gobernador y con fe de Escribano de que tratarán bien a sus Indios.<sup>63</sup>

Evidentemente, otro gesto severamente prohibido por la ley —otro anti-gesto, si utilizamos la terminología antes propuesta— es aquel, tan común entre los españoles, de descargar su ira contra Dios. Ya en las Partidas de Alfonso el Sabio encontramos que son pasibles de acusación por delito «los que denuestan a Dios e a Santa María e a los otros Santos».<sup>64</sup> La prohibición es reiterada por Juan I en 1387 y por Enrique IV en 1562.<sup>65</sup> Los Reyes Católicos en 1476 autorizan, incluso, a que cualquiera que escuche blasfemar, prenda al blasfemador, lo ponga en cadenas y lo lleve a la cárcel.<sup>66</sup> Las sanciones son ejemplares: el corte de la lengua (alguna norma posterior se refiere al «enclavado» de la lengua) y la pérdida de la mitad de sus bienes.<sup>67</sup>

Finalmente, dentro de estos gestos y anti-gestos vinculados a la Religión, debemos mencionar una categoría de gestos impuestos como obligatorios que se orientan a inculcar la Religión Católica a los indios. La ley impone a los patrones y encomenderos españoles ciertas obligaciones destinadas a constreñir a los indios para que asistan a los oficios religiosos y a la enseñanza de la Doctrina, sin que puedan tener excusa para no ir a ellos o no acudir a la catequesis: el español está obligado a hacer un cierto número de concesiones que limitan sus derechos como patrón, a fin de colaborar con el adoctrinamiento y el culto cristiano de los indios que trabajan para él e incluso es responsable de que el indio cumpla con esas obligaciones. De ahí que a los indios en las minas debe exigírseles que «los Domingos y Fiestas oigan Misa y acudan a la Doctrina».<sup>68</sup> Y cuando se les lleva a las minas, tienen que distribuirse las jornadas «de forma que no dejen de oír Misa ningún día de fiesta».<sup>69</sup> Por otra parte, el patrón español no puede oponerse a que vayan sus indios a las reuniones obligatorias de adoctrinamiento, ni aún por razones de trabajo. «Mandamos que en cada uno de los Pueblos de Christianos de nuestras Indias se señale por el Prelado hora determinada cada día, en la cual se junten todos los Indios, Negros, y Mulatos, assí esclavos como

<sup>62</sup> *Ídem.*

<sup>63</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VI, tit. IX, ley xxxvij

<sup>64</sup> Partidas, Séptima Partida, tit. XXVIII, t. III, pp. 499-503.

<sup>65</sup> *Novísima recopilación*, t. V, libro XII, tit. V, leyes I y II, p. 317.

<sup>66</sup> *Ídem.*

<sup>67</sup> *Novísima recopilación*, t. V, libro XII, tit. V, ley II, p. 317.

<sup>68</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VI, tit. XV, ley x.

<sup>69</sup> *Ibidem*, t. II, libro VI, tit. XII, ley xx.

libres, que huviere dentro de los Pueblos, a oír la Doctrina Christiana, y provean de personas que tengan cuidado de se la enseñar, y obliguen a todos los vecinos de ellos a que embien a sus Indios, Negros, y Mulatos a la Doctrina, sin los impedir, ni ocupar en otra cosa en aquella hora [...].<sup>70</sup> Los indios son necesariamente reunidos tres veces por semana, en la mañana, antes de que vayan a los trabajos, a rezar y oír la Doctrina Cristiana. Y los muchachos deben ser reunidos con el mismo fin todos los días.<sup>71</sup> Como consecuencia de ello se exige que todas las personas que tuviesen en casa indios a su servicio, los envíen en las mañanas a la Iglesia, al toque de la campana, para que tengan una hora de instrucción en la Doctrina; y la sanción es drástica: si no lo envía, se le quita el indio y se le hace pagar una multa de cuatro pesos por día.<sup>72</sup> Con relación a los que trabajan en el campo, la ley tiene una mayor comprensión por las necesidades de trabajo del patrón. Por ello se establece que estos tienen que ser adoctrinados los domingos y fiestas de guardar «y el tiempo que los han de ocupar en esto [la Doctrina] ha de ser una hora y no más, la que sea la que menos impida el servicio de sus amos».<sup>73</sup>

Claro está que conversión al Cristianismo no puede ser entendida como un gesto obligatorio, por cuanto es por naturaleza un acto libre del converso. Pero, aun cuando es indiscutible que nadie puede ser bautizado contra su voluntad —y en esto insisten varias de las leyes de la Recopilación— el Gobierno y la Iglesia están obligados a hacer todo lo necesario para que esta conversión se produzca, imponiendo normas que obliguen al indio a desear el bautismo, incluso por razones prácticas. Por ello se establecen una serie de sanciones y limitaciones a los indios infieles, a fin de que la necesidad de superarlas los lleve a bautizarse. Así, el indio infiel no puede movilizarse libremente fuera de su pueblo: «Mando que de aquí en adelante ningún Indio ni India Infiel salga de su Pueblo y de la vista de su Cura hasta tanto que sea cristiano».<sup>74</sup> Por otra parte, los pastores de ganado que son infieles y los hijos no bautizados de los indios cristianos, deben ser traídos ante el Cura para que en el plazo de un mes aprendan la Doctrina y se hagan cristianos. Si no cumplen, se les impone una multa alta y, además, se les prohíbe que metan sus ganados en los campos de pastoreo.<sup>75</sup>

Esta facilitación de la asistencia a los oficios religiosos y a las clases de Doctrina también genera limitaciones al propio Estado y su administración. Así, por ejemplo, es posible que las autoridades policiales quisieran aprovechar de estas reuniones donde los Indios podían ser perfectamente localizados, para cobrar deudas o impuestos. Pero la norma que prohíbe esta conducta es terminante: «Mandamos, que ningún Ministro de nuestras Justicias de qualquier parte de las Indias, sea ossado a ir, ni embiar a

<sup>70</sup> *Ibidem*, t. I, libro I, tít. I, ley xij.

<sup>71</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. VIII, ordenanza v.

<sup>72</sup> Leyes de Indias, t. I, libro I, tít. I, ley xv.

<sup>73</sup> *Ibidem*, t. I, libro I, tít. I, ley XIJ.

<sup>74</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. VIII, ordenanza xj; vide etiam ordenanza x in fine.

<sup>75</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. VIII, ordenanza x.

las Iglesias a hacer averiguaciones con los indios cuando van las Fiestas a oír Missa, si deben alguna cosa, o han dexado de servir a cumplir con sus obligaciones, pena de que la persona que contraviniere, aunque lleve provisión particular de qualquiera de nuestras Audiencias, incurra en perdimiento del oficio que tuviere, siendo suyo, y de la deuda que se debiere y fuera a averiguar, y no lo siendo en otro tanto valor, y que sea desterrado del Lugar y provincia».<sup>76</sup> Este objetivo superior de permitir la enseñanza de la Fe Católica lleva incluso a establecer una inmunidad específica: «Y mandamos, que en semejante tiempo no puedan ser, ni sean presos ni molestados, ni se dé ocasión a que se reusen por esto de ir a la Iglesia a oír Missa, y a los Divinos Oficios, so las penas contenidas en esta nuestra ley».<sup>77</sup> La idea es, entonces, crear ciertos espacios sagrados, donde los indios no deben sentirse amenazados por ninguna causa, ni aún siquiera para el efecto de cumplir con otras leyes, porque en ese lugar y tiempo están dedicados a un Bien superior que es el culto divino.

### 2.3 Gestos de autoridad

Hay un grupo de gestos que están vinculados con el reconocimiento de la autoridad, los cuales importan ceremonias, precedencias y otros signos materiales de poder legal.

Dentro de este orden de ideas, es particularmente importante el gesto de acatamiento que realiza la autoridad indiana en señal de obediencia a la Majestad real cuando recibe una nueva norma legal desde España, ya sea que decida cumplirla o que decida suspender su cumplimiento por considerarla que no es propia a las circunstancias de América y, por tanto, la autoridad indiana ejerce el llamado derecho de suplicación.

En este último caso, estamos ante una institución que corresponde al antiguo Derecho castellano.<sup>78</sup> Ya las Partidas de Alfonso el Sabio establecían que si una Carta Real contuviera aspectos contrarios al derecho comunal de algún pueblo o dañinos para aquellos en cuyo favor fueren dadas, no hay obligación de cumplirlas. Pero en ese caso es preciso comunicar al Rey esa decisión suplicándole merced en tal o cual punto. Si el Rey insistiera «en todas guisas», no quedaba sino cumplir lo mandado.<sup>79</sup>

Esta institución, aplicable originalmente en los fueros comunales, pasa muy tempranamente a Indias pues la primera noticia de ella se encuentra en una Real Cédula de 13 de diciembre de 1508 en la que el Rey le hace presente a Diego Colón que está autorizado para suspender el cumplimiento de las cartas para Indias si, dadas las

<sup>76</sup> *Ibidem*, t. I, libro I, tít. I, ley xiiij.

<sup>77</sup> *Ídem*.

<sup>78</sup> La explicación más completa del principio «se obedece pero no se cumple» y del consiguiente recurso de suplicación se encuentra en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992, véase particularmente pp. 67-143.

<sup>79</sup> Partidas, Tercera Partida, tít. XVIII, ley xxx, t. II, p. 229.

circunstancias, fueran en perjuicio de la propia Corona: «yo vos mando que veáis las tales cartas y las obedezcáis, y en cuanto al cumplimiento, nos lo hagáis luego saber, para que sobre ello os envíe a mandar lo que se haga».<sup>80</sup> Esta provisión legal se repite en términos muy similares en 1620.<sup>81</sup> En Indias, este recurso especial de suplicación adquiere una relevancia singular porque, dadas las diferentes circunstancias con respecto a la Península en la que hubieran tenido que aplicarse las leyes dadas por el Rey, este recurso permitía adaptar la legislación a esas realidades distintas. En esta forma, paulatinamente, el obedecimiento sin cumplimiento y el recurso de suplicación pasan a convertirse en valiosos instrumentos para que las administraciones de Indias vayan logrando una cierta autonomía respecto de Madrid; autonomía que está en el origen de la conciencia de ser distintos que anima en el siglo XIX las Independencias nacionales, ya que ello significa conciencia de tener identidad propia y de requerir un gobierno propio.

La utilización de este recurso, aun cuando hace que la norma no entre vigor y, por tanto, no se cumpla, no exonera a la autoridad indiana de dejar en claro el «obedecimiento» o acatamiento a la autoridad real, para lo cual tendrá que realizar ciertos gestos especiales.

Esta ceremonia gestual consistía en leer en voz alta la nueva norma, luego la autoridad que la recibe debe ponerse de pie, besar la Carta, destocarse y ponerla sobre su cabeza para luego pronunciar las frases rituales. Así, en un acuerdo del Cabildo de Buenos Aires, en una sesión de 1677, se da cuenta de que, una vez leída la Real Cédula, todos los capitulares se pusieron de pie y ordenaron que se obedeciese. Acto seguido, «el susodicho [Regidor Decano] estando de pie la besó y puso sobre su cabeza y dijo que en nombre de este cabildo la obedecía y obedeció como carta y cédula real de su Rey y señor natural a quien la Divina Majestad guarde y conserve muchos años, y en cuanto a su cumplimiento todos los capitulares y justicia mayor y ordinarios unánimes y conforme dijeron que suplicaban de su tenor y forma para ante su Majestad en su Real Consejo de las Indias [...]».<sup>82</sup> Un acto similar era utilizado por los Obispos en ejercicio del derecho de suplicación dentro de ciertos casos.<sup>83</sup>

La obligación de este gesto de obedecimiento que consiste en besar el texto de la norma legal y luego colocarlo sobre la cabeza era general, como se ha dicho antes: tenía que realizarse ya sea que se suplicara de la norma o que se ordenara cumplirla. Es así como encontramos, en fecha muy temprana, que el Cabildo de Lima practica la misma ritualidad, según consta en la sesión de 29 de agosto de 1539 con relación a una Real Cédula sobre el regreso de los españoles a España que fue obedecida y cumplida: «e presentada la dicha provysión en la forma susodicha los dichos señores

<sup>80</sup> TAU ANZOÁTEGUI [78], p. 83.

<sup>81</sup> Leyes de Indias, lib. II, tít. I, ley xxij.

<sup>82</sup> TAU ANZOÁTEGUI [78], p. 124.

<sup>83</sup> *Ídem*.

la besaron e pusieron sobre su cabeza e dixeron que la obedecían e obedecieron como a carta e mandado de su Rey e señor natural a quien Dios nuestro Señor dexé bivar e Reynar largos tiempos con acrecentamiento del universo e dixeron que estan prestando de lo conplir según e como en ella se contiene e mandaron que sea pregone el domingo primero venidero en saliendo de Misa».<sup>84</sup>

Un gesto muy significativo de reconocimiento político es que las autoridades porten una vara en señal de mando. La simbología de la vara es ciertamente muy antigua y probablemente universal. Pertenece a ese tipo de signos que Jung denominaba «arquetipos» o «imágenes primordiales» por cuanto serían representaciones instintivas de ciertos conceptos, que no son adquiridas culturalmente sino que corresponden a la forma de la mente humana y es por ello que se las encuentra en todas las culturas y épocas; representaciones que pueden variar enormemente en sus aspectos de detalle sin perder su patrón básico.<sup>85</sup>

Es posible que la vara sea una representación simbólica de la ancianidad considerada no como un mal sino, por el contrario, como la depositaria, la custodia de los valores del grupo y, por consiguiente, la que es capaz de interpretar los actos en función de tales valores. Igualmente de alguna manera representa un punto de apoyo que permite dar estabilidad al grupo y hasta un instrumento de medición, de lo que se deduce que quien lleva la vara debe actuar de manera precisa y justa. Pero, entre los pueblos guerreros, la vara que lleva la autoridad puede ser también un arma, sea el arma misma como tal o una reproducción estilizada que puede consistir en el arma hecha en un material ceremonial como el oro o a través de una forma que le hace perder, de alguna manera, el carácter de mera arma para convertirla adicionalmente en símbolo de ese poder que la propia arma garantiza. Desde una perspectiva más mítica, la vara de autoridad puede tener un significado axial y representar, ante todo, la verticalidad, *i.e.*, la relación entre el Cielo y la Tierra, que está a cargo de la autoridad como intermediaria entre el pueblo y los dioses; y el poder como autoridad le viene de esta condición. Esta relación entre el mundo de arriba y el mundo de abajo que la autoridad tiene en sus manos, la convierte en un eje (*axis mundi*) que le da legitimidad y hasta poder divino al gobernante.

Las primeras referencias a la vara como símbolo de autoridad corresponden probablemente al Egipto antiguo. Pero una clara referencia a la vara como símbolo de haber sido investido de autoridad por Dios la encontramos en la Biblia: cuando Moisés le dice a Yahvé que los judíos no le van a creer que Dios se le ha aparecido, Yahvé hace que la vara o cayado que Moisés llevaba en la mano se convierta en una serpiente y

---

<sup>84</sup> Libro becerro o Primero de Cabildos de Lima, p. CCLVIII, vlt. Acta transcrita por Enrique Torres SALDAMANDO, *Libro primero de Cabildos de Lima*, parte primera, Actas desde 1535 á 1539. Anotaciones, París, Imprimerie Paul Dupont, 1900, p. 348.

<sup>85</sup> Carl G. JUNG (después de su muerte continuó la obra M.L. von FRANZ), *Man and his Symbols*, New York, Doubleday, 1964, pp. 67-68.

luego nuevamente en un cayado; transformación milagrosa de la que Yahvé le confiere a Moisés la facultad de hacerla para que su pueblo le crea y le siga.<sup>86</sup> En este episodio bíblico, la vara es investida con la significación de autoridad recibida de Dios. Además, la vara es una prueba de haber recibido tal autoridad de Dios gracias al poder sobrenatural Moisés recibe para realizar frente a quien dude la demostración de convertir la vara o bastón en serpiente y la serpiente nuevamente en vara. En la cultura política occidental, la vara ha sido símbolo generalizado de autoridad, estilizándose en algunos usos hasta convertirse en cetro real o en el bastón de mando militar. También la Iglesia mantiene el báculo del pastor como símbolo de la autoridad del Papa y de los Obispos.

Pero en el mundo prehispánico andino advertimos igualmente la presencia de la vara. En la cultura Chavín, diez siglos antes de Cristo, una de las principales divinidades —posiblemente la misma que es llamada Viracocha en el Sur del Perú— es la que hoy se denomina el «Dios de las varas o de los báculos». En una losa pétreo ha sido labrada la figura de esta divinidad representada por un ser antropomorfo con rasgos felínicos sosteniendo unas varas o báculos en cada mano.

La cultura Mochica, que vivió en la Costa norte del Perú durante los primeros siglos de la era cristiana, tiene una simbología muy compleja, por lo cual no corresponde a este tipo de trabajo aventurarse en interpretaciones. Pero es importante señalar que los mochicas representan la vara en sus ceramios dentro de dos contextos. El primero parece ser vinculado a la enfermedad o al castigo, porque la vara se encuentra en representaciones de personas que han sido mutiladas cortándoles los labios, la nariz y los párpados, a veces incluso los pies. Sin embargo, la vara tiene una significación más acorde con la tradicional cuando la encontramos en las manos del dios llamado Ai-Apaec por Rafael Larco Hoyle, que es muchas veces representado con los brazos abiertos sosteniendo una maza en una mano y un bastón o vara en la otra, que parecería representar el doble poder, como guerrero y como gobernante supremo. Existe también en esta cultura una divinidad representada por una iguana con un bastón en la mano.<sup>87</sup> También hay otra divinidad denominada como «Dios de las Montañas» que representa un personaje felínico con cetros bicéfalos.<sup>88</sup> Rafael Larco Hoyle muestra un ceramio al que describe como posiblemente un An-alaec, es decir, una «casa del jefe», en cuyo exterior hay un personaje con una vara en la mano derecha.<sup>89</sup> En las

<sup>86</sup> Éxodo, 4, 1-5.

<sup>87</sup> Krzysztof MAKOWSKI, «La deidad suprema en la iconografía mochica: ¿cómo definirla?», en Santiago UCEDA y Elías MUJICA (eds.), *Moche hacia el final del milenio*, t.I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 367.

<sup>88</sup> Ricardo MORALES GAMARRA, «Iconografía litúrgica y contexto arquitectónico en Huaca de la Luna, valle de Moche», en Santiago Uceda y Elías Mujica (eds.), *Moche hacia el final del milenio*, t.I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 430, lám. 14.2.

<sup>89</sup> Rafael LARCO HOYLE, *Los Mochicas*, Lima, Museo Arqueológico Rafael Larco Herrera, 2001, t. I, p. 128, fig. 165.

excavaciones, se han encontrado varas de madera trabajadas como obras de arte, que terminan en figuras de animales (como una cabeza de pato, un mono) o en representaciones de personajes importantes con altas coronas.<sup>90</sup> No cabe duda de que estos bastones tienen un uso ceremonial y guardan una relación con la autoridad.

La cultura Nazca, contemporánea en su período de auge de la cultura Mochica, representa muchas veces en sus ceramios a un personaje antropomorfo sobrenatural volando, con rostro y cuerpo antropomorfo, tocado, orejeras circulares y pendientes, bigotes, pectoral, camisa, taparrabo y capa adornada con dibujos de cabezas-trofeo humanas, sosteniendo con la mano una cabeza-trofeo humana y armas en la otra mano, tales como mazas o porras; sin embargo, en algunas representaciones este ser tan importante lleva en la mano derecha un bastón que recuerda mucho a los que usan los actuales alcaldes indios, coniforme, más ancho arriba y decorado con anillos.

Las culturas Tiahuanaco y Huari en el Sur del Perú y Norte de Bolivia tienen también deidades con báculo.<sup>91</sup> La imagen del personaje de la Portada del Sol en Bolivia, con un báculo en cada mano, es muy similar a los ocho dioses con báculo encontrados en una banda ornamental en la misma ciudadela Tiwanaku y a la representación que aparece en la Estela Raimondi en Chavín,<sup>92</sup> que muchos identifican como el dios Viracocha.<sup>93</sup>

En el caso de los Incas, es conocida la leyenda de que Manco Cápac, al estilo de Moisés, lleva su pueblo hacia el Norte, portando una vara; el lugar donde la vara se hunda fácilmente en la tierra será el elegido por los dioses para permanecer y desarrollar una civilización. Y este lugar será el Cuzco. Pero no es posible afirmar que la vara fue un símbolo de autoridad durante el Imperio Incaico. En el *Tratado de las Confirmaciones Reales* de Antonio de León Pinelo, aparece en la portada un grabado donde se representa al Perú bajo la forma de un Inca o noble, con grandes orejeras y *mascaipacha*, es decir, una suerte de cingulo o vincha escarlata que el Inca llevaba sobre la frente y que, en algunos casos, tenía una ornamentación muy rica llegando a ser el equivalente de una corona alta. Y ese Inca lleva en la mano una suerte de vara. Pero la autenticidad de este último detalle de la imagen es muy dudosa porque la tal vara se acerca más a una artesana, que es una suerte de alabarda con el hierro muy grande y con filo de ambos lados, que era la insignia de los cabos de escuadra de infantería. No cabe duda de que se trata de una visión españolizada de la autoridad quechua dado que los Incas no tuvieron alabardas ni utilizaron el hierro en sus armas; y, a mayor abundamiento, a los pies de este personaje descansa un escudo de armas a la usanza europea. El cronista anónimo, que relata La Conquista del Perú, llamada Nueva Castilla, que la primera vez que el

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, t. I, p. 65, fig. 64.

<sup>91</sup> Anita G. COOK, *Wari y Tiwanaku: entre el estilo y la imagen*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 184 y ss.

<sup>92</sup> Luis Guillermo LUMBRERAS, *De los pueblos, las culturas y las artes del Antiguo Perú*, Lima, Moncloa-Campodónico, editores asociados, 1969, p. 212.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 214.



Capitán Pizarro visitó el Cuzco entró en un aposento en el que estaban dos momias aparentemente de gente muy importante, cuidadas por una mujer con máscara de oro que les espantaba las moscas; y estos cuerpos momificados tenían en sus manos «un bastón muy rico de oro».<sup>94</sup> Guamán Poma de Ayala dibuja a todos los Incas con una vara —larga en la mayoría de los casos, pero corta en algunos— sostenida por la mano derecha.<sup>95</sup> Sin embargo, esta representación parece también fuertemente influenciada por la cultura occidental porque esa vara termina también como una suerte de alabarda, arma desconocida por los Incas, como antes se ha dicho; pero es posible que cuando menos fuera la costumbre que el Inca llevara una vara como símbolo de su autoridad. Empero, los indicios en contrario son también numerosos. El símbolo fundamental del poder regio entre los Incas era la mascaipacha o borla adornada que rodeaba la frente. Betanzos cuenta que cuando Pachacútec decide entregarle el poder a su hijo Yamque Yupanqui, lo abrazó y besó en el carrillo y «tomando Ynga Yupangue la borla que tenía sobre su cabeza púsola a su hijo encima de la suya y luego mandó a los señores que allí estaban presentes que le obedeciesen y acatasen y reverenciasen como a su tal Capac y señor que era [...] y [...] los señores del Cuzco y los demás hermanos de Yamque Yupangue le dieron obediencia como a tal Capac y nuevo señor...».<sup>96</sup> Sin embargo, es también curioso que, si el bastón hubiera sido también el símbolo del poder para los Incas, el Inca Atahualpa hubiera recibido a Hernando de Soto sin el símbolo de su autoridad en la mano. Pedro Pizarro nos cuenta que, en este encuentro de dos mundos, el Inca estaba sentado en su duho<sup>97</sup> y delante de él había una tela fina, sostenida por dos mujeres, que lo tapaba para que nadie lo viera directamente; pero no habla de vara o bastón alguno.<sup>98</sup>

Por su parte, no cabe duda de que los españoles usaron desde antiguo el símbolo de la vara para distinguir a sus autoridades, particularmente como varas de Alcalde y varas de justicia. Decir que alguien tiene la vara en la mano, es reconocerle su autoridad. Y se puede llevar la vara alta solo cuando se está dentro de la jurisdicción que compete a tal autoridad. Estas reglas simbólicas dan lugar a muchos pleitos en la

---

<sup>94</sup> Citado por Hidefují SOMEDA, *El Imperio de los Incas. Imagen del Tahuantisuyu creada por los cronistas*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 101. El texto que cito habla de «bastión». Pero esta palabra tiene desde hace muchos siglos el significado de emplazamiento fortificado, usualmente octogonal, para la defensa de una plaza, y equivale a «baluarte». Es indudable que esa significación no tiene lugar dentro del contexto en que ha sido citada la palabra, por lo que con toda probabilidad se quiso escribir «bastón».

<sup>95</sup> Felipe GUAMÁN POMA DE AYALA, *El primer nueva corónica y buen gobierno*, ca. 1616.

<sup>96</sup> Juan DIEZ DE BETANZOS, *Suma y Narración de los Incas*, Transcripción, notas y prólogo por María del Carmen Martín Rubio, primera parte, Madrid, 1987 [1557], cap. XXV, pp. 125-126; *cf. etiam* SOMEDA [94], pp. 259-260.

<sup>97</sup> «Duho» es una voz americana que recién es incorporada por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua en su edición de 1925. Sin embargo, ya Pedro Pizarro la cita en el S. XVI con el mismo significado que tiene ahora: «El banco o escaño que servía de asiento».

<sup>98</sup> Pedro PIZARRO [14], p. 33.

España del S. XVI cuando Alcaldes o Merinos<sup>99</sup> de una población entran «con la vara alta» en otra. Incluso las Universidades afirman su independencia del poder político logrando el privilegio de que en sus predios no pueda pasar nadie con la vara alta. El daño a la persona que legítimamente lleva vara es sumamente grave y arrebatarle la vara equivale a agredir a la misma Justicia. La rotura de una vara constituye uno de los peores delitos, en tanto en cuanto supone la máxima expresión de rebeldía contra la Justicia.<sup>100</sup> Hay incluso un antiguo refrán popular español que dice: «Nadie le dio vara; él se hizo alcalde y manda». Y Pedro Calderón de la Barca menciona esta tradición de la vara, cuando en *El Alcalde de Zalamea* le hace decir a Crespo: «¡Cielos, cuando vengarte imaginas, me hace dueño de mi honor, la vara de la justicia!». Bovadilla, en su *Política para Corregidores* contiene muchas referencias a la vara como símbolo de Alcaldes, Oficiales y Alguaciles, así como a las varas de justicia.<sup>101</sup> En algunos casos, como el de los Alguaciles, la vara retoma hasta cierto punto su carácter de arma y asume un papel simbólico pero también práctico para hacer «plaza, campo y lugar» en los casos de procesiones y «grandes concursos de gente», aunque Bovadilla recomienda que se use con precaución, no debiéndose «dar palos inconsideradamente a veces, y a otros a diestro y siniestro».<sup>102</sup> El mismo autor sugiere que el origen de las varas, cuando menos de Alguaciles, es romano: «Y sepan los curiosos, que el efeto y origen de traer varas los Alguaciles, demás de ser insignia del oficio, como en otro lugar diremos, fue para hacer lugar y apartar el pueblo, con unos báculos que trahían, para que hiciese plaza, y no estorvassen a los magistrados: y así Rómulo los trahía con varas, o báculos para este efeto...».<sup>103</sup>

Es esta tradición de la vara de autoridad que fue aportada al Perú. Desde fecha muy temprana encontramos la referencia a las varas de Alguaciles como insignia del cargo. Es así como en 1533 el Cabildo de Lima decide «suspender la vara» al entonces Alguacil Mayor y nombra a una nueva persona para ese cargo así como a sus dos ayudantes, señalando que uno de ellos tiene ya la vara por haberla recibido con anterioridad como Corregidor.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> Merino: «Juez puesto por el Rey en algún territorio, en donde tiene jurisdicción amplia: y este se llama Merino Mayor, a diferencia del puesto por el Adelantado o Merino Mayor, el cual tiene jurisdicción para aquello solo que se le delega». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Castellana, Madrid, 1734.

<sup>100</sup> Sobre todos estos aspectos, véase ANTÓN AGUIRRE SORONDO, *Palos, bastones y makilas: Pleitos por palazos*, [http://suse00.su.ehu.es/euskonews/0148zbnk/gaia14806es\\_04.html](http://suse00.su.ehu.es/euskonews/0148zbnk/gaia14806es_04.html); que contiene el detalle de un buen número de estos casos acaecidos en el país vasco en los S. XVI, XVII y XVIII.

<sup>101</sup> Licenciado CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y Señores de vasallos*, en tiempo de paz y de Guerra. Y para jueces eclesiásticos, y Seglares, y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales, y para Regidores y Abogados, y del valor de los Corregimientos y Gobiernos Realengos y de las Ordenes, Madrid, en la Imprenta Real. 1649, passim.

<sup>102</sup> *Ibidem*, t. I, p. 236.

<sup>103</sup> *Ibidem*, t. I, p. 237.

<sup>104</sup> *Libros de Cabildos de Lima. Libro V (1553-1557)*, sesión del 5 de mayo de 1553, Lima, Imprenta Torres Aguirre— Sanmartí y Cía. S.A., 1935, pp.11-14: «[...] en este cabildo el dicho señor corregidor dixo

Por otra parte, la actual costumbre en el medio indígena de hablar de *varayoc*, es decir, referido usualmente al que desempeña el cargo de Alcalde u otra función edilicia, no es de origen prehispánico sino netamente hispánico, como incluso su nombre lo indica: «vara» (que es rigurosamente español) y «yoc» (que es una terminación quechua que significa mandar). Los varayoc surgen cuando durante el Virreinato, los caciques tradicionales —que eran la élite indígena y procedían de una suerte de nobleza de sangre que configuraba un linaje— fueron sustituidos por los «alcaldes» de indios, institución propia de la «república de españoles» que fue transplantada a la «república de «indios».<sup>105</sup>

Uno de los temas más discutidos en el Virreinato en el terreno de los gestos de autoridad, fue el de las «precedencias, ceremonias y cortesías», que merece un Título especial en las Leyes de Indias, y que, aun cuando en cada caso particular refleje sobre todo la vanidad del titular de un cargo, socialmente tiene por objeto dejar en claro la autoridad en tanto que jerarquía ordenada de poderes de gobierno, administración y jurisdicción.

En principio, toda sociedad se preocupa de las manifestaciones externas de poder y de las recíprocas de respeto. Y en todas las sociedades el Derecho toca este tema, aun cuando sea marginalmente. Dentro del Estado moderno existe sin duda un protocolo que es aprobado generalmente por una norma administrativa; además, ciertas instituciones jerarquizadas incluyen elementos de protocolo en sus estatutos y reglamentos, como es el caso de las Fuerzas Armadas. Pero el Derecho Indiano le otorga una importancia enorme a estas precedencias, ceremonias y cortesías y, además, entra a ellas con una minuciosidad inconcebible en nuestro tiempo. La mayor parte de estas normas están orientadas a que se reconozca públicamente el decoro y respeto de una institución pública o la dignidad de determinado cargo y a evitar que se creen pugnas a este respecto entre dignidades y autoridades cuya relación jerárquica a veces no es evidente.

Dentro de ese orden de ideas, se establece que en los actos públicos, actuando la Audiencia como Tribunal, no se admita que se sienta con los Oidores a persona alguna, ni aunque sean Prelados o titulados o criados de los Virreyes, «haciendo

---

que por quanto su merced tiene mandado pregonar residencia y se a pregonado contra el alguazil mayor desta cibdad Juan de Astudillo y sus tenientes oficiales e conforme a derecho durante el termino della se a de suspender la vara al dicho alguazil mayor y sus oficiales por lo qual conviene en el ínterin nombrar a otros por tanto que nombrava e nombro por alguazil mayor desta cibdad a el capitan Pedro de Alcazar e por sus lugares tenientes a Mateo Maso alcayde de la carcel publica desta cibdad y a Juan de Portillo que tiene la vara por aver sido rescebido al oficio durante el tienpo que su merced tiene el cargo de corregidor / los quales nombra durante el dicho tienpo de su rresidencia». En la sesión de 8 de mayo de 1553, el Corregidor D. Juan de Astudillo señala haber *recibido* una Provisión Real por la que, en el interim, se le autoriza a tomar en sí las varas del alguacil mayor y sus tenientes y luego las provea las personas que a él le parezcan.

<sup>105</sup> Cf. Nelson MANRIQUE GÁLVEZ, *La Mayoría invisible. Los indios y la cuestión nacional*. Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

conservar el respeto y autoridad que son tan debidos y tanto importan a la administración de justicia y otros efectos de nuestro Real servicio». <sup>106</sup> Por otra parte, en los actos eclesiásticos, se prohíbe que los Oidores traten ni voten sobre negocios; y que si fuera indispensable hablar con alguno de los Prebendados por un caso o accidente que tuviere el gobierno, lo haga el Presidente con el Oidor más antiguo y para esto «le llame, quite la gorra y trate como es justo». <sup>107</sup> Por otra parte, en el trato de los Virreyes con los Oidores, Alcaldes y Fiscales «no escusen ni recaten las cortesías, usen de el agrado, buen modo y término debido a sus Conjúdices y Compañeros, pues así conviene y es necesario para aumento de la estimación que requiere el uso de sus oficios y respeto que se les debe guardar». <sup>108</sup> Se establece también que el Virrey, salvo cuando se trata de Provisiones Reales dadas en nombre de la Corona, no puede tratar de vos (hoy diríamos, tutear) a las Audiencias y debe dirigirse siempre por escrito; el mismo tratamiento rige para una Audiencia con respecto de otra. <sup>109</sup> Además, cuando la Audiencia se dirige al Virrey en razón de un Acuerdo adoptado, debe tratarlo de Señoría y no de Excelencia; y el Virrey se dirige también a la Audiencia como Su Señoría; <sup>110</sup> en cambio, a los Gobernadores y Capitanes Generales de Provincias no se les puede hablar ni escribir como Señoría. <sup>111</sup> En cambio, las Audiencias deben de tratar simplemente de vos a los Jueces de Provincias, «por hablar de Tribunal Superior a Juez inferior, porque no se ha de considerar esto según las personas, sino a los oficios que exercen». <sup>112</sup> En cambio, al Tribunal de Contadores es preciso tratarlo de Señoría; <sup>113</sup> pero los contadores tratan a las Audiencias como Su Alteza. <sup>114</sup>

Este término de «Señoría» tiene una carga simbólica muy importante en el mundo hispano y por ello su uso fue reglamentado mediante varias pragmáticas. Entre estas normas encontramos unas —tales como la pragmática de Felipe III de 2 de julio de 1600 y la de Felipe IV en 1638— que autorizan a que el término de «Señoría» pueda ser usado, para llamar a los Marqueses y Condes, así como a los Comendadores de las Órdenes de Caballería, Gobernadores y Presidentes de Consejos, etcétera; y se incluye en esta autorización a los Príncipes, Duques, Marqueses y Condes extranjeros. <sup>115</sup>

Otro tema importante con relación a los gestos de reconocimiento de jerarquía dentro del Derecho Indiano es el lugar en que deben por mandato de la ley sentarse las autoridades en un acto público: hay un gran número de disposiciones

<sup>106</sup> Leyes de Indias, lib. III, tít. XV, ley xxx.

<sup>107</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley xxviiiij.

<sup>108</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley lvij.

<sup>109</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley lviiiij.

<sup>110</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley lx.

<sup>111</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley lxij.

<sup>112</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley lxvij.

<sup>113</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley lxxxviiiij.

<sup>114</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley lxxxx.

<sup>115</sup> *Novísima recopilación*, t. III, libro VI, tít. XII, ley I-14, página 176.



Virrey arrodillarse y besar la Cruz de la mano del Obispo. Al ir a Misa, los capellanes deben, al paso del Virrey, hacer «una genuflexión profunda, sin llegar a tierra».

Un aspecto de la mayor significación son los signos o gestos que, a pesar del constante brotar del regalismo, marcan el difícil equilibrio entre la autoridad religiosa y la política, que crea situaciones embarazosas en materia de protocolo particularmente en los actos religiosos. Así, la ley dispone que aún cuando el Virrey esté presente, si concurre el Arzobispo o el Obispo, este puede tener sitial similar al del Virrey; e incluso puede el Prelado llegar a tener algo más, como es el dosel.<sup>123</sup> Por otra parte, ordena la ley que, cuando se eche agua bendita antes de la Misa Mayor, primero hay que hacerlo al Arzobispo, Obispo e incluso Clérigos; solo después vienen el Virrey, el Presidente y la Audiencia.<sup>124</sup> De la misma forma, se debe dar la Paz primero al Arzobispo u Obispo y solo después al Virrey y al Presidente de la Audiencia.<sup>125</sup> Esta prevalencia religiosa sobre la autoridad política es reforzada con leyes posteriores, como la de Felipe IV de 6 de abril de 1629.<sup>126</sup> En el caso del incienso, las precedencias para ser incensados son similares; pero, curiosamente se establece que las mujeres del Virrey y de las demás autoridades nunca deben ser incensadas.<sup>127</sup>

Este problema de las precedencias es tan grave jurídicamente que incluso se establece un fuero donde pueden dirimirse las controversias ocasionadas por las aspiraciones preferentes de las Dignidades. Porque en esos casos «suelen acontecer muchas dudas en actos públicos y privados». La vanidad de estas autoridades convierte estas dudas en escándalo porque abandonan la iglesia dando «mal exemplo, faltando por emulaciones a la paz y conformidad que conviene a nuestro Real servicio».<sup>128</sup> Por ese motivo, se faculta al Presidente de la Audiencia y Oidores para resolver este tipo de discrepancias, «con quietud, modestia y brevedad»; pero el asunto es suficientemente grave como para que estas resoluciones sean consultadas al Rey quien, escuchando a su Consejo, resolverá lo más conveniente.

A todo ello debe agregarse que la sociedad en Indias es muy compleja por cuanto constituye, no una, sino dos repúblicas paralelas: la sociedad de españoles y la sociedad de indios, con múltiples puentes formales e informales entre ellas. Por consiguiente, no hay solamente las autoridades españolas sino también las indias, los gestos de reconocimiento propios y con obligaciones de gestos particulares respecto de sus gobernados.

Es así como hay ciertas expresiones corporales simbólicas de la relación entre los Caciques y sus indios que son propias de la república de indios y no de la de

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley iij.

<sup>124</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley viiiij.

<sup>125</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley xviiij.

<sup>126</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley xxij.

<sup>127</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley xiiij.

<sup>128</sup> *Ibidem*, lib. III, tít. XV, ley lj.

españoles. Sin embargo, el marco en el que actúan las autoridades indias y los límites simbólicos le son impuestos por la república de españoles.

Hay ciertas formas de presentarse que le son autorizadas al Cacique para distinguirlo de los indios comunes, dándole una mayor jerarquía. Así el Cacique y las segundas personas están permitidos de andar en cabalgaduras.<sup>129</sup> En cambio, el indio común está prohibido de andar a caballo,<sup>130</sup> salvo que tengan un permiso especial para fines de correo.<sup>131</sup> Es de advertir que este aspecto emblemático tiene, además, un efecto cultural muy importante que subraya la superioridad de la república de españoles: significa que el mayor rango se manifiesta por el hecho de parecerse más a los españoles, montando a caballo como ellos. Por otra parte, los Caciques no pueden ser cargados en andas, salvo que estén enfermos o mediante licencia especial del Gobernador,<sup>132</sup> posiblemente para no levantar demasiado la imagen de las antiguas autoridades permitiéndoles las usanzas propias del régimen anterior a la Conquista.

Sin embargo, la tradición de ciertos gestos prehispánicos es mantenida por la ley cuando esta no atenta ni debilita la nueva organización político-social. Ello se advierte, *exempli gratia*, en la conservación legal de una antigua obligación india que consiste en que «los Caciques y principales, Alcaldes y Regidores, coman en las plazas donde tienen costumbre de juntarse en los Pueblos, porque es justo que en esto se guarde la costumbre antigua del Inga, atento a qué comen con ellos los Indios pobres comiendo públicamente».<sup>133</sup> La razón que da la propia Ordenanza para esta práctica es que existía una tradición en tal sentido y que esa tradición es buena porque permite ver lo que comen los indios pobres. Sin embargo, notemos que comer permite el mantenimiento de la vida, la revitalización y casi la recreación del cuerpo. Es por ello que muchos ritos y símbolos de las distintas religiones están relacionados con la comida y con el acto de comer. Dentro de este orden de ideas, comer en común es un gesto que propone la revitalización no como un acto aislado sino, más bien, como un acto comunitario, que se realiza en la plaza pública. Y el Cacique tiene que participar de este acto porque no es solo una autoridad sino también un guía espiritual que estructura el cuerpo de todos dentro de un cuerpo social.

Por otra parte, la nobleza prehispánica es de alguna forma reconocida por la Ley española con derechos hereditarios<sup>134</sup> y se le conceden a sus descendientes ciertos

<sup>129</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. VI, ordenanza xxj.

<sup>130</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VI, tít. I, ley xxxij.

<sup>131</sup> *Ibidem*, t. II, libro VI, tít. I, ley xxxiv.

<sup>132</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. VI, ordenanza xij.

<sup>133</sup> *Ibidem*, lib. II, tít IX Ordenanza xix.

<sup>134</sup> Una Real Cédula de 26 de Marzo de 1697 establece que los descendientes de caciques deben considerarse como nobles en su raza. Citado por Karen SPALDING, *De indio a campesino. Cambios en la estructura social del Perú colonial*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1974, p. 37, nota 11, quien a su vez cita a Richard KONETZKE (ed.), *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica (1493-1810)*, Madrid, 1953, II, 67.

privilegios: no pagan impuestos, sus hijos pueden entrar a los Colegios de Nobles y hasta, en ciertos casos, la Corona española, mediante Reales Cédulas, hace un reconocimiento de nobleza a ciertas familias incas y les adjudica escudos de armas<sup>135</sup> a la usanza europea que son fruto de una heráldica mestiza que agrega elementos americanos a las clásicas figuras de la Edad Media. Por consiguiente, a la nobleza incaica se les asigna los símbolos de la nobleza de Castilla y se les concede algunos derechos acordes con esta condición, como el de no pagar tributos ni ser llevados al trabajo forzado de la mita, ni los Caciques ni sus hijos mayores, excepción esta última que supone la existencia de una línea dinástica.<sup>136</sup> Solórzano y Pereyra, citando además a Acosta, Matienzo y Cieza, llega a decir que los Caciques o Curacas (en el Perú) o Tecles (en México) «los podemos comparar a los duques, condes y marqueses y otros señores de vasallos de nuestra España».<sup>137</sup> Y señala también que estos indios «si probasen tenerla [la nobleza] o haberla tenido en sí o en sus antepasados, por ser de los reyes o caciques antiguos de aquellas tierras, como si dijésemos, de incas o moctezumas, o de otros que en ellas a su modo fuesen tenidos y reputados por nobles, y como reyezuelos y mandones entre los otros, no dudara en admitirlos [en las Órdenes Militares] y tenerlos por capaces de ellas».<sup>138</sup>

Sin embargo, por disposición legal expresa, estos curacas o indios nobles no pueden exigir ser llamados Señores de los Pueblos:<sup>139</sup> se les prohíbe imponer ese gesto de reconocimiento que está reservado solamente para españoles. Por otra parte, estos curacas o caciques, si bien tienen capacidad de gobierno e incluso jurisdicción sobre los indios de sus pueblos, su poder en las causas criminales no alcanza hasta los delitos que merezcan castigos que impliquen una severa afrenta corporal, como «la pena de muerte, mutilación de miembro y otro castigo atroz».<sup>140</sup> En consecuencia, se trata de autoridades disminuidas y reducidas en el aspecto jurisdiccional a conocer los casos más simples de la vida diaria.

#### 2.4 Gestos de abstención

Hay gestos ordenados por el Derecho que exigen una abstención de ciertas conductas para transmitir un mensaje social y hay otras formas de abstención que procuran evitar una ruptura de la armonía social a nivel interindividual.

Entre los primeros de estos gestos restrictivos se encuentran aquellos que no orientan el mandato de abstenerse hacia los actos prohibidos a nivel general, como los delitos,

<sup>135</sup> Carolyn DEAN, *Inka Bodies and the Body of Christ*, Duke University Press, 1999, pp. 148 y ss.

<sup>136</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VI, tít. V, ley xviii.

<sup>137</sup> SOLÓRZANO y PEREYRA [23], lib. II, cap. XXVII, 2, t. I, p. 559.

<sup>138</sup> *Ibidem*, lib. II, cap. XXIX, 32, t. I, pp. 602-603.

<sup>139</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VI, tít. VII, ley v. Sin embargo, esta prohibición de 1538 parece haber sido abolida en 1541.

<sup>140</sup> *Ibidem*, t. II, libro VI, tít. III, ley xxviii.



infracciones, incumplimientos, etcétera, sino lo que manda el Derecho en estos casos es no realizar ciertos actos públicos que el común de las personas está facultado para llevarlos a cabo. Estas reglas se refieren fundamentalmente a funcionarios públicos —y, más en particular, a los jueces— y pretenden que la abstención constituya un mensaje de decoro, un gesto de independencia social que asegure la imparcialidad del juicio.

Quizá los más notorios en este sentido son los impuestos a los Oidores de la Audiencia para crear en torno de ellos un aislamiento público que impida que la demasiada proximidad con el mundo en el que viven pudiera conducirlos a perder su virginidad judicial.<sup>141</sup> Es así como los Presidentes, Oidores y Alcaldes de Crimen no pueden «en ningún tiempo y por ninguna causa» ser padrinos de matrimonio ni de bautismo de persona alguna<sup>142</sup> para evitar, ciertamente, el mal del compadrazgo. Pero la prohibición es aún más grave: ni siquiera, salvo «casos muy señalados y forzados», pueden asistir a desposorios y casamientos y tampoco a entierros ni visitar a los vecinos «por ningún caso»<sup>143</sup> ni tener familiaridades estrechas, ni ellos mismos ni sus familias, para que «en limpieza y buen ejemplo procedan todos como deben».<sup>144</sup> Tampoco pueden asistir en las iglesias a fiestas u honras.<sup>145</sup> Ni aun el Virrey o el Presidente de la Audiencia pueden llamar a los Oidores para que los acompañen en los actos privados.<sup>146</sup> Por el contrario, los Virreyes y Presidentes de las Audiencias deben hacer cumplir sin tolerancia la norma que establece que a estos funcionarios les está prohibido jugar naipes, visitar a vecinos particulares, así como se prohíbe las visitas de sus mujeres a los vecinos, «de que resultan amistades y parcialidades».<sup>147</sup>

Un gesto obligatorio de aislamiento es la prohibición para el Virrey, Presidente, Oidor, Alcalde del Crimen y Fiscales que sirvan en Indias, así como para sus hijos, de casarse en sus distritos, so pena de destitución (no se les pagará salario desde el día en que se concierte el matrimonio),<sup>148</sup> «porque conviene a la buena administración de nuestra justicia, y lo demás tocante a sus oficios, que estén libres de parientes y

---

<sup>141</sup> A este respecto, deben revisarse los siguientes artículos de José DE LA PUENTE BRUNKE «Los oidores en la sociedad limeña. Notas para su estudio (Siglo XVII)», *Temas Americanistas*, núm. 7, Sevilla, 1980, pp. 8-13; «Los magistrados de la Audiencia y sus intereses: apuntes en torno a la administración de justicia en la Lima seiscentista», en Feliciano BARRIOS (coord.), *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano. Toledo, 19 a 21 de Octubre de 1998, La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla, 2002, vol. III; y «Sociedad y administración de justicia. Los Ministros de la Audiencia de Lima. Siglo XVII», *Ius et Veritas*, año IX, núm. 18. Lima, 1999, pp. 340-347.

<sup>142</sup> *Leyes de Indias*, lib. II, tít. XVI, ley xxxviiiij.

<sup>143</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley xxxix.

<sup>144</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lxix.

<sup>145</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley l.

<sup>146</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley xiiij.

<sup>147</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lxxiiij.

<sup>148</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lxxxvj.

deudos en aquellas partes, para que sin afición hagan y exerzan lo que es a su cargo, y despachen y determinen con toda entereza los negocios de que conocieren».<sup>149</sup>

Una disposición muy importante es la que establece que los Oidores, Alcaldes y Fiscales no deben dejarse acompañar por negociantes y personas que trajeren pleitos en las Reales Audiencias y, particularmente, no den lugar a que los acompañen las mujeres de estas personas «por los inconvenientes que de lo contrario resultan».<sup>150</sup> Es claro que no pueden tener ningún negocio.<sup>151</sup> Pero las leyes agregan —no en sentido taxativo, sino a manera de precisiones— una serie de situaciones vinculadas a la prohibición de entrar en negocios. Así, no pueden tener casas de alquiler, ni chacras, ni estancias, ni tierras, ni huertas, ni tiendas en las ciudades,<sup>152</sup> no pueden sembrar trigo ni maíz,<sup>153</sup> ni tener canoas para la pesca de perlas o de otras pesquerías,<sup>154</sup> ni pueden vincularse a negocios de navegación, descubrimiento de minas;<sup>155</sup> y esta prohibición de hacer negocios incluye a las mujeres de los funcionarios indicados.<sup>156</sup> Están prohibidos también de prestar dinero en censo,<sup>157</sup> así como de recibir dinero prestado.<sup>158</sup>

Paralelamente a todos esos gestos de aislamiento orientados a dar una señal de imparcialidad en su juicio, hay otros que se imponen a los Oidores porque es importante que la justicia se muestre austera. Dentro de este orden de ideas, se prohíbe a los Oidores, Alcaldes y Fiscales no solo que tengan casas para renta como antes se ha dicho, sino incluso que tengan casas propias para vivir en ellas.<sup>159</sup> En vista de tal prohibición, parece que en algún momento hubo abuso porque los Oidores escogían una casa para vivir y, estando impedidos de comprarla, la tomaban por la fuerza. Es por ello que una ley de fines del S. XVI dispone que los Oidores, Alcaldes y Fiscales están impedidos de adoptar esta vía violenta y autoritaria para conseguir una vivienda y, más bien, «alquilen las que hubieren menester de quien con libre voluntad se las quisiere dar en arrendamiento»; y este alquiler lo hagan en las condiciones normales, como cualquier particular.<sup>160</sup>

Este conjunto de prohibiciones que perseguían guardar de toda contaminación frívola o simplemente social a estos funcionarios sin mácula mediante el recurso de apartarlos casi totalmente de la sociedad de los hombres, condujo a una visión monacal de

<sup>149</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lxxxij.

<sup>150</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley liij.

<sup>151</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley xxxix.

<sup>152</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lv.

<sup>153</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lvij.

<sup>154</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lix.

<sup>155</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lx.

<sup>156</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lxxij.

<sup>157</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lvij.

<sup>158</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lxix.

<sup>159</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lv.

<sup>160</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. XVI, ley lxxvij.

la administración de justicia. Particularmente, los Oidores de la Audiencia de Lima estaban en la mira de la actividad legislativa y del control administrativo. Esta situación extrema dio lugar a quejas de los propios magistrados limeños. Que los jueces no deban hacer negocios es algo comprensible. Pero que no puedan tener amigos, no puedan ir al teatro, no puedan pasear por la Alameda de los Descalzos (que era el lugar de moda para reunirse), no puedan ni siquiera saludar a los vecinos ni aceptar ninguna cena, que sus hijos no pudieran casarse en el lugar, era quizá demasiado. A pesar de que, según señala José de la Puente Brunke, en la práctica los Oidores estuvieron lejos de cumplir con todos estos gestos que les eran ordenados,<sup>161</sup> la simple existencia de esas prohibiciones era ofensiva para los Oidores porque suponía que todo contacto social los llevaría a la corrupción y a la parcialidad del juicio.

A mediados del siglo XVII, un Oidor probo de la Audiencia de Lima, que acepta la ley pero discrepa de ella, se queja ante el Rey por este estado de cosas. Don Pedro Vásquez de Velasco y Salazar era un distinguido jurista, nacido en Palencia, España, que hizo una carrera bastante notable:<sup>162</sup> Fiscal primero en la Audiencia de Guatemala y luego en Lima, fue nombrado Oidor en Lima en 1651. Es entonces que envía su primera carta al Rey en 1653. Luego ocupará el cargo de Presidente de la Audiencia de Quito desde 1654 hasta 1660 (donde tendrá que asumir la responsabilidad de dirigir las operaciones de rescate del cargamento de plata que transportaba la Nave Capitana que había partido de El Callao y se hundió cerca de Guayaquil y de la situación de emergencia producida por la erupción del volcán Pichincha) y más tarde será Presidente de la Audiencia de Charcas durante más de diez años, hasta su muerte.

En dicha carta, el jurista deja constancia de que las normas no le permiten ningún tipo de esparcimiento y que sale de casa solamente para ir a la Audiencia y, los días de guardar, para ir a la iglesia.<sup>163</sup> Y a continuación, con una ironía que destaca de la Puente, dice que él ha ido, llevado por su devoción, al Convento de los Descalzos que queda al final de la Alameda. Por consiguiente, tuvo que pasar por dicha Alameda prohibida. Pero pregunta: ¿puede considerarse acaso que hizo mal cuando iba a desahogarse como pecador? Más bien, dice, de lo que hay que preocuparse es de la

<sup>161</sup> Véase José DE LA PUENTE BRUNKE, «Sociedad y administración de justicia. Los ministros de la Audiencia de Lima (Siglo XVII)», *Ius et Veritas*, año IX, núm. 18, Lima, junio de 1999, pp. 340 y 345.

<sup>162</sup> Véase Fernando de TRAZEGNIES GRANDA, «Los Vásquez de Velasco. Historia genealógica de una noble e ilustre familia española en el Perú», en Revista *Histórica*, Lima, 1942. XVI, pp. 7-41; José DE LA PUENTE BRUNKE, «Los oidores de la sociedad limeña. Notas para su estudio (S. XVII)», p. 12; Rubén VARGAS UGARTE S.J.: *Historia General del Perú. Virreinato*, t. IV, Carlos Milla Batres, editor, Lima, 1966, pp. 100, 118, 174 y 186; *ibidem*, t. III, pp. 269, 277, 292 y 326; Guillermo LOHMANN VILLENA, *Los Ministros de la Audiencia de Lima en el Reinado de los Borbones (1700-1821)*, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, Sevilla, 1974, p. 139.

<sup>163</sup> «D. Pedro Vásquez de Velasco a S.M. Lima, 14 de Agosto de 1653», Archivo General de Indias (Sevilla), Lima, 168, citado por José DE LA PUENTE BRUNKE «Los oidores en la sociedad limeña. Notas para su estudio (Siglo XVII)», *Temas Americanistas*, núm. 7, Sevilla, 1980, p. 12.

Comedia «donde el vicio tiene mucha raíz, y en los aposentos están juntos hombres y mugeres». <sup>164</sup>

El otro tipo de abstenciones obligatorias al que me he referido es el relativo a los actos de provocación que por sí mismos tienen un efecto perturbador de la armonía social pero que pueden llevar incluso a la violencia entre dos o más miembros de la sociedad.

Ciertamente, gestos —o antigestos— muy importantes en la vida social son los que constituyen signos de una guerra privada de mayores o menores proporciones entre particulares; y entre ellos, no cabe duda de que el insulto ocupa un lugar central tanto como declaración de guerra como también en tanto que arma en medio del conflicto. Sin embargo, también la simple habla soez, aunque no consista en un insulto dirigido a una persona determinada, conduce a una rudeza en el trato que atenta contra el clima social de unión y paz que debe existir en todo grupo humano.

El Derecho castellano había previsto sanciones para quienes injuriaran y denostaran, pero también para los que dijieran palabras obscenas, aunque no constituyeran injuria contra nadie. El Fuero Juzgo ya prohíbe las ofensas de palabra, condenando a quienes usen de palabras «idiosas», como decirle a otro que está podrido de la cabeza, o tiñoso o gotoso, o también si le dijera bizco, o toposo, o lo señalara feamente, o le dijera corcovado, o sarraceno; muy ofensivo era que uno le dijera a otro que estaba señalado o que era circunciso, porque eso significaba que era judío. <sup>165</sup> En el siglo XVI, los insultos más graves según la ley y que, por tanto, merecían mayor castigo eran los siguientes: <sup>166</sup> para los hombres, que se les dijera «gafo», <sup>167</sup> o sodomético, <sup>168</sup> o cornudo, o traidor, o herege»; para las mujeres, que se les llamara «puta, ó otros denuestos semejantes», teniendo marido; para el musulmán y el judío convertido al cristianismo, que se los calificara como «tornadizo» <sup>169</sup> o «marrano» <sup>170</sup>. En cuanto a hablar obscenidades sin propósito de injuria, una pragmática de Felipe II ordena que «ninguna persona sea osado a decir ni cantar ni de noche ni de día, por las calles ni plazas ni

<sup>164</sup> *Ídem.*

<sup>165</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M, 1815, lib. XII, tit. II, p. 185.

<sup>166</sup> *Novísima Recopilación*, t. V, libro XII, tit. XXIII, ley I, página 416.

<sup>167</sup> Es gafo «El que padece la enfermedad llamada Gafedad o lepra. En lo antiguo se tenía por grande afrenta y deshonor el llamarle a uno Gafo, y estaban señaladas particulares penas contra el que injuriasse a otro con esta palabra». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Castellana*. Madrid, 1734.

<sup>168</sup> Sodomético: Equivale a homosexual porque este vocablo está referido a la sodomía. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Castellana*. Madrid, 1803.

<sup>169</sup> Tornadizo: «adj. Que se aplica al que deserta de algún partido, o profesión». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Castellana*. Madrid, 1739.

<sup>170</sup> Marrano es una palabra que quiere decir puerco o cochino. Pero «Usado como adjetivo significa lo mismo que Maldito ú descomulgado. [...] En lenguaje Español Judío, marrano es decir lo mismo que Judío descomulgado». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Castellana*. Madrid, 1734.

caminos, algunas palabras sucias ni deshonestas, que comúnmente llaman pullas, ni otros cantares que sean sucios ni deshonestos; so pena de cien azotes, y desterrado un año de la ciudad».<sup>171</sup>

Sin embargo, a pesar de penas tan severas contra las palabras soeces, probablemente era imposible evitarlas a todos los niveles, particularmente dentro de un ambiente pueblerino y rústico. Y esta dificultad, aun a nivel de la iglesia, debe haber sido mayor en Indias porque se da aquí una norma específica que ordena que los clérigos no deben dar sermones desde el púlpito con palabras escandalosas; por añadidura, tampoco deben criticar a los Ministros y Oficiales de Justicia y, en general no deben tocar temas políticos o cualquier otro tema que pueda despertar pasión.<sup>172</sup>

## 2.5 Aspecto visual de los cuerpos

El aspecto visual de los cuerpos es también muy importante y, desde esta perspectiva, la vestimenta, la apariencia física y el aseo juegan un papel primordial ya que constituyen actitudes —léase, gestos— que tienen una resonancia social efectiva y portan un mensaje o un antimensaje.

El tema del traje y de la apariencia es bastante antiguo dentro del Derecho español. Compendiando pragmáticas que van desde Carlos V hasta Felipe IV, la *Novísima Recopilación*<sup>173</sup> recuerda que ya los anteriores Reyes, «nuestros predecesores de gloriosa memoria», habían tratado este asunto para evitar los lujos que producen «abuso y desorden» ya que, «junto con consumir vanamente muchos sus caudales, han ofendido y ofenden las buenas costumbres». Sin embargo reconoce que por las leyes que ellos dieron «todavía no se ha remediado absolutamente el daño»; pero, pese a ello, «se ha conseguido alguna moderación». La prohibición más radical se refiere a los brocados y a telas de oro y plata —«fino o falso»— o escarchadas con estos metales o con perlas o piedras preciosas, lo que queda reservado exclusivamente para la familia Real y excepcionalmente para la Caballería. La norma es muy detallada y larga, con referencia expresa al uso de alhajas, a la ropa de levantarse de hombres y mujeres, a los jubones y calzas; y, no podía faltar, las ropas que pueden usar «las mujeres que públicamente son malas, y ganan por ello», las que no pueden traer oro, ni perlas, ni seda y para quienes las prohibiciones hechas en general «hay mucha más razón para que comprenda a este género de gente».

Por otra parte, el antiguo Derecho castellano había también manifestado alguna preocupación por ciertas maneras de presentarse ante los demás que pueden dar origen a «grandes males». Es así como, dado que las máscaras y disfraces hacen que «se

<sup>171</sup> *Novísima Recopilación*, t. V, libro XII, tít. XXIII, ley VI, p. 417.

<sup>172</sup> *Leyes de Indias*, t. I, libro I, tít. XII, ley xix.

<sup>173</sup> *Novísima Recopilación*, t. III, libro V, tít. XIII, ley I, p.182.

disimulan con ellas y se encubran», se prohíbe el uso de estos atuendos, probablemente porque ese encubrimiento del rostro era visto como una amenaza a la seguridad pública o quizá incluso como una forma de desahogar las pasiones carnales aprovechando el incógnito; las sanciones se diferencian si se trata de una «persona baja» (que recibe cien azotes) o de una «persona noble o honrada» (que es sometido a destierro durante seis meses), teniendo en cuenta que si se ha utilizado la máscara o disfraz en horas de la noche se dobla la pena.<sup>174</sup> Felipe V, en 1716, prohíbe los bailes de carnaval con máscaras y sanciona tanto al que se disfrace como al que acoja en su casa, a título de carnaval, a personas disfrazadas. El carnaval no era, al parecer, una costumbre española y recién se introduce a fines del Siglo XVII y comienzos del XVIII. Pero en este caso la preocupación de la autoridad definitivamente no está en los maleantes que puedan cometer fechorías aprovechando los disfraces sino en un problema de moralidad sexual porque, «mezclándose muchas personas disfrazadas en varios trajes», de ello «se han seguido innumerables ofensas a la Majestad Divina, y gravísimos inconvenientes» por cuanto esta manera de divertirse no es conforme con el «genio y recato de la Nación Española».<sup>175</sup> Al parecer, estas medidas no surtieron mucho efecto porque el mismo Felipe V manda proclamar un nuevo bando en 1745 en el que se incrementa notablemente las penas (el noble lleva cuatro años de presidio y el plebeyo lo mismo de galeras) y se elimina lo que hoy llamaríamos el debido proceso pues se faculta a sacar al dueño de la casa donde se llevó a cabo el baile y cobrarle una multa sin necesidad de las formalidades para la aprehensión, bastando simplemente la información recibida; sin perjuicio de la facultad que se otorga a los Alcaldes de Corte para allanar cualquier casa para comprobar si en ella se está llevando a cabo un baile con disfraces y reconocer a los infractores. Además, se autoriza «apremiar como convenga» a los criados y familia a fin de que digan la verdad de lo sucedido.<sup>176</sup>

La preocupación por la significación gestual de la vestimenta y del aseo se acentúa en Indias en dos sentidos: de un lado, la vestimenta con la que se presentan los introductores de la Doctrina y de la civilización debe ser muy cuidada, ya que será tomada como ejemplo por los indios; y de otro lado, a los indios infieles es preciso obligarlos a aproximar sus vestimentas de las occidentales, ya que la presentación del cuerpo tiene una estrecha vinculación con la presentación del alma.

Consecuentemente, se prescribe que, en la enseñanza de la Doctrina, «para que la oigan con más veneración y admiración, [los Doctrineros] estén revestidos a lo menos con Alvas, o Sobrepellices, y Estolas, y con la Santa Cruz en las manos...».<sup>177</sup> Pero, igualmente a las autoridades se les ordena que «persuadan a los Indios a lo referido en esta nuestra ley, y especialmente, que anden vestidos para mayor honestidad y decencia

<sup>174</sup> *Ibidem*, t. V, libro XII, tít. XIII, ley I, p. 347.

<sup>175</sup> *Ídem*.

<sup>176</sup> *Novísima recopilación*, Tomo V, libro XII, tít. XIII, ley iii, p. 348.

<sup>177</sup> *Leyes de Indias*, Tomo I, libro I. tít. I, ley iiiij.

de sus personas». <sup>178</sup> Por otra parte, la vestimenta regional constituye una forma de clasificar e identificar a las personas. Por consiguiente, se dispone que los indios e indias deben vestirse de acuerdo a su lugar y si cambian de hábito son sancionados con azotes y con penas infamantes. <sup>179</sup> Pero esta vestimenta regional tiene ciertas limitaciones: se prohíbe a los indios e indias que se pinten el rostro o el cuerpo, ya que ello significaría un retorno a la época pagana. <sup>180</sup> Combinando la tradición legislativa castellana tendiente a evitar el lujo en el vestir, de un lado, y las diferencias legales respecto del vestido entre las personas según su clase social, de otro lado, encontramos una disposición que comenta Solórzano y Pereyra que prohíbe que las negras puedan traer oro, perlas ni manto. <sup>181</sup> Juan Antonio Suardo, en su ilustrativo Diario, cuenta que el 28 de julio de 1629, en Lima, «la justicia prendió dos mulatas, porque trahían unas sayas de seda azul muy cuaxadas de pasamanos de oro y aviéndose dado cuenta desta prisión al señor Conde, dicen que mandó su Excelencia que se haga ejemplar castigo deste exceso y desvergüenza, pero con mucho favor dieron las sayas por perdidas y pagaron cinquenta pesos de pena». <sup>182</sup>

En algunos casos, en Indias, el uso del cabello largo es tradicional. El Derecho Indiano considera que esta costumbre debe respetarse porque cortarlo constituye una grave ofensa de acuerdo a su propia mentalidad. El problema se había presentado en forma aguda en relación a los chinos filipinos, llamados sangleyes, para quienes el corte de pelo era nota de infamia; pero también ocurría en el caso de los indios, porque era «antiguo y venerable ornato el traer el cabello largo». Por ello se dispone que «...a los Chinos e indios que se bautizaren no se les corte el cabello, y dexen a su voluntad el traerlo, o dexarlo de traer y los consuelen, animen y aficionen con prudencia a ser Christianos...». <sup>183</sup> En el Perú, Pedro Pizarro nos da la impresión de que el gesto de cortar los cabellos largos no era aplicable porque «Todos estos señores andauan tresquilados, y los orexones como a sobrepeine». <sup>184</sup> Contrariamente, Solórzano y Pereira parece

<sup>178</sup> *Ibidem*, Tomo II, libro VI, tít. I, ley xxj.

<sup>179</sup> BALLESTEROS [38], Libro II, tít. II, ordenanza xvii.

<sup>180</sup> *Ibidem*, Libro II, tít. II, ordenanza xxj.

<sup>181</sup> SOLÓRZANO y PEREYRA [23], lib. II, cap. XXX, 48, T.I, p. 617.

<sup>182</sup> Juan Antonio SUARDO, *Relación diaria de lo sucedido en la ciudad de Lima desde el 15 de mayo de 1629 hasta 30 de mayo de 1639*, introducción y notas por Rubén VARGAS UGARTE S.J., Lima, Universidad Católica del Perú, Instituto de Investigaciones Históricas, 1936, t. I, p. 17. El doctor Suardo era un clérigo del siglo XVII que pasó diez años escribiendo un riguroso diario en el que no contaba su vida ni sus sentimientos sino lo que sucedía en Lima a la vista de todos. Sin embargo, su perspicacia lo lleva a observar hechos que revelan incluso las intimidades de las personas que vivían en Lima, hasta el punto de contar, no sin un sutil sentido del humor, que «Su Excelencia [se refiere al Virrey Conde de Chinchón] el martes 10 de Julio a las cinco de la mañana, con la señora Condesa, fue a ver el claustro y se estuvo hasta las nueve y entonces se volvió a acostar y, después de haber almorzado en la cama con la señora Condesa, mandó cerrar las ventanas y que no le avisassen hasta la oración y así se hizo». t. I, p. 14.

<sup>183</sup> Leyes de Indias, t. I, libro I. tít. I, ley XIV.

<sup>184</sup> Pedro PIZARRO [14], p. 66.

indicar que el cabello largo también se encuentra en el Perú ya que comenta que el respeto de ellos «Está muy puesto en razón, porque pues el tener crecido el cabello no es cosa que estorba el bautismo, y si estorbara, se les debiera cortar a las mujeres, y no era justo causarles tal desconuelo ni quitarles semejante costumbre de traerlos largos, pues no repugnan a la religión ni a la ley natural».<sup>185</sup> Y las Ordenanzas del Virrey Toledo recopiladas por Ballesteros se refieren al castigo de la «tresquilada».<sup>186</sup> Por su parte, Juan de Matienzo, hablando del gobierno del Perú, nos dice: «Suelen también traer los cabellos largos. Esto alguno lo tienen por malo; mas yo no hallo inconveniente que los traigan, si no es por la limpieza; mas hacerles mudar su costumbre les sería a par de muerte. Demás de eso, el peor castigo que se les puede hacer y afrenta es cortalles los cabello».<sup>187</sup> Sin embargo, propone una anecdótica prohibición en relación con los cabellos, pero basada en motivos sustancialmente diferentes: «Solamente se les podría vedar de hacer trenzas de los cabellos, porque es costumbre dormir con la que les hace las trenzas, para quitar tan ruin costumbre».<sup>188</sup>

Pero, en razón de la misión civilizadora de la Monarquía española, el Derecho no deja de preocuparse por aspectos esenciales de la apariencia dentro del mundo occidental, como es el aseo. En ese sentido, se ordena que los indios y las indias, en «los días Domingo, Pascuas y demás fiestas del año, y en los días en que vienen a confesar, tengan lavadas las caras, las manos y los pies y peinados los cabellos y cortadas las uñas».<sup>189</sup> Una disposición legal de esta naturaleza puede basarse no solo en los aspectos laicos de la civilización que se les aporta sino también en una razón religiosa: hay que presentarse ante el Señor limpio de cuerpo y alma; la limpieza y aliño del cuerpo es una expresión simbólica de la limpieza y pureza del alma.

## 2.6 Los gestos acústicos

El oído es un sentido que merece atención desde la perspectiva de integrar a una comunidad compuesta en su mayor parte por infieles.

La música fue utilizada incluso como modelo simbólico del comportamiento adecuado del Príncipe, como alegoría de la forma en que se debe gobernar, con sagacidad y firmeza pero con prudencia y tino. Solórzano y Pereyra, en su libro *Emblemata centum regio-politica* compara el gobierno con la música de arpa: el Príncipe es el arpista; la sociedad es el arpa. El lema que subraya el dibujo dice:

<sup>185</sup> SOLÓRZANO y PEREYRA [23], lib. II, cap. XXV, 17, p. 533.

<sup>186</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. II, ordenanzas ix y x.

<sup>187</sup> Juan de MATIENZO, *Gobierno del Perú, con todas las cosas pertenecientes a él y a su historia* (1567), Edition et Etude préliminaire par Guillermo Lohmann Villena, Paris-Lima, Travaux de l'Institut Français d'Etudes Andines. 1967. Parte I, cap. XXIII, p. 80.

<sup>188</sup> *Ídem.*

<sup>189</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. VIII, ordenanza vij.



Sea el Príncipe músico excelente,  
 Mas no porque una cuerda de repente  
 Disuene, la destroce y la maltrate,  
 Sino antes de templarla diestro trate,  
 Corrija los defectos,  
 Permítale a la enmienda sus efectos,  
 Que con este cuidado  
 Del Reino será músico extremado.<sup>190</sup>

Estenssoro, en su brillante tesis de Maestría titulada *Música, discurso y poder en el régimen colonial*, califica a las campanas como los ruidos del poder.<sup>191</sup> Las campanadas pasan a formar parte integral del paisaje auditivo de la sociedad indiana. Y, si bien sirven también al poder civil, no cabe duda de que su papel primordial es la de expresión del poder religioso. Existen diversos toques: festivos, dolientes, admirativos, de respeto, etcétera. El uso de las campanas de estas formas diferentes está jurídicamente regulado por dos tipos de Ordenanzas: unas eclesiásticas —como las promulgadas en Lima por el Obispo Mogrovejo en 1553— y otras civiles, generalmente establecidas por los Cabildos municipales y vinculadas, sobre todo, al toque de queda. No debemos olvidar a este respecto la Ordenanza del Virrey Toledo antes citada, recopilada por Ballesteros, que obliga a los indios a hincarse de rodillas cada vez que suena la campana y rezar tres avemarías.<sup>192</sup> Las campanas sirven también, por mandato legal, para crear el ambiente —con el respectivo estado de ánimo— que corresponda a ciertos hechos que son como hitos en el tiempo, hechos extraordinarios que sitúan a la población en una suerte de tiempo fuera del tiempo: la llegada en visita del Virrey o del Obispo a un pueblo, la canonización de un santo peruano, la muerte de ese Rey casi mítico, al que nunca habían visto y que vivía allá lejos, allende los mares.<sup>193</sup>

Dentro de la práctica de Indias, el canto es un aspecto auditivo sumamente importante de esa expresión corporal que constituye el gesto, que destaca fundamentalmente y que adquiere un valor muy significativo para transmisión de la Doctrina Cristiana a los infieles. De un lado, la ley ve en el canto una forma de acercamiento y un canal de contacto con esa cultura diferente que encuentra en América. Por eso la ley faculta a que, «para causarles más admiración y atención [en la enseñanza de la doctrina] pareciere cosa conveniente, podrán usar de Cantores y Ministriles, con que

<sup>190</sup> Citado por Juan Carlos ESTENSSORO, *Música, discurso y poder en el régimen colonial*, tesis de Magíster, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 237 y ss. El texto, escrito originalmente en latín, es el siguiente: «*Sis Fidicen Princeps, nec quando dissonat ulla / chorda statim rumpat, sed modulare prius: / Corrige defectus: lapsis concede vicissimi / Vi surgant, Regni sic citharedus eris*».

<sup>191</sup> *Ibidem*, pp. 251 y ss.

<sup>192</sup> *Supra*, nota 48.

<sup>193</sup> Véase *infra*, p. 49, la cita del Prof. José M. MARILUZ URQUIJO, quien destaca este tema.

conmuevan a los Indios a se juntar». <sup>194</sup> Es así también como la ley insiste en el canto como medio de evangelización y ordena que las tres Misas que se mandan decir los primeros Viernes en Indias por los Reyes pasados, presentes y futuros, así como la Misa de los Sábados por la salud de los Reyes y la prosperidad del Estado Real y la de los Lunes por las Ánimas del Purgatorio, deben ser cantadas. <sup>195</sup>

Sin embargo, las canciones tienen además otra función interesante que podríamos denominar como «la administración de la risa». Según señala Juan Carlos Estenssoro, <sup>196</sup> se encuentra en las iglesias americanas —y, en particular, en la catedral de Lima— una gran cantidad de piezas musicales con textos cómicos, burlones. Posiblemente, estas manifestaciones satíricas correspondían a la tradición popular medieval expresada en la Fiesta de los Locos, la risa de Navidad y la risa pascual. Esta risa en el interior de las iglesias tiene por objeto controlar y desahogar la crítica a las autoridades, incluyendo —o quizá sobre todo— a las eclesiásticas. De esta manera, la eventual irritación popular se traducía en una humorada festiva, organizada por la propia Iglesia.

Pero el Derecho Indiano otorga también una importancia crucial a ese gesto de cortesía y de acercamiento que consiste en hablar a las personas en su idioma. En el caso del Perú, la existencia de cuando menos dos lenguas —el castellano y el quechua— promueve muchas reflexiones. No cabe duda de que, dentro de la mentalidad española, es el castellano que debe subsistir. Por eso, en las Casas de Recogimiento de Indias doncellas, las «Matronas de buena vida y ejemplo» deben poner «mucha atención y diligencia en enseñar a estas doncellas la lengua Española, y en ella la doctrina Christiana y oraciones, exercitándolas en libros de buen exemplo, y no les permitan hablar la lengua materna». <sup>197</sup> Esta es una medida para que aprendan bien el español, que equivale a lo que ahora se llama una «inmersión en el idioma». Pero, paralelamente y desde una perspectiva práctica, dado que la mayor parte de los habitantes habla quechua y que la tarea de evangelización es prioritaria sobre todas las otras, se exige que los sacerdotes deban saber el idioma de los indios: «Encargamos y mandamos, que los Sacerdotes Clérigos, o Religiosos, que fueren de estos nuestros Reynos a los de las Indias, o de otras qualesquier partes de ellas, y pretendieren ser presentados a las Doctrinas y Beneficios de los Indios, no sean admitidos si no supiesen la lengua general, en que han de administrar, y presentaren fe del Catedrático que la leyere, de que ha cursado en la Cátedra de ella un curso entero, o el tiempo que bastare para poder administrar y ser Curas». <sup>198</sup>

<sup>194</sup> Leyes de Indias, t. I, libro I, tít. I, ley iiii.

<sup>195</sup> *Ibidem*, t. I, libro I, tít..II, ley xij.

<sup>196</sup> Juan Carlos ESTENSSORO, *Música y sociedad coloniales*. Lima 1680-1830, Lima, Editorial Colmillo Blanco, 1989, pp. 99-100.

<sup>197</sup> Leyes de Indias, t. I, libro I, tít..III, ley xix.

<sup>198</sup> *Ibidem*, t. I, libro I, tít.VI, ley XXX; videte etiam *Ibidem*, t. I, libro I, tít.XIII, ley iiii.

## 2.7 Los gestos del sexo

No cabe duda de que la relación entre los dos sexos está formada por espíritu y carne: amor, emoción, sentimiento, pero también contacto de cuerpos. Y cada uno de estos aspectos da lugar a un conjunto de gestos y actitudes corporales que el Derecho Indiano regula.

Ante todo, es importante destacar que el tratamiento del cuerpo desde el punto de vista de la relación sexual es uno de los campos donde más usualmente se superponen diferentes normatividades: reglas religiosas, preceptos morales y reglas jurídicas se entremezclan al punto que no es posible distinguirlas. Encontramos normas morales en las leyes, discusiones teológicas en los libros de doctrina jurídica, preceptos de Derecho Canónico que juegan el papel de leyes civiles. Basta recordar que la Primera Partida de Alfonso el Sabio se refiere íntegramente a aspectos religiosos, como las normas sobre sacerdotes y prelados, los sacramentos de la Iglesia y la forma de administrarlos y otros de naturaleza similar.

Sin embargo, es preciso recordar también que es en este campo en el que advertimos una precoz distinción entre los intereses religiosos y los intereses sociales y, consecuentemente, en las normas de uno y otro tipo. Alfonso el Sabio, en su Quinta Partida, sostiene que si bien la Iglesia defiende que ningún cristiano tenga barraganas (es decir, la mujer —generalmente de condición vil— que un hombre tiene fuera del matrimonio)<sup>199</sup> bajo pena de pecado mortal, sin embargo «los Sabios antiguos que fizieron las leyes, consentiéroles, que algunos las pudiesen aver sin pena temporal: porque tovieran que era menos mal de aver una, que muchas»<sup>200</sup> y, además, porque de esta manera era más fácil identificar a los padres de aquellos hijos nacidos de relaciones ilícitas. Por este motivo, señala, las leyes seculares mandan que el que no sea casado ni clérigo «puede aver barragana sin miedo de pena temporal», siempre que se cumplan ciertas condiciones (que la mujer no sea virgen ni menor de doce años, no sea viuda ni pariente de quien la toma, etcétera).<sup>201</sup>

Hay ciertos gestos a los que el Derecho solo les da valor simbólico y, por tanto, efecto vinculante, si se realizan con plena consciencia del acto. Las palabras de aceptación en el matrimonio constituyen ciertamente uno de ellos. La Nueva Recopilación incluía normas que prohíben que el matrimonio se celebre contra la voluntad de la mujer: ni siquiera una carta del Rey puede obligar que doncella o viuda se case contra su voluntad; y si tal carta existiere y la mujer no se presenta al matrimonio infringiendo la voluntad del Rey, se tiene la carta por no válida y la infractora no tenga pena alguna. Ciertamente, ninguno de los grandes de los reinos de la Corona española ni personas que tengan vasallos, pueden apremiar a doncella o dueña alguna o a los padres de estas, para que

---

<sup>199</sup> Partidas, Quinta Partida, tít XIV, ley i.

<sup>200</sup> *Ibidem*, Quinta Partida, tít XIV, introducción.

<sup>201</sup> *Ibidem*, Quinta Partida, tít XIV, ley ii.

acepten un matrimonio impuesto, «so pena de la nuestra merced».<sup>202</sup> Concordando con el requisito de libre voluntad para contraer matrimonio, Matienzo estudia el caso del matrimonio de los ebrios y señala que la regla general es que no valen, salvo que al momento de contraerlo tuvieran la mente sana. Pero recuerda que el Concilio Tridentino reformó esta regla con relación a los habitantes originarios del Nuevo Mundo (*novi orbis incolae*) porque estos suelen convertir a las mujeres en esposas estando embriagados, usan de ellas como si el consentimiento hubiera sido dado en estado sobrio y luego normalmente las abandonan. Por consiguiente, en estos casos, si el contrayente pronunció las palabras de aprobación y luego exigió a la mujer el perfeccionamiento carnal del matrimonio, debe entenderse ello como un signo de que aceptó el matrimonio «de cuerpo y alma».<sup>203</sup>

La noción de incesto como delito punible es bastante amplia y comprende también la relación con las mujeres de los hermanos, con la mujer del padre (notemos que en ninguno de estos casos hay parentesco sanguíneo), con la comadre y con la hija de esta (donde solo se podría hablar de un parentesco espiritual) e incluso la relación de un tercero con dos mujeres que son hermanas o con dos mujeres simplemente parientes entre sí (puede verse que en estos casos no existe ningún parentesco ni de sangre, ni de afinidad y ni siquiera espiritual entre quienes tienen la relación directa).<sup>204</sup> Como puede verse, el propósito de la norma no es evitar las taras físicas que pueden derivarse de la promiscuidad entre parientes sino imponer por la vía legal cierta concepción religiosa del matrimonio y evitar las taras morales que se derivan de la promiscuidad entre quienes pueden desarticular la noción cristiana de familia.

Como parte del proceso de desculturización de lo pagano (en la medida que es incompatible con lo cristiano) y de aculturación sobre una base occidental, las leyes de Indias se preocupan de desterrar las secuelas del pasado infiel, impidiendo la poligamia que existía anteriormente; para este efecto, establecen que los indios no se pueden casar con dos mujeres a la vez, aunque estas no sean cristianas. Pero tampoco pueden casarse con una y tener a las otras encerradas,<sup>205</sup> lo que parece que era una de las formas utilizadas por los indios para burlar la ley. Estamos aquí ante un gesto (quizá mejor un contra-gesto), ante una prohibición, ante la condena de un tipo de relación corporal; y este gesto, aunque se basa en el principio católico de la monogamia, es aplicable también a los infieles porque la norma moral —y, consiguientemente, la norma jurídica— se basa en la ley natural y, por tanto, tiene carácter universal. Estos principios occidentales y cristianos protegen también el libre consentimiento de los cónyuges, por lo que, con relación a la costumbre tradicional en el mundo prehispánico —que los españoles entienden como una venta de las hijas— de que las familias arreglen el matrimonio y

<sup>202</sup> *Nueva Recopilación*, lib. V, tít. I, leyes x y xi.

<sup>203</sup> MATIENZO [8], lib. V, tít. I, glosa única, 208, fs. 23v.-24.

<sup>204</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. II, Ordenanza xij.

<sup>205</sup> *Leyes de Indias*, t. II, libro VI, tít. I, ley v.

se hagan mutuamente regalos, se dispone que «no es justo permitir en la Christiandad tan pernicioso abuso contra el servicio de Dios, pues no se contraen los matrimonios con libertad por hacer las Indias la voluntad de sus padres, y los maridos las tratan como esclavas, faltando el amor y lealtad del matrimonio».<sup>206</sup>

Por otra parte, el cuerpo de la mujer no puede ser considerado jurídicamente como una cosa o mercancía de la cual puede disponerse y con la cual pueden pagarse obligaciones. Por eso la ley prohíbe a los Caciques que reciban en tributo a las hijas de sus indios.<sup>207</sup>

El matrimonio, en tanto vínculo sagrado que involucra además a la personalidad toda, es regulado por el Derecho Indiano incluso no solo en sus aspectos formales sino también en los cotidianos e incluso en los más íntimos.

Por ello, los indios amancebados merecen castigo.<sup>208</sup> Pero si el indio o india cristianos se amanceban con un o una infiel, el delito es mayor y el castigo es mucho más grave.<sup>209</sup>

También se entiende que es «tanta ofensa a Dios Nuestro Señor» que «por persuasión diabólica» los indios consideren que antes de casarse tienen que haberse «conocido, tratado o conversado algún tiempo» y, sobre todo haber «hecho vida maridable». Por lo que «conviene proveer en ello de remedio». Y para quitar a los indios una costumbre «tan nociva y perniciosa a la conversión, pulicía y cristiandad», es preciso aplicarles «castigos ejemplares a los dichos Indios».<sup>210</sup>

Por otra parte, una vez casados religiosamente, la obligación de hacer vida maridable no puede abandonarse por causa alguna; ni siquiera para ir a conquistar nuevas tierras para el Rey. En consecuencia, los españoles casados en España y que viven en Indias son ordenados regresar de grado o fuerza a la Península para vivir junto a sus esposas legítimas: «Rogamos y encargamos a los Prelados de nuestras Indias, que por sus propias personas, o las de sus Visitadores, se informen si en sus Diócesis viven algunos Españoles casados o desposados, que tengan en estos Reynos sus mugeres, y constándoles que hay algunos de esta calidad, avisen de ello a nuestros Virreyes, Presidentes, Audiencias y Governadores, los quales, sin remission, tolerancia, dispensación, ni prorrogación de término, los hagan embarcar en la primera ocassión, y venir a estos Reynos a hacer vida maridable con sus mugeres».<sup>211</sup> Sin embargo, notemos que este tipo de protección se brinda no solo a las esposas sino también a las «novias» (en términos modernos) de los que viajaron al Perú, es decir, a los que se unieron en esponsales o promesa de matrimonio antes de viajar y, por tanto, son

<sup>206</sup> *Ibidem*, t. II, libro VI, tít. I, ley vj.

<sup>207</sup> *Ibidem*, t. II, libro VI, tít VII, ley xiiij.

<sup>208</sup> BALLESTEROS[38], lib. II, tít. II, Ordenanza ix.

<sup>209</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. II, Ordenanza x.

<sup>210</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. II, Ordenanza viij.

<sup>211</sup> Leyes de Indias, t. I, libro I, tít. VII, ley XIV; videte etiam, t. III, libro VII, tít. iij.

desposados. Es de suponer en que este último caso, el retorno a España no es para hacer vida maridable de inmediato sino para que cumplan su promesa, contraigan matrimonio y luego hagan vida maridable. Juan de Matienzo, sin embargo, nos informa que «Suele haber descuido en el cumplimiento de estas Cédulas». Por eso, manifestándose totalmente de acuerdo con la finalidad perseguida por ellos y con la aplicación de penas de la máxima dureza a los infractores, propone que se otorguen ciertos plazos por razones prácticas («algunos tienen mucha hacienda, que no se puede recoger en breve tiempo»), sin perjuicio de que, vencidos tales plazos más razonables, se les aplique las sanciones con el máximo rigor, incluyendo confiscación de sus bienes y cárcel.<sup>212</sup> También debe señalarse que no solamente los casados o desposados en España que se encuentran en Indias están obligados a regresar donde sus mujeres sino que, también, los casados o desposados en Indias que viven en España o en otro lugar de Indias distinto al de la residencia de sus respectivas mujeres, tienen la misma obligación «porque no será menos justo, que en las Indias, y sus Islas se guarde lo mismo con los que estuvieren en partes distantes de donde sus mugeres residieren», por lo que las autoridades de todo nivel han de procurar «que todos hagan vida con sus mugeres, haciéndolos ir, y cohabitar con ellas, usando del mismo rigor que con los casados, que las tienen en estos Reynos».<sup>213</sup> Y ese rigor —que se adjetiva para darle más fuerza como «todo rigor»— consiste en obligarlos «a que buelvan a hacer vida maridable con sus mugeres; y si para mejor execución de la justicia pareciere conveniente enviarlos presos, hasta dexarlos embarcados, y entregados al General, o persona que governare, se hará así...».<sup>214</sup>

En cuanto a lo que se refiere al ejercicio del sexo, conformado por una gran variedad de actitudes y posturas corporales, la Religión interviene en la determinación de lo que es sexo ilícito calificado como pecado; pero sus conclusiones se juridizan, creándose, ahí donde es posible, delitos con sanciones graves.

El jurista Juan de Matienzo escribe en 1580 un importante libro de glosas respecto de las normas de la Nueva Recopilación de las Leyes de España que acababa de ser publicada.<sup>215</sup> Estas glosas están referidas exclusivamente al Libro V de la Nueva Recopilación, que trata de materias próximas a lo que quizá hoy llamaríamos Derecho Civil. Matienzo comenta el Título I que se titula «De los casamientos» y así habla de las condiciones e impedimentos del matrimonio, sus formalidades como acto, la naturaleza del consenso matrimonial, los derechos recíprocos de los cónyuges (*Uxor subdita est viro, qui caput est uxoris*).<sup>216</sup> Pero antes de ocuparse de los hijos, la obligación

<sup>212</sup> MATIENZO [187], Parte II, cap. XXIX, pp. 349-350.

<sup>213</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VII, tít III, ley viij.

<sup>214</sup> *Ibidem*, t. II, II, libro VII, tít III, ley iij.

<sup>215</sup> Véase *supra*, nota 8.

<sup>216</sup> «La esposa está subordinada al hombre, el que es la cabeza de la esposa». MATIENZO [8], lib. V, tít. I, glosa única, 93, fs.13v.

de alimentarlos y educarlos, etcétera (temas de los que trata más adelante), Matienzo se refiere a aspectos más íntimos del matrimonio que, aunque los juzga en términos de pecado, no vacila en incluirlos en su glosa jurídica.

Podemos ver una vez más —y en este campo con mayor razón, dado que el matrimonio está sometido en muchos de sus aspectos a la ley eclesiástica— que la separación entre Derecho y Religión no es evidente, por cuanto el primero sirve a la segunda. Es así como Matienzo no duda en comentar jurídicamente normas que hoy calificaríamos como religiosas y, por consiguiente, metajurídicas, por cuanto tienen una sanción trascendente y no inmanente al orden jurídico.<sup>217</sup> Matienzo no considera que el tema es ajeno a la reflexión jurídica en tanto que conceptualmente no se hace todavía una separación tajante entre Derecho, Moral y preceptos religiosos.

Es así como señala que la fe del matrimonio consiste en que cada cónyuge recíprocamente cumpla con hacerle uno al otro el acto sexual o cópula —a la que denomina *debitum coniugale* (literalmente, deuda conyugal)— bajo pena de pecado mortal.<sup>218</sup> Sin embargo, agrega, esta regla puede inducir a error, porque hay casos en los que negarse no será pecado, ni mortal ni venial.<sup>219</sup> Es así como es ilícito incluso para los cónyuges practicar el acto sexual en la iglesia y en los lugares sagrados, bajo pena de ser reo capital, porque ese coito ensucia la iglesia;<sup>220</sup> por consiguiente, la negativa de uno de ellos en ese caso no es sancionable como incumplimiento al *debitum coniugale* ya que se está evitando un mal mayor. También el marido cae en pecado mortal si cumple su obligación conyugal con su mujer a pesar de que esta es adúltera, salvo que no hacerlo implique escándalo.<sup>221</sup>

Esta confusión —en términos modernos— entre lo religioso y lo jurídico se hace más patente aún cuando el jurista Matienzo opina sobre la licitud o ilicitud de las diferentes posiciones para realizar el acto sexual. «Pero cuando el modo natural de realizar el acto sexual es sobrepasado por los cónyuges, comete pecado unas veces mortal y otras venial. Por ejemplo, el hombre penetra a su cónyuge sentado, o de pie, o desde el costado, o desde atrás a la manera de los animales, aun cuando fuere servida en el vaso natural, siempre que los cónyuges se unen de esa manera es pecado, salvo que exista necesidad apremiante: sin embargo, es pecado mortal siempre que, debido a la posición adoptada, se impida la generación».<sup>222</sup> Y, con relación a este último caso,

<sup>217</sup> Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, trad. fr. de la 2a. ed., de la «Reine Rechtslehre» por Charles Einsenmann. Dalloz. Paris, 1962. Tít. I, cap. 5-C, p. 39.

<sup>218</sup> «...*fidem matrimonii in eo consistere, ut uterque coniux invicem alteri alter debitum coniugale reddere teneatur sub poena peccati mortalis*». MATIENZO [8], lib. 5, tít. I, glosa única, 98. fs. 13v.

<sup>219</sup> *Idem*.

<sup>220</sup> «in ecclesia, sacris vel locis, carnales copula illicita est etiam coniugibus sub reatus lethallis... ex tale coitus ecclesia polluitur». *Ibidem*, glosa única, 99, fs. 14.

<sup>221</sup> *Ibidem*, Libro V, tít. I, glosa única, 101, fs. 14.

<sup>222</sup> «*Ubi autem modus naturales coeundi exceditur a coniugibus, peccatum contrahitur quando que veniale, quando que mortale. Exempli loco, si vir cognoscat uxorem sedendo, vel stando, vel ex latere, ver retrorsum*

Matienzo como jurista nos dice que la culpa y la sanción se fundan en los principios básicos del Derecho Natural,<sup>223</sup> por lo que no es autorizado que el «débito» sea depositado fuera de la parte femenina de la mujer ni retenido.<sup>224</sup> De esta manera, nos dice el jurista, que toda relación que deposite el «débito» fuera del vaso será siempre pecado mortal, y «nadie podrá excusarse salvo a causa de ignorancia invencible, como quizá sucede con los Indios Neófitos quienes todavía no escucharon acerca de la malicia que existe en el hecho de depositar el débito fuera del lugar adecuado de la mujer, como se ha probado correctamente».<sup>225</sup>

El principio del Derecho Natural que establece que la cópula está efectivamente orientada a la procreación tropieza con algunas situaciones ambiguas en su aplicación a ciertos casos específicos.

Así, pregunta Matienzo, ¿es ilícita la cópula que involucra placer? Y responde que no lo es, «porque el placer no es por sí mismo bueno ni malo; será bueno si se deriva de una operación buena y será malo si se deriva de una operación mala.»<sup>226</sup> Citando a varias autoridades, señala que basta que se admita como verdad que la cópula tiene siempre por finalidad la procreación, «por lo que el acto está virtualmente referido a su fin, estando permitido que, actualmente, en el tiempo dado a ello [es decir, en el momento del acto], no se hubieran referido».<sup>227</sup> Sin embargo, si la cópula se realiza intencionalmente para buscar el placer y sin pensar en la procreación, será pecado venial.<sup>228</sup>

¿Puede la mujer otorgar o el hombre exigir la obligación conyugal si la mujer está menstruando, dado que en ese caso obviamente no puede concebir? Después de consultar a varios autores, Matienzo opina que sí se puede por razones que podríamos reunir bajo el concepto de evitar un mal mayor, esto es, que el marido sea impelido a fornicar con otras mujeres o que surja el disgusto entre ellos.<sup>229</sup> Casos similares se presentan cuando la mujer está embarazada o en su período de purificación *post partum* o cuando está incapacitada para procrear, sea porque es estéril, sea porque le pasó la edad de engendrar (*vetula* la llama Matienzo, que literalmente significa «anciana»).

*more brutorum, licent servetur naturale vas, semper est peccatum hoc modo coniugi adhaerendo abique urgenti necessitate: est tamen mortale quoties per talem concubitus impeditur generatio». Ibidem, lib. 5, tít. I, glosa única, 108, fs. 15.*

<sup>223</sup> «...esse prohibitum per prima principia iuris naturae...». *Ibidem, lib. 5, tít. I, glosa única, 108, fs. 15.*

<sup>224</sup> «...quia non potest esse receptio feminis ex parte foeminae, nec debita retentio». *Ibidem, lib. 5, tít. I, glosa única, 108, fs. 15.*

<sup>225</sup> «...nemo excusari poterit nisi propter ignorantiam invincibilem, quam forte habent Neophiti Indi, qui nondum audierunt malitiam, quae in feminatione extra modum debitum inest, ut rectem probat». *Ibidem, lib. V, tít. I, glosa única, 109, fs. 15.*

<sup>226</sup> «...quia delectatio ex se ipsa, nec bona est nec mala: sed est bona si consequitur operationem bonam, & mala si consequitur operationem malam». *Ibidem, lib. V, tít. I, glosa única, 105, fs. 14v.*

<sup>227</sup> «quod virtualiter actus iste referatur ad finem, licent eo in tempore actualiter ad eum non referatur». *Ibidem, lib. V, tít. I, glosa única, 105, fs. 14v.*

<sup>228</sup> *Ibidem, lib. V, tít. I, glosa única, 107, fs. 14v.*

<sup>229</sup> *Ibidem, lib. V, tít. I, glosa única, 111, fs. 15.*



El jurista considera que se trata de situaciones accidentales y que, por consiguiente, llevar a cabo la cópula en estas condiciones no pretende evitar la finalidad natural de tener hijos; de lo que se deduce que debe ser considerada como lícita. En el caso de la mujer embarazada, este derecho y obligación de dar y de exigir el débito conyugal desaparece si se teme que pudiera ocurrir un aborto. La razón que da Matienzo para justificar estas licencias es más compleja doctrinalmente que la antes citada. Así, apoyándose en la Epístola a los Corintios, sostiene que el matrimonio no ha sido instituido solamente para tener hijos sino también para poner un remedio a la concupiscencia.<sup>230</sup> Al parecer, existía alguna discusión entre los juristas y los teólogos de la época porque Matienzo se siente obligado a decir que él no ve ninguna razón para prohibir la relación sexual en estos casos<sup>231</sup> y agrega que por ello no se debe suprimir esta justa disposición legal.<sup>232</sup>

La preocupación moral de los legisladores por el sexo llega a ser tan escrupulosa que no solo sanciona el acto corporal sino también lo que se piensa que puede ser ocasión para el acto, aunque este no haya tenido lugar. Así, los Indios no pueden tener en sus casas hermanas, tías, primas hermanas, cuñadas ni mancebas del padre que sean menores de 50 años porque —explica la norma— «consta el deservicio grande que se hace a Dios el estar juntos tales parientes».<sup>233</sup> Por esta misma razón, las Indias mozas y las viudas menores de cincuenta años no pueden ni siquiera dar de beber a sus hermanos o parientes y menos aún pueden acompañarlos por el camino.<sup>234</sup>

Esta angustia moral y jurídica por el pecado sexual, extendida hasta la obsesión, induce a prohibir que se lleven a la enseñanza de la Doctrina a las muchachas solteras crecidas en edad, salvo que vayan acompañadas de sus padres; «porque de tal junta se ha seguido muchos inconvenientes», dice la norma.<sup>235</sup>

## 2.8 El trabajo físico

Una de las actividades humanas reguladas jurídicamente que tiene una relación directa con el cuerpo es el trabajo físico. En realidad, la reglamentación del trabajo físico contiene sin duda una importante disposición y titularización de las actividades corporales del trabajador por la vía del Derecho. Sin embargo, el análisis propiamente laboral de la legislación indiana tendría que ser materia de otro trabajo con una perspectiva diferente. Por ese motivo, me limitaré solamente a los aspectos más saltantes de las leyes de Indias con respecto al tratamiento del cuerpo en este tipo de trabajo.

<sup>230</sup> «...quia matrimonium non solum institutum fuit in officium naturae propter prolem, verum etiam in remedium contra concupiscentiam». *Ibidem*, lib. V, tít. I, glosa única, 110, fs. 15.

<sup>231</sup> «...Quia non videmus hoc esse prohibitum...». *Ibidem*, lib. V, tít. I, glosa única, 110, fs. 15.

<sup>232</sup> «...quare nec cessare debet legis dispositio iuxta...». *Ídem*.

<sup>233</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, ordenanza xiiij.

<sup>234</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. II, ordenanza xiv.

<sup>235</sup> *Ibidem*, lib. II, tít. VIII, ordenanza vj.

Ante todo, debe mencionarse a este respecto que el trabajo es obligatorio dentro del mundo indiano; que, para quienes no tienen otro trabajo, se convierte en obligatorio específicamente el trabajo físico, es decir, la aplicación del cuerpo y de las fuerzas corporales a la producción de bienes o a la guerra.

De ahí que encontremos leyes drásticas contra los vagos. Sin embargo, tenemos ahí un problema de tipificación jurídica: ¿quiénes son legalmente vagos? De primera intención, se consideran como tales a los «vagamundos [*sic*] y holgazanes, que podrían trabajar y vivir de su afán, pero no lo hacen».<sup>236</sup> Sin embargo, todavía a fines del siglo XVIII, se incluye también dentro de esta categoría a los que enseñan cámaras oscuras, marmotas, osos, caballos, perros y otros animales con algunas habilidades, así como a los que con el pretexto de ser estudiantes o peregrinos o romeros andan vagando por el Reino, como aparece de una Real Cédula de Carlos III del año 1783.<sup>237</sup> La razón para sancionar a estos «vagamundos y holgazanes» es porque «no tan solamente viven del sudor de otros, sin lo trabajar y merescer, mas aún dan mal ejemplo a otros que los ven hacer aquella vida, por lo qual dexan de trabajar, y tórnanse a la vida de ellos».<sup>238</sup> Por este motivo, se condena la ociosidad obligando al ocioso a algún trabajo forzado o, incluso, a las galeras. A partir del siglo XVIII, los llamados vagos son destinados a los regimientos y obligados a tomar las armas, organizándose levas con este objeto.<sup>239</sup> En Indias, los vagos son enviados a trabajar especialmente en las minas, sin perjuicio de que no sean considerados esclavos sino hombres libres que —teóricamente, dentro del Derecho moderno— deberían decidir por sí solos si trabajan o no y dónde lo hacen: «los Negros y Mulatos libres, y ociosos, que no tuvieren oficios, reocupen, y trabajen en la labor de las minas».<sup>240</sup>

El tratamiento legal de los actos físicos de una persona —las libertades y obligaciones inherentes a ellos— depende también de la condición social y de la raza, posiblemente en la medida en que se atribuye ciertos defectos a ciertas razas —como la violencia en los Negros— y a que ciertas condiciones sociales se prestan para alimentar odios, rebeldías o conductas delictivas. Por ello se dispone que las autoridades deben tener especial atención respecto de lo que hacen los Esclavos, Negros en general (incluso libres) y otras «personas inquietas», entendiéndose por tales a «cualesquier personas, que puedan ocasionar cuidado, y rezelo», debiendo prevenir «con destreza los daños que pueden resultar contra la quietud, y sossiego público, en que deben estar muy instruidos, y recatados».<sup>241</sup> Otra norma en el mismo sentido es la prohibición de que los Negros, Loros, Mulatos y Zambaygos, libres o esclavos, porten armas, y no

<sup>236</sup> *Novísima Recopilación*, Tomo V, libro XII, tít. XXX, ley i, p. 429.

<sup>237</sup> *Ibidem*, t. V, libro XII, tít. XIII, ley xiii, página 440.

<sup>238</sup> *Ibidem*, t. V, libro XII, tít. XXX, ley i, página 429.

<sup>239</sup> *Ibidem*, t. V, libro XII, tít. XXX, leyes ii a xii, páginas 430-439.

<sup>240</sup> Leyes de Indias, t. II, libro VII, tít V, ley iiij.

<sup>241</sup> *Ibidem*, t. II, libro VII, tít V, ley xiiij.

hay permiso que valga ni para los esclavos del Virrey, con la única excepción de los que trabajan para los Alguaciles Mayores y otros de ese género; los Mestizos solo las pueden llevar si viven en lugares de españoles, mantienen casa y labranza y además obtienen el permiso correspondiente del que gobernar.<sup>242</sup>

Esta prohibición comprende «espadas, alabardas, ni otras armas ofensivas, ni defensivas».<sup>243</sup> Por otra parte, «si se probare que algún Negro o Loro echó mano a las armas contra Español, aunque no hiera con ellas» se le aplicarán penas gravísimas: la primera vez, 100 azotes y se le clave la mano en un leño; la segunda vez, se la corten.<sup>244</sup> Un atenuante que puede evitar tan severas penas es que el Español hubiera echado primero mano a la Espada y el Negro hubiera usado la suya en defensa propia.

## 2.9 Los gestos punitivos que afectan el honor y el cuerpo de los reos

Un tema que debe mencionarse en tanto que gesto público reglamentado por el Derecho es la significación social de los castigos corporales y/o vergonzantes.

Ante todo, hay una prohibición total por razones humanitarias de ciertos castigos que pueden ser muy efectivos como gesto ante la comunidad pero que sobrepasan los límites de tolerancia de la conciencia moral de la época. Así, por ejemplo, una de las leyes de Indias dice: «Mandamos que en ningún caso se ejecute en los Negros Cimarrones la pena de cortarles las partes que honestamente no se pueden nombrar».<sup>245</sup>

Sin embargo, esa conciencia es aún muy amplia y admite la tortura como medio de investigación de los hechos criminales y, en general, para Españoles, Indios o Negros, penas tales como «azotes, vergüenza pública, clavar la mano o semejantes».<sup>246</sup>

La mutilación no parece haber tenido una aplicación muy frecuente, de acuerdo a lo investigado por Carlos Alberto Garcés.<sup>247</sup> Pero se encuentran casos en los que se ha aplicado, como pena adicional a la normal, el corte de una oreja para el reincidente, simbolizando que ha hecho oídos sordos del primer castigo recibido;<sup>248</sup> en otros casos, por falsificar un documento se cortaba la mano del delincuente, simbolizando en ese caso el delito mismo y arrebatándole al delincuente el instrumento a fin de que no pueda volver a cometerlo.<sup>249</sup>

<sup>242</sup> *Ibidem*, t. II, libro VII, tít V, ley xiiij. V. *etiam Ibidem*, leyes xv, xvj, xvjj y xviii.

<sup>243</sup> *Ibidem*, t. II, libro VII, tít V, ley xviii

<sup>244</sup> *Ibidem*, t. II, libro VII, tít V, ley xv.

<sup>245</sup> *Ibidem*, t. II, libro VII, tít. V, ley xxiiij.

<sup>246</sup> *Ibidem*, t. II, libro VII, tít. VI, ley xx.

<sup>247</sup> Carlos Alberto GARCÉS, *El cuerpo como texto. La problemática del castigo corporal en el S. XVIII*, Argentina, Universidad de Jujuy, 1999, p. 64.

<sup>248</sup> Pena impuesta por el Cabildo de Caracas en 1579, citado por *Ibidem*, p. 70, nota 40.

<sup>249</sup> *Ídem*.

En el caso de los Indios, existen penas vergonzantes especiales como la trasquilada o corte del cabello<sup>250</sup> o el atar al indio a un palo en la plaza a la vista de todos.<sup>251</sup> Un castigo muy especial por su carácter de gesto es el que se aplica a los indios que se encuentren ebrios por las calles, a quienes debe subirse «en un caballo flaco, las manos atadas y los pies asimismo atados, y de la cintura para arriba desnudo y den doscientos azotes por las calles públicas, con voz de pregonero manifestando su deshonor, para que sea pública su infamia».<sup>252</sup> Juan de Matienzo propone un castigo ejemplar para los indios amancebados: «al indio que estuviere públicamente amancebado, lo persuadan a que se case y dexé a la manceba, y no lo queriendo hacer, sea azotado públicamente y cortado los cabellos; y la india lo mismo, y desterrada del repartimiento por un año; y la misma pena se dé al que adulterare o tuviere dos o tres muxeres o mancebas».<sup>253</sup>

Es importante destacar que, en varios casos, los castigos son diferentes para españoles y para indios. A los españoles no se les trasquila ni se les ata en la plaza pública. Pero se les destierra y se les puede enviar a galeras. En cambio, en el caso de los indios no hay galeras y el destierro no debe pasar de la ciudad cabeza de Provincia. Por ello, se recomienda que a falta de una pena específica se les condene a servicio personal en los Conventos o en la administración pública. Pero esta no puede ser una pena perpetua y, además, los sancionados deben recibir paga por el trabajo que hacen.<sup>254</sup> En la práctica, es una pena equivalente a convertirlos en mitayos.

En el siglo XVIII, con las ideas de la Ilustración, comenzaron a desaparecer las penas consideradas inhumanas. Hubo quienes se quejaron de que las penas mutiladoras convertían al delincuente en mendigo por cuanto ya no podía cometer el delito pero tampoco ganarse la vida; por consiguiente, tal castigo creaba una carga para la sociedad y, por consiguiente, mejor era condenarlos a trabajos forzados en alguna obra pública.<sup>255</sup> En este planteamiento no puede dejar de advertirse la influencia del Marqués de Beccaria, en cuyo libro «*Dei delitti e delle pene*», abogaba porque el Derecho Penal estuviera orientado no a la venganza sino al propósito de crear una sociedad mejor

---

<sup>250</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. II, ordenanzas ix y x. Con relación a la importancia del cabello y las barbas desde una perspectiva gestual simbólica, cf. Nelly R. PORRO GIRARDI, *La mesadura en Indias. Un trasplante jurídico-cultural (siglos XVI-XVII)*, Ponencia presentada ante el XIV Congreso Internacional de Derecho Indiano, Lima, septiembre de 2003. Con relación a la efectividad de este castigo en el Perú, existen informaciones contradictorias. Si aceptamos lo dicho por Pedro PIZARRO [14] respecto de los señores incas importantes que andaban «tresquilados», este castigo parecería no ser aplicable en el Perú. Sin embargo, SOLÓRZANO Y PEREYRA [23], las Ordenanzas para el Perú dadas por el Virrey Toledo y publicadas por BALLESTEROS [8] y MATIENZO [187] hablando siempre sobre el Perú, insisten en la idea de que los indios peruanos llevaban los cabellos largos y que era una afrenta cortárselos.

<sup>251</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. II, ordenanza xvii.

<sup>252</sup> Caso citado por GARCÉS [247], p. 61.

<sup>253</sup> MATIENZO [187], parte I, cap. XXIII, p. 81.

<sup>254</sup> *Leyes de Indias*, t. II, libro VII, tít. VIII, ley x.

<sup>255</sup> GARCÉS [247], p. 65.

y, acorde con ello, el método de castigo que escogiera la legislación debía ser siempre aquel que sirve mejor al mayor interés público.

## 2.10 El cuerpo como objeto de la medicina

Dentro del Derecho Indiano, el análisis jurídico propuesto en este ensayo debe comprender también el tratamiento del cuerpo humano en ciertos casos médicos y en lo que se refiere a la disposición de los cadáveres.

El monje cisterciense R. P. Manuel Antonio Joseph Rodríguez —pero también teólogo, académico de Medicina y entendido en Derecho— se plantea una cuestión que «Ya ha muchos años, y aún siglos, que se ventila entre Teólogos, Jurisconsultos, Médicos»,<sup>256</sup> pero sobre la que «no ha ganado totalmente el campo uno ni otro partido»<sup>257</sup>: si es lícita la operación cesárea para salvar al niño, estando viva la madre. Y contesta categóricamente que no lo es, «porque la operación cesárea *es mortal por necesidad*».<sup>258</sup> Esta opinión sobre la operación cesárea debe ser posiblemente correcta, si se tiene en cuenta que la cirugía de la época es todavía muy incipiente. Después de hacer una truculenta descripción de todo lo que se corta y todo lo que se extrae en una operación de esta naturaleza, el P. Rodríguez concluye que aun en el caso del «el feto que está encallado, o totalmente imposibilitado de salir [...y...] es el único remedio para salvar la vida del infante: Digo que no hay tal, y que es barbaridad imaginarla», por lo que «aunque hubiese seguridad de que el feto saldría con vida [lo que pone en duda en las líneas siguientes], nunca debe hacérsela, porque ha de ser quitándosela derecho a la madre, que por toda ley le es debido conservarla».<sup>259</sup> Pero, ¿y si la parturienta es una Reina y se trata de asegurar la sucesión del Reino? El P. Rodríguez responde con gran seguridad: «Las Reinas tienen obligación y derecho a conservar su vida, como las Plebeyas»;<sup>260</sup> en consecuencia, la vida de las Reinas debe igualmente ser respetada y no puede ponerse en peligro con una cesárea prácticamente mortal ni aún por un fin público de gran importancia como es asegurar la continuidad de la dinastía.

La disposición de los cadáveres es otro de los temas que causa problemas teológicos y jurídicos: ¿se puede aprovechar un cadáver haciéndole la disección para estudiar una enfermedad rara de la cual pueda haber muerto el paciente? El P. Rodríguez considera que impedir que se abra los cadáveres para determinar la causa de la muerte es un «injusto melindre» que no puede ser amparado.<sup>261</sup> Y da un argumento jurídico-moral para condenar tal oposición: «Que la utilidad y la salud pública se debe anteponer a la

<sup>256</sup> R.P. Manuel Antonio RODRÍGUEZ, Nuevo aspecto de teología médico-moral y ambos Derechos, ó paradojas físico-teológico legales, Madrid, en la Imprenta de Benito Cano, 1787, p. 113.

<sup>257</sup> *Ídem*.

<sup>258</sup> RODRÍGUEZ [256], p. 114 (el énfasis es del propio autor).

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 286.

particular y privada, es contestado por todo docto, por los Teólogos, Santos, por uno y otro Derecho, y aun tiene un no se qué de derecho natural y Divino...». <sup>262</sup> Por ello tiene que «seguirse en fuerza los mandatos Reales, que tienen fuerza de ley en este caso, como sabe la Jurisprudencia», que permiten «abrir cualquier cadáver, en que se conociese logra alguna instrucción, por la antecedente rara enfermedad; quisiesen o no los interesados». <sup>263</sup> Ese mismo razonamiento se aplica al uso de cadáveres para dar la lección de anatomía. Si bien existe un derecho y una obligación de moral de dar lo antes posible sepultura al muerto, hay que tener en cuenta «que el derecho que dan las Leyes, no es precisamente *in bonum cadaveris*, sino más principalmente *in bonum Reipublica*, obviando por medio de la sepultura el hedor, contagios, peste, etc. que se seguiría si no se enterrasen». <sup>264</sup> En cambio, retrasar la sepultura con fines de investigación y de aprendizaje de la Anatomía está mandado por leyes Imperiales y Reales. <sup>265</sup>

Siempre en este Tratado sobre los aspectos legales y morales (la distinción no es muy clara) de la Medicina, el P. Rodríguez se ocupa de un tema espinoso: ¿es lícito «derribar al suelo una saliva» —léase, escupir— después de haber comulgado? La pregunta no se refiere a la Hostia misma que se supone que ha sido digerida sino a la saliva que estuvo en contacto con ella. El monje, médico y jurista responde que la saliva es el mejor disolvente que se conoce, por lo que, «si Dios no hace un nuevo milagro [es necesario] el que queden algunas partículas minutísimas de la forma disueltas (digámoslo así) en la misma saliva; porque nadie duda, que las *especies* de pan son sumamente disolubles y miscibles en lo acuoso». De todo lo cual se deduce que está prohibido escupir hasta que la saliva «que ha tenido íntimo comercio con las partículas Sacramentales», haya sido totalmente absorbida por el organismo. <sup>266</sup> La situación descrita se torna más grave cuando la persona no se limita a escupir sino que previamente gargatea. Porque en este caso «vuelve a la boca lo que se halla un buen trecho dentro del esófago». Por eso no se debe escupir siquiera por un cuarto de hora después de recibida la Comunión; o lo más seguro es beber un poco de agua o de vino, porque eso quita el motivo de esta preocupación. <sup>267</sup> Finalmente, hay que hacer notar también que cuando algunos Celebrantes beben el Sanguis, eructan después «como cuando cualquiera payo se bebe un vaso de vino». Pero esto es sacrílego porque, «es cierto, con certeza física, que esparcen una buena porción del Sanguis por el ambiente». Y concluye: «Es, pues, ilícito [eructar después de beber la Sangre de

---

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 282-283.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 283-284.

Cristo], y no debe hacerse a lo menos deliberadamente, sino que antes bien se debe poner sumo cuidado en estorbarlo». <sup>268</sup>

## 2.11 Los gestos lúgubres

Dentro de la perspectiva social de la que trata este trabajo, no podía faltar la reglamentación jurídica del luto, de los sepelios y de las ceremonias prescritas con ocasión del fallecimiento, normatividad que es importante no solo en el caso del Rey y de personas principales sino de «persona defuncta de cualquier condición y preeminencia que sea». <sup>269</sup>

El luto es un conjunto de gestos (lágrimas, ceremonias, uso de vestidos) destinados a expresar el sentimiento de pena por una persona difunta, particularmente si es pariente. Pero una sociedad con fuerte raigambre familiar y donde la familia que prima es del tipo extendido, podía fácilmente convertirse en un grupo social constantemente de luto que, además, destina gran parte de sus ahorros a las exequias y memorias de parientes incluso relativamente lejanos. Esta tonalidad social mortuoria no era conveniente a los fines sociales y, de otro lado, los ahorros familiares debían orientarse más bien a construir el futuro antes que a lamentar el pasado y en vez de gastarlos en «vanas demostraciones y apariencias, se gaste y distribuya en lo que es servicio de Dios». <sup>270</sup>

Es por ello que la Nueva Recopilación contiene una ley, dada por Felipe II en 1565, que establece «Por qué personas y en qué forma y por cuanto tiempo se puede traer luto. Y cuánta cera se puede gastar en el enterramiento y honrras». En ella se limita el alcance de la familia para estos efectos y se dispone que solo se pueda traer y poner luto por el padre, la madre, el abuelo o abuela, u otro ascendiente, o suegro, suegra, marido o mujer, o hermano o hermana. Respecto de todas las demás personas, el luto está prohibido, salvo que se trate de personas reales, el criado por su señor y el heredero por quien le dejare la herencia. <sup>271</sup> Como puede apreciarse, la familia extendida ha sido reducida en este caso tan drásticamente que ni siquiera los hijos están comprendidos, por lo que los padres no pueden llevar luto por ellos; la prohibición alcanza a cualquier otra persona porque, aparte de los nombrados, «qualquiera grado de parentesco que sea no se traiga ni ponga, ni se pueda traer ni poner luto». <sup>272</sup>

La ley y la doctrina se preocupan también del tipo de vestidos de luto que se pueden usar (*vestes lugubres*, los llama Matienzo <sup>273</sup>). Es así como, salvo el caso de personas reales o de marido y mujer, se autoriza solo el uso de «capas negras y capuces abiertos

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 284-285.

<sup>269</sup> *Nueva Recopilación*, lib. V, tít. V, ley II.

<sup>270</sup> *Ídem*.

<sup>271</sup> *Ídem*.

<sup>272</sup> *Ídem*.

<sup>273</sup> MATIENZO [8], Libro V, tít. V, ley II, glosa V, 1, fs. 136.

y cerrados y caperuzas». <sup>274</sup> En particular se prohíbe cubrirse la cabeza con capirote o loba o de cualquier otra forma, no solo en forma pública sino tampoco dentro de casa y ni aun al tiempo de entierro o exequias. <sup>275</sup> Y las mujeres no podrán ponerse tocas negras ni teñidas. <sup>276</sup> También está prohibido que las personas con derecho a usar luto impongan el luto a sus criados. En el caso de los criados del difunto que hubieren estado a su servicio viviendo en su casa al tiempo de la muerte, se hará lo que el difunto haya dispuesto en su testamento respecto del luto de estos; y si no hubiere dispuesto nada, lo que los testamentarios y herederos decidan, sin excederse de las reglas generales del luto. <sup>277</sup>

Las leyes sobre moderación en el luto se aplican también al domicilio y a las exequias. <sup>278</sup> Es así como se prohíbe que en las casas se pueda poner paños de luto, ni antepuertas, ni camas ni estrados ni almohadas, salvo por personas reales y por marido o mujer; y la sanción es grave pues la pena alcanza los dos mil maravedíes. Además, cualquiera puede denunciar estos actos considerados antisociales y, para facilitar esta forma de controlar el cumplimiento de la ley, se establece que el monto obtenido con la aplicación de la pena se dividirá a razón de una tercera parte para el denunciador, otra para el juez que la sentenciare y la otra tercera parte para obras pías. <sup>279</sup> En cuanto a los entierros, exequias y conmemoraciones del año del fallecimiento, nadie —ni aun por persona de título o de dignidad— puede ponerse más de doce hachas o cirios en estas ceremonias; y está prohibido colocar túmulos en las iglesias —salvo por personas reales— pudiendo solamente colocar un paño negro sobre la tumba, pero de ninguna manera en las paredes ni en las galerías. La pena es sumamente severa porque consiste en 10.000 maravedíes, repartidos en partes iguales nuevamente entre el denunciador, el juez y obras pías.

Las lágrimas no podían ser exceptuadas dentro de este contexto de un tratamiento jurídico. Y así la ley comentada en los párrafos anteriores manda que «en quanto toca a los lloros y llantos y otros sentimientos que por los dichos difuntos se acostumbra hazer, se guarde lo que está ordenado por leyes de nuestros reinos, y so las penas en ellas contenidas». <sup>280</sup> Matienzo comenta que el llanto inmoderado por los difuntos está prohibido; en cambio, el llanto moderado por causa de amor o afecto a un difunto, está permitido». <sup>281</sup> Es probable que esta ley fuera un intento de erradicar el «llanto profesional» de lloronas contratadas en los entierros, que no era propiamente expresión de amor sino una frivolidad ritual que se añadía a la ceremonia por razón de costumbre y prestigio social.

<sup>274</sup> *Nueva Recopilación*, lib. V, tít V, ley II.

<sup>275</sup> *Ídem*.

<sup>276</sup> *Ídem*.

<sup>277</sup> *Ídem*.

<sup>278</sup> *Ídem*.

<sup>279</sup> *Ídem*.

<sup>280</sup> *Ídem*.

<sup>281</sup> MATIENZO [8], lib. V, tít. V, ley II, glosa XIII, fs. 136v.



Finalmente, la ley sobre el luto debía colocar un límite no solo en cuanto a la vestimenta, ceremonias y demás sino que también era preciso establecer un límite de tiempo: no podía permitirse que, ni aun las personas con derecho a luto, lo llevaran por el resto de sus días, con lo que la sociedad podía llegar a tener un colorido marcadamente sombrío. Por ello se establece que las *vestes lugubres* y demás manifestaciones de luto solo se pueden mantener durante un plazo de seis meses, excepto por las personas reales y por marido o mujer.<sup>282</sup>

\* \* \*

No cabe duda de que la reseña de gestos con carga jurídica y de tratamiento del cuerpo en el Derecho Indiano que he efectuado en los puntos que anteceden no agota el inventario.

En este mismo Congreso Internacional de Derecho Indiano,<sup>283</sup> hemos escuchado una sugestiva ponencia de la doctora Daisy Rípodas Ardanaz sobre las conmemoraciones indianas de las exequias y proclamaciones de los Reyes que constituyen una suerte de gestos multisensoriales, porque este simbolismo obligatorio se expresa a través de todos los sentidos corporales. De la misma forma, habría que mencionar los actos de las festividades obligatorias en Indias con ocasión de la coronación de un nuevo Rey en España o del nacimiento de un heredero del trono. Habría que estudiar también los rituales para la formalización de ciertos actos públicos, como la asunción de cargos o el arrojar monedas como arras en los casos de subastas, y otros similares. Queda, por consiguiente, todavía mucho trabajo por hacer.

Asimismo, sería importante estudiar la evolución de estas formalidades durante los tres siglos de Virreinato, a fin de tener de ellas no una mera imagen aparentemente sincrónica que pudiera llevar a engaño al no percibir la diacronía sino una información sobre las transformaciones que afectaron durante ese período a tales formalidades materiales y la razón de tales cambios.

### 3. CUERPO Y SOCIEDAD

#### 3.1 Imperio, civilización y religión

¿Cómo podemos enmarcar conceptualmente un paisaje de esta naturaleza? ¿Por qué el Derecho Indiano manifiesta tanta preocupación por los gestos, por las actitudes y por

---

<sup>282</sup> *Nueva Recopilación*, lib. V, tít. V, ley II.

<sup>283</sup> Daisy RÍPODAS ARDANAZ, *Una imagen de Rey modélico en la América de los Austrias. La propuesta de las exequias y proclamaciones reales*, Ponencia en el XIV Congreso Internacional de Derecho Indiano, habido en Lima, Perú, en Septiembre de 2003.

las apariencias corporales hasta el punto de juridizar gestos y tratamientos del cuerpo humano que hoy quedarían al margen del Derecho?

Es preciso tener en cuenta que España tiene durante esos siglos una vocación imperial. Si bien es solamente con Carlos V que la Corona española asume también la del Sacro Romano Imperio, ya Alfonso el Sabio en el siglo XII trataba premonitoriamente tres siglos antes, en las Siete Partidas, respecto de la naturaleza del Imperio, diferenciándolo de los Reinos.<sup>284</sup> Y no cabe duda de que Felipe II, aunque ya no es Emperador, mantiene el Imperio cuando menos como un ideal; al punto que la famosa frase que le es atribuida en el sentido de que en sus dominios no se pone el sol —o si se quiere, la comprobación de que un súbdito podía dar la vuelta al mundo sin abandonar los dominios de su soberano—<sup>285</sup> revela esa satisfacción imperial de haber logrado convertirse en el *dominus mundi*. Y, por otra parte, se utiliza la expresión «Monarquía Universal» que equivale a una visión imperial sin pretender usurpar el Imperio, ya que como tal solo se admite propiamente al Imperio Romano y su continuidad cristiana, el Sacro Imperio Romano, cuyo Emperador es designado por el Papa. Juan de Solórzano y Pereira expresa este sentimiento imperial con una claridad sorprendente cuando afirma que las Indias eran «un Imperio, que abraza en sí tantos reinos y tan ricas y poderosas provincias. O, por mejor decir, de una Monarquía la más extendida y dilatada que jamás se ha conocido en el mundo».<sup>286</sup> En otras palabras, ni aún el Imperio romano ni el Imperio Sacro-romano fueron ni son tan «Imperio» como lo es esta Monarquía Universal.

Esto significa además que las Indias no eran meras colonias sino parte de una organización mucho más compleja, como lo declaró enfáticamente Levene, precisando que tal declaración no tenía fin político alguno sino que era una conclusión de carácter rigurosamente histórico:<sup>287</sup> «Las Indias no eran Colonias sino Provincias, Reinos, Señoríos o Repúblicas, esta última denominación en sentido etimológico, partes integrantes de la Monarquía».<sup>288</sup> En el Perú, Fernán Altuve-Febres tiene un interesante estudio sobre el tema en el que concuerda con la idea de que las Indias estaban formadas por Reinos y no por Colonias.<sup>289</sup> Y la consciencia de esta identidad propia de los Reinos de Indias es tan fuerte que algunas veces se exagera y se llega a hablar del «Imperio peruano», como en el título de las Constituciones sinodales del Concilio de Lima, donde se dice que el Beato Toribio «iluminó admirablemente a la

<sup>284</sup> *Partidas*, Segunda Partida, tít. I; T. I, pp. 367-383, *et passim* en la dicha Partida.

<sup>285</sup> David BRADING, *Orbe indiano. De la Monarquía Católica a la República criolla*. 1492-1867, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 239.

<sup>286</sup> *Idem*.

<sup>287</sup> Ricardo LEVENE, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 46, nota 2.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>289</sup> Fernán ALTUVE-FEBRES, *Los Reinos del Perú. Apuntes sobre la Monarquía peruana*, Lima, Dupla Editorial, 2001, *passim*.

Iglesia del Imperio peruano».<sup>290</sup> Quizá, cuando más próximas estuvieron del status de colonias —aunque este calificativo nunca se empleó en América Española— fue con el acceso de los Borbones al trono de España en el siglo XVIII. Su afán por contrarrestar la debilidad de los últimos Habsburgo y la crisis económica con un gobierno fuerte y centralista, llevó a la supresión de las autonomías que mal que bien habían logrado los pueblos americanos; y este es quizá uno de los impulsos más decisivos del proceso de Independencia, aprovechando la debilidad de una Metrópoli en crisis.<sup>291</sup> Pero, aún entonces —y quizá con más razón en este siglo XVIII, después de dos siglos de Virreinato— los Reinos de Indias no estaban formados por colonos sino que tenían una organización política y económica bastante compleja, con una identidad cultural propia y de alto nivel, fundada en raíces americanas —es decir, resultado de la fusión india— e incluso se administraban con una cierta independencia de la Metrópoli.

La idea de Imperio conlleva una misión civilizadora, en el sentido de que hay que transformar a los hombres y al mundo para hacerlos a imagen y semejanza de la civilización imperial. Roma se esforzaba porque las áreas conquistadas se asimilen en cuerpo y alma a la cultura romana. Los Incas, en el Perú, tienen también esa idea en su época imperial, cuando tratan de llevar la vida civilizada —es decir, su propio ideal cultural— a las demás tribus sometidas en la medida que avanza territorialmente el Imperio: el idioma de los quechuas, que se impone sobre los demás pueblos con la conquista incaica, es llamado *runa simi*, es decir, «lengua de los hombres», lo que demuestra el grado de superioridad —injustificada— que sentían los Incas sobre los demás pueblos andinos. Este propósito de imponer un cierto ideal de civilización sobre los otros, considerándolo superior, puede darse a distintos ritmos y con diferentes niveles de penetración. En todo caso, la relación con las otras culturas que forman parte del Imperio no es nunca de aceptación sino de mera tolerancia relativa basada en motivos muy disímiles. Pero la implantación de la nueva civilización —y única verdadera, a juicio de los invasores— se produce siempre porque forma parte de la vocación imperial.

Esa preocupación, que da origen a varias de las normas legales que he citado en la parte anterior de este trabajo, es muy claramente explicada por Juan Solórzano y Pereyra en los términos siguientes: «Y que así cuiden los Doctrineros, y demás personas a quienes están encargados [los Indios], que dexadas sus fieras y agrestes costumbres antiguas, se hagan a las de hombres políticos,<sup>292</sup> como son entrar aseados y limpios en las Iglesias, las mugeres cubiertas las cabezas con algún velo según la

<sup>290</sup> Franciscus Antonius de MONTALVO, *Concilia Limana, constitutiones synodales et alia utilia Monumenta: quibus Beatus Toribius, Archiepiscopus Limanus, Ecclesias Peruani Imperii mirificet illustravit*, Roma, Tipografía de José Vannaccio, 1684.

<sup>291</sup> Cf. Eduardo MARTIRÉ, 1808. *La clave de la Emancipación hispanoamericana* (Ensayo histórico-jurídico), Buenos Aires, El Elefante Blanco, 2002.

<sup>292</sup> Expresión utilizada aquí como sinónimo de «civilizados», del griego polis que significa ciudad-Estado, al igual que civilizado viene del latín civis, que significa lo mismo.

institución del Apóstol, tener mesas para comer, y lechos para dormir en alto, y no en el suelo, como lo hacían, y las casas con tanta limpieza y aliño, que parezcan habitación de hombres, y no chozas o pocilgas de animales inmundos, y otras cosas en esta conformidad, que se les irán persuadiendo, no tanto con imperio violento y severo, como con amor, cuidado y gravedad paternal». <sup>293</sup> Y Juan de Matienzo, dentro de esta línea civilizadora, propone que al indio que alargue las cabezas de sus hijos, se le castigue con doscientos azotes y trasquilada «y que el muchacho se lo quiten luego y lo pongan con un español». <sup>294</sup>

Esta superioridad de la civilización occidental sobre la andina es tan grande que puede llevar a pensar que es imposible civilizar al indio. Pero Solórzano intenta levantar los ánimos de los civilizadores con un argumento que pone aún más de manifiesto esta consciencia de superioridad: «Más fieros son los leones y otros animales y vemos que el arte y uso los suele amansar y aun enseñar cosas que exceden su esfera». <sup>295</sup> En este mismo sentido, cuando Solórzano hace un balance del proceso civilizador señala que «aún están semi-bárbaros y mal destetados de sus costumbres y supersticiones antiguas». <sup>296</sup>

Es verdad que tanto las normas legales de la época como sus comentaristas postulan que no se debe ser demasiado severo en este propósito de erradicar las antiguas costumbres, cuando estas no son contrarias a la Religión Católica. Pero esta tolerancia parece fundarse más en una estrategia de evangelización que en un auténtico respeto de la cultura local. Por ejemplo, se comprueba que el corte de cabello hace que los indios bautizados se hallen «afrentados, corridos y perseguidos de los demás y por esta causa dejaban algunos de bautizarse». <sup>297</sup> En consecuencia, la Real Cédula de 5 de marzo de 1581, expedida en Portalegre y dirigida al Arzobispo del Nuevo Reino de Granada, establece que no se requiere cortar el cabello a los indios bautizados para «que por tan liviana causa no dexen de venir al verdadero conocimiento y recibir al agua del Bautismo los Indios dichos». <sup>298</sup>

Por otra parte, cuando el título de Emperador recae directamente en quien es rey de España, este hecho ¿le agrega algo al poder que ya tenía la Corona española? Ciertamente, le agrega o le reafirma ese carácter universal que se deriva de la vinculación con la Iglesia universal (no olvidemos que católico significa universal). Como señala Ultmann, «La universalidad del dominio del Papa se reflejaba en la del emperador». <sup>299</sup>

<sup>293</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA [23], T. I, libro II, cap. XXV, 4., p. 530.

<sup>294</sup> MATIENZO [187], parte I, cap. XXIII; p. 82.

<sup>295</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA [23], libro II, cap. XXV, 7, t. I, p. 530.

<sup>296</sup> *Ibidem*, libro II, cap. XXV, 36; t. I, p. 539.

<sup>297</sup> *Ibidem*, lib. II, cap. XXV, 16; p. 533.

<sup>298</sup> *Ídem*.

<sup>299</sup> Wálter ULTMANN, «Reflexiones sobre el Imperio medieval», en *Escritos sobre teoría política medieval*, Buenos Aires, Eueba, 2003, p. 45.

El poder del Emperador está basado en el poder del Papa, ya que la reconstrucción del Imperio de Occidente fue una creación del Papado para liberarse del Imperio de Oriente, teniendo en cuenta sobre todo los riesgos que la estructura del gobierno de Oriente representaba para el Papa al someterlo al Emperador. De ahí que al derivarse de esta forma un carácter universal también para el Emperador, se justifican sus conquistas: la universalidad requería la expansión del reino. Pero, además, tal universalidad imponía deberes importantes al Emperador: en la medida de que universalidad significa también integridad y que este concepto no puede ser visto hacia fines de la Edad Media solamente desde el punto de vista político sino de la integridad del hombre, la universalidad obligaba a preocuparse por el alma de sus súbditos, por cristianizar a sus súbditos, obligando así a una labor misionero-política así como a correlacionar alma y cuerpo, el mundo material, sensorial, con el mundo espiritual.

El Imperio, de esta forma, tiene una nota teocrática, se constituye de alguna manera en el brazo político de la Iglesia, la que a su vez legitima el poder político. Pero, en el caso de España, la vinculación con la Iglesia viene de muy antiguo. Antes de llegar al Imperio, la unidad de España como Estado va siendo adquirida lentamente en un proceso presidido por la lucha de los distintos Reinos cristianos de la Península Ibérica contra el enemigo común, los Moros. Uno de los aspectos de la legitimidad de la guerra de Reconquista consiste en que se presenta como una suerte de Cruzada *avant la lettre*, en la que los cristianos luchan contra sus invasores islámicos. España es quizás el único país europeo que conoce esa experiencia diferente de luchar infatigablemente, durante siglos, dentro de su propio territorio, contra un enemigo que no tiene la misma cultura ni la misma religión. Si bien el resto de Europa pelea continuamente durante la belicosa Edad Media, se trata de luchas entre cristianos por razones ajenas a la religión. En cambio, en el caso de España es el enfrentamiento con un auténtico «otro»; y la unidad que va formando la Reconquista afirma su identidad en términos tanto políticos como religiosos para distinguirse de ese «otro» musulmán al que combate. Es muy significativo que sean precisamente los llamados Reyes Católicos quienes culminen esta empresa. Ciertamente, esa vinculación entre Estado y religión no significa en manera alguna un sometimiento temporal del Rey a la autoridad del Papa; las múltiples reacciones regalistas demuestran que la relación era dialéctica, pero no por ello menos poderosa. Solórzano y Pereyra llega a decir que «La conservación y el aumento de la fe es el fundamento de la Monarquía».<sup>300</sup>

La relación entre el Emperador y el Papa, entre el poder real y la Iglesia, es difícil pero tiene una naturaleza simbiótica. Walter Ulmann nos hace ver que, considerado el Imperio bajo estas dos dimensiones, su relación con sus súbditos se produce también en dos dimensiones: la temporal y la religiosa. El *homo naturalis*, el *homo carnis*,

---

<sup>300</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA [23], lib. IV, cap. I. título del acápite 2, p. 1201.

debe ser transformado por el bautismo en *homo christianus* que integra la dimensión corporal y la espiritual porque pasa a formar parte de un cuerpo no natural, superior al individuo, creado por Cristo mismo, que es la Iglesia. El *homo naturalis* tiene entonces que ser objeto de una *renovatio* para convertirse en un *homo re-natus*.<sup>301</sup>

Es posible que la tendencia inicial fuera considerar al *homo re-natus* como un ser descarnado, incorporeal, a quien la materia ni la individualidad le interesa: simplemente forma parte del cuerpo de Cristo. Por ello la pintura medieval es muy escasa en retratos. Pero con el Renacimiento, el cuerpo y el individuo retoman un rol muy importante, entonces el ideal del *homo christianus* no será un ser casi angélico, ignorante del valor de su corporalidad o, en todo caso, con una enorme desconfianza respecto de ella porque es puerta de acceso del mal (demonio, mundo y carne), sino un hombre consciente de su cuerpo pero que, al mismo tiempo, ha sometido su corporalidad a los designios divinos a fin de incorporarse en cuerpo y alma al cuerpo místico. De ahí que los gestos, como expresiones corporales, sean muy importantes y deban ser objeto de regulación.

El descubrimiento y conquista de América, empresa marcada por el Renacimiento, es considerado por la Corona española como parte de un proceso de procuración de un dominio mundial que se obtiene como gracia de Dios: «Dios nuestro Señor por su infinita Misericordia y Bondad se ha servido de darnos sin merecimientos nuestros tan grande parte en el Señorío de este mundo...».<sup>302</sup> Este dominio se afirma como Imperio y teniendo en cuenta que la idea imperial conlleva la pretensión de universalidad en todos los aspectos,<sup>303</sup> no es de extrañar que el Derecho Indiano preste mucha atención al gesto y a la regulación del cuerpo a fin de llevar la civilización y la Religión Católica a todos los confines del mundo y a todas las dimensiones de la persona. Es así como leemos en la primera de las leyes de la Recopilación una clara expresión programática de esta idea de universalidad integral, en cuerpo y alma: «Y teniéndonos por más obligado, que ningún Príncipe del mundo a procurar su servicio, y la gloria de su Santo Nombre, y emplear todas las fuerzas y poder, que nos ha dado en trabajar que sea conocido, y adorado en todo el mundo por verdadero Dios, como lo es, y Criador de todo lo visible, e invisible y deseando esta gloria de nuestro Dios y Señor, felizmente hemos conseguido traer al Gremio de la Santa Iglesia Católica Romana las innumerables Gentes, y Naciones que habitan las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano, y otras partes sujetas a nuestro dominio».<sup>304</sup>

Ahora bien, la misión que se había propuesto España en el mundo implica tanto la conversión de los infieles como también su integración dentro de la civilización,

<sup>301</sup> Walter ULTMANN, «Observaciones sobre la evaluación medieval del *homo naturales* y del *christianus*», en *Escritos sobre teoría política medieval*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, p. 57-63.

<sup>302</sup> Leyes de Indias, lib. I, tít. I, ley j.

<sup>303</sup> ULTMANN, [299], p. 40.

<sup>304</sup> Leyes de Indias, t. I, libro I, tít. I, ley primera.

como lo había hecho Roma en la Antigüedad; y la civilización era la cultura y las formas de la Europa cristiana. La segunda Ley de la Recopilación fija como una meta importante respecto de los pueblos conquistados el «...enseñarles buenas costumbres, apartarlos de vicios y de comer carne humana». <sup>305</sup> Una de las Ordenanzas recopiladas por Ballesteros define esta misión civilizadora con máxima claridad y precisión cuando dice «porque es justo [que los indios] tengan policía [es decir, educación civilizada] como Cristianos que son». <sup>306</sup>

En consecuencia, como explicación tentativa podemos decir que muchos de los gestos que encontramos en el Derecho Indiano responden a la naturaleza de un Derecho que usa significativamente de formalidades materiales para expresarse y que no hace distinciones tajantes frente a la religión y a la moral en el tratamiento de las actitudes corporales.

Algunas de las formalidades materiales del Derecho Indiano se encontraban ya presentes en el Derecho Romano. Un ejemplo de ello es la toma de posesión de un inmueble que debe realizarse mediante gestos constituidos por actos corporales con valor simbólico o también el uso de fórmulas sacramentales para realizar ciertos actos jurídicos.

Pero parecen haber razones para pensar que el Derecho Indiano incorpora extensivamente gestos y un cierto tratamiento del cuerpo dentro del área de juridicidad, en razón de la vinculación entre Estado y religión que es particularmente importante en el caso español. Un Estado con raigambre teocrática, consciente de su misión evangelizadora y civilizadora, tiene que acentuar la regulación de los gestos corporales en la medida que Dios manda en cuerpo y alma sobre los hombres. Adicionalmente y dentro de esta misma línea, el Estado que se siente el brazo político de la Cristiandad y el protector de la Iglesia y los valores religiosos, requiere un Derecho que deba tomar en cuenta de manera muy especial las repercusiones morales y religiosas respecto de los gestos y actitudes corporales. Si a ello agregamos las dificultades de comunicación lingüística y conceptual entre españoles e indios en materia de religión, resulta evidente que las imágenes, cantos y otras formas materiales son muy importantes para transmitir el mensaje cristiano.

Por otra parte, no solo en el terreno religioso sino también en el político, como nos hace notar el profesor José M. Mariluz Urquijo, hay representaciones simbólicas derivadas de la situación anómala en Indias que consiste en tener un Rey al que sus súbditos nunca han visto ni verán, al que ni siquiera han oído hablar, un rey incorpóreo a quien hay que darle una corporeidad cuando menos virtual a través de pinturas, medallas, monedas y otras representaciones materiales mostradas dentro de una mayor o menor teatralidad. «Por su lejanía el Rey era para los rioplatenses un ente casi abstracto cuyos

---

<sup>305</sup> *Ibidem*, t. I, libro I, tít. I, ley ij.

<sup>306</sup> BALLESTEROS [38], lib. II, tít. VIII, ordenanza vij.

atributos y características conocían a través de informaciones orales o literarias y no por una vivencia personal». <sup>307</sup> Ese Rey, como el gobernador Alonso Juan de Valdés e Inclán explicaba al Cabildo de Buenos Aires en 1707, que es dueño de la vida y hacienda de sus vasallos, <sup>308</sup> era más un mito que una realidad, una presencia lejana e inmaterial. No existían los medios que hoy conocemos para transmitir imágenes, ni siquiera era posible escuchar su voz (lo que hoy sería parte de lo cotidiano). Los correos tardaban muchos meses entre España y América; de modo que esa simulación de voz, que es la palabra escrita, llegaba en otro tiempo y desde otro mundo. Era, pues, imperioso convertir ese espíritu fantasmagórico de autoridad en un verdadero cuerpo, en un verdadero gobernante. Alguien debía ser aquel que, con sus gestos mandatarios, determinaba la suerte de los habitantes de los reinos americanos y que, representando además a la Iglesia, había asumido la misión de civilizar el mundo.

### 3.2 Cuerpo y cultura

Como señala David Le Breton, «Cada sociedad esboza, al interior de su visión, un saber singular sobre el cuerpo: sus constituyentes, sus usos, sus correspondencias, etc». <sup>309</sup> «Las representaciones sociales le asignan al cuerpo una posición determinada dentro del simbolismo general de la sociedad», continúa este autor; de manera que «Las representaciones del cuerpo y los saberes acerca del cuerpo son tributarios de un estado social, de una visión del mundo y, dentro de esta última, de una definición de la persona. El cuerpo es una construcción simbólica...». <sup>310</sup> Por ello, el análisis social y cultural del cuerpo habla de los valores sociales que están en juego y de las definiciones de la persona en las diferentes estructuras sociales: el cuerpo y las actitudes y gestos corporales están «en el centro del simbolismo social». <sup>311</sup>

Las regulaciones jurídicas o morales sobre el cuerpo —la distinción entre Moral y Derecho, como hemos visto, no es clara en los sistemas sociales normativos ajenos al Derecho moderno— dependen de las concepciones de la persona sobre sí misma o, quizá mejor, de las concepciones que la sociedad tiene sobre la persona; pero, sobre todo, de los objetivos y valores político-sociales: no hablan del hombre que es sino del hombre que debiera ser, que es la perspectiva propia del todo el ámbito social preceptivo. Dentro de una cultura religiosa, el cuerpo puede ser entendido como una traba para el alma, en tanto que la arraiga en el mundo y la lleva al pecado; pero el

---

<sup>307</sup> José M. MARILUZ URQUIJO, *El Rey en el pensamiento jurídico político del Setecientos rioplatense*, Ponencia presentada ante el XIV Congreso Internacional de Derecho Indiano. Lima, septiembre 2003.

<sup>308</sup> *Ídem*.

<sup>309</sup> David LE BRETON, *Antropología del cuerpo y modernidad*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2002 [1990], p. 8.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 7.



cuerpo es también el medio de expresión y de comunicación dentro de un mundo inevitablemente corporal. Por consiguiente, dado que el cuerpo es inseparable para constituir al ser humano, sin cuerpo no hay posibilidad de expresión ni de creación de una sociedad. En otras palabras, dado que el hombre está hecho de alma y cuerpo, el Derecho no puede dejar de lado el cuerpo. Así, la administración del cuerpo, junto con la del alma, es muy importante tanto para la normatividad jurídica como para la regulación moral y para la vivencia religiosa.

Dentro de la sociedad moderna, el cuerpo se privatiza, asume un mayor carácter individual. Cada persona quiere diferenciarse por su cuerpo; pero esta diferenciación obedece al esfuerzo privado (deporte, manera de vestir, etcétera). Aun desde un punto de vista público, el cuerpo es tratado como factor de diferenciación; por ejemplo, en el uso de fotografías en los documentos de identidad. En el mundo individualista moderno, el cuerpo implica una ruptura del sujeto con los otros, con el cosmos mismo, es el lugar de la cesura y, según Comte, el «factor de individuación»: <sup>312</sup> el cuerpo es «el signo del individuo, el lugar de su diferencia, de su distinción». <sup>313</sup>

Sin embargo, mientras que en la sociedad moderna el cuerpo separa a los hombres unos de otros, en la sociedad tradicional es factor de integración.

Es por ello que hemos visto en el Derecho Indiano un número importante de referencias en las que el cuerpo es utilizado como instrumento expresivo para transmitir y para vivir ciertos valores comunes, que están más allá de las intenciones o convicciones de cada individuo. Es así como ya desde muy antiguo se ha utilizado la metáfora del *corpus politicus* para definir la *res publica* como un todo similar al cuerpo humano, en el que cada parte juega un papel distinto y del cual el Emperador es la cabeza. Sin embargo, con la restauración del Imperio de Occidente promovida por el Papa y la coronación de Carlomagno que el Papa realiza, en nombre de Dios, en Roma, sede del Papado pero también capital del antiguo Imperio, la Iglesia se coloca por encima del Emperador. <sup>314</sup> El Papa necesitaba liberarse del cesarismo del Emperador de Constantinopla y, por otra parte, para lograr una cierta unidad de gobierno frente a la desorganización europea impuesta por los líderes locales, la Iglesia era la opción más importante en tanto que de alguna manera representaba la continuidad simbólica del Imperio Romano. <sup>315</sup> Durante el universalismo medieval, la *res publica christiana* no solo constituye una expresión del Cuerpo Místico de Cristo, como lo había planteado San Pablo, <sup>316</sup> sino que además tiene la forma de un cuerpo político en tanto que parte de la Cristiandad regida por la Iglesia, por

---

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>314</sup> Cf. Henri PIRENNE, *Historia de Europa*. Desde las invasiones hasta el S. XVI, México, Fondo de Cultura Económica, 1985 [1936], pp. 65 y ss.

<sup>315</sup> Cf. James BRYCE, *The Holy Roman Empire*, New York, Schocken Books, 1961 [1904], pp. 50 y ss.

<sup>316</sup> SAN PABLO: 1 Corintios, 12, 12.

lo que el lugar de la cabeza es disputado por el Papa y por el Emperador: el Emperador insiste en marcar la diferencia entre el dominio espiritual (que reconoce que pertenece al Papa) y el dominio temporal (cuya titularidad plena pretende, como forma de ocupar de alguna manera el lugar de la cabeza en este cuerpo social); por su parte, el Papa intenta someter al Emperador considerando que es una suerte de autoridad delegada para el gobierno de lo temporal, siendo el Papa quien lo nombra y siendo la Iglesia quien debe darle los principios religiosos y morales que constituyen el centro de la vida cristiana. De esta manera, hace falta un equilibrio por el cual el cuerpo político se integre al Cuerpo Místico pero guarde su competencia en las cosas temporales. Alfonso el Sabio nos describe los dos poderes como dos espadas «por [las] que se mantiene el mundo»,<sup>317</sup> la temporal y la espiritual; y el acuerdo indispensable entre ellos es descrito de la siguiente manera: «E por ende estos dos poderes se ayuntan a la Fe de nuestro Señor Jesu Christo, por dar justicia complidamente al alma, e al Cuerpo. Onde conviene por razón derecha, que estos dos poderes sean siempre acordados, así que cada uno dellos ayude con su poder al otro».<sup>318</sup> Esta idea de cuerpo de república, apoyado en el cuerpo místico de Cristo que es la Iglesia, estuvo ciertamente presente en la tradición jurídico-político-canónica virreinal.<sup>319</sup> Una sociedad de este tipo requiere tanto de una administración del alma, de una administración de las intenciones y de las responsabilidades, como también de una del cuerpo. El cuerpo es el campo de acción de lo que podría llamarse una «microfísica del poder», utilizando un término de Michel Foucault. El poder —expresado ya sea en el Derecho o en la Religión o en la Moral o en la Política— no deja de lado el cuerpo: lo usa como medio de expresión, lo obliga a comportarse de una manera o de otra, a trabajar forzosamente en las minas, a asistir a la Misa con los pies lavados, lo abomina con penas infamantes para que el ultraje público sirva como medio de comunicación masiva de la intención de sancionar severamente a los que se opongan al poder, le prescribe la forma de hacer el amor, de manifestar su respeto a la autoridad. Así, pues, alma y cuerpo deben ser regulados por el Derecho y en la imposición de esta regulación deben colaborar el Imperio y la Iglesia.

---

<sup>317</sup> Partidas, Segunda Partida. Prólogo, T. I, p. 368.

<sup>318</sup> *Idem.*

<sup>319</sup> Cf. Rafael SÁNCHEZ CONCHA, «La tradición política y el concepto de cuerpo de república en el Virreinato», *La tradición clásica en el Perú virreinal*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Sociedad Peruana de Estudios Clásicos, 1999, pp. 101-114. El mismo autor ha presentado también una ponencia sobre el tema ante el XIV Congreso Internacional de Derecho Indiano habido en Lima, septiembre 2003.

## LA UNIVERSIDAD DE SAN MARCOS EN LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Discurso de Orden pronunciado el jueves 25 de septiembre  
de 2003 en el Salón General del Centro Cultural de la  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**Juan Vicente Ugarte del Pino**

Señores:

En cumplimiento de un viejo y tradicional rito universitario, traigo el señalado encargo de pronunciar las palabras de «Recibimiento» en nuestro claustro a los miembros del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que celebran en Lima su décimo cuarto Congreso.

Os encontráis en una universidad nacida en medio de los fragores de una época turbulenta, como consecuencia de los dramáticos sucesos surgidos dentro del proceso de Conquista y de los incendios de las guerras civiles, cuando el Perú, luego de la salida un tanto precipitada de D. Pedro de la Gasca, comienza la lenta pero importante labor de evangelización conforme lo dispuesto por las Bulas de Alejandro VI y se echan los cimientos —qué duda cabe— de nuestra identidad nacional. San Marcos es una muestra de ello.

El origen de nuestra universidad se encuentra en un acuerdo tomado en el Capítulo Provincial de la Orden de los Predicadores, celebrado en el Cuzco el primero de julio de 1548, recomendando establecer en los claustros del Convento del Rosario de Lima un «Estudio General» dedicado a la enseñanza de Teología, Sagrados Cánones, Escritura y Lengua General o Quechua.

Más adelante, el 23 de enero de 1550, en Lima, la Orden nombró Procurador a Fray Tomás de San Martín para que viajase a España y solicitara ante su Majestad «Tenga a bien e haga merced que en el Monasterio de los Dominicos desta cibdad haya un Estudio General con los privilegios y esenciones y Capitulaciones que tiene el Estudio General de Salamanca».

El Cabildo Municipal de Lima amparó la iniciativa eclesiástica y nombró a D. Jerónimo de Aliaga para que acompañe a Fray Tomás de San Martín igualmente como Procurador de la Ciudad ante el Monarca.

Se embarcaron a fines de enero de 1550, pero al llegar a España no encontraron al Emperador Carlos V, y Fray Tomás de San Martín determinó pasar a Alemania donde obtuvo del César la Real Cédula, suscrita luego en Valladolid por la Reina Madre Doña Juana el 12 de mayo de 1551, creándose el Estudio General que dio origen a la Universidad de San Marcos de Lima, de acuerdo con el Real Patronato y

sobre todo con la única con una vida académica ininterrumpida desde esa fecha pese a calamidades telúricas, conflictos políticos, saqueos de Piratas y guerras internacionales republicanas.

Desde su origen, San Marcos, fiel a la idea de sus fundadores, le dio una gran importancia al estudio de las lenguas aborígenes. Gracias a esta preocupación por lo que ahora llamamos la lingüística han sido salvados los vocabularios de varios idiomas hoy extintos como el Puquina y el Yunga de la Costa del Perú. Igualmente, Fray Domingo de Santo Tomás estudió y logró estructurar gramaticalmente el quechua dejando para la etnografía su famoso «Léxico», publicado en 1560. Se creó en San Marcos la Cátedra de la Lengua General Quechua, que perduró hasta llegada la República en que fue suprimida. La labor quechuista realizada por los dominicos con sus Artes y Vocabularios permitieron conocer los valores culturales del incario en una tarea científica de primer orden que se extendió a otros idiomas como el araucano, el aymará e incluso el guaraní, estudiado por el jesuita limeño Antonio Ruiz Montoya, alumno del Colegio de San Martín, quién publicó el primer Arte y Vocabulario de esa lengua en 1640. La Universidad de San Marcos fue, pues, en esos siglos el foco principal del estudio de las lenguas sudamericanas y podría afirmar que logró globalizar en torno suyo a la cultura sudamericana.

Debemos, asimismo, sopesar que esta labor la realizó la universidad pese a la precariedad de sus recursos y a las críticas y rivalidades de las otras órdenes religiosas que deseaban tener también estudios generales iguales o mejores. Debido a ello, San Marcos, instalada el día 2 de enero de 1553 en la Sala Capitulada del Convento del Rosario, hasta hoy existente en el Convento de los Dominicos en Lima, lugar donde se dio lectura a la Cédula de fundación en presencia de la Real Audiencia de Lima, el Arzobispo Loayza, el Cabildo Civil y Eclesiástico y gente principal, la Real Cédula fue reconocida como auténtica «sin vicio ni sospecha» y puesta por las autoridades civiles y eclesiásticas sobre sus cabezas en señal de obediencia al Emperador y su madre Doña Juana, eligiéndose como Primer Rector al Prior dominico Fray Juan Bautista de la Roca.

Antes de los veinte años, sin embargo, vino la primera reforma universitaria en 1571 y, pese a que en esos años, entre 1551 y 1567, se habían realizado en Lima los dos grandes *Concilios Limenses* (octubre de 1551) y el Segundo en febrero de 1567, obra del Arzobispo Fray Gerónimo de Loayza, nombrado Protector de Indios y constructor del Hospital de Santa Ana, la universidad no la pudieron conservar los dominicos, pese al gran espíritu religioso existente sobre todo por la llegada de los Padres de la Compañía de Jesús, asunto aprobado en vida de San Ignacio fundador de la Orden a pedido del Virrey D. Andrés Hurtado de Mendoza. Los Jesuitas llegaron al Perú el 28 de marzo de 1568, se alojaron en el Convento de Santo Domingo e inauguraron Casa y Primera Iglesia el 29 de junio de 1568 bajo la dirección del Padre D. Jerónimo Ruiz del Portillo.

La crisis en San Marcos se inicia el 11 de mayo de 1571, cuando los maestros laicos plantean ante la Real Audiencia de Lima la autorización y amparo para realizar una Asamblea Universitaria a claustro pleno para proceder a elegir a un rector que no fuera rector de la Orden Dominicana. Autorizada su realización por la Real Audiencia de Lima, dio como resultado la elección del doctor Pedro Fernández de Valenzuela el 21 de junio de 1571.

Luego de largos juicios entre los dominicos y los profesores sobre nulidad de la elección, asuntos que perdieron los frailes ante la Audiencia y en su apelación en España, la universidad tuvo que abandonar el Claustro de Santo Domingo e inicia un peregrinaje por Lima pasando sus aulas por la Catedral, la Iglesia de San Marcelo donde los Agustinos acogieron a la universidad con entusiasmo pero por breve tiempo, pues el Virrey Toledo otorgó a la universidad su local definitivo en la Plaza de la Inquisición que el Padre Calancha denominó de las Tres Virtudes Teologales, diciendo que la Fe la representaba el local del Tribunal del Santo Oficio, la Caridad la Casa de Indígenas, Mestizas y doncellas españolas abandonadas y la Esperanza por la universidad. Allí existió su bello y famoso Salón General del que se conservan grabados y donde se efectuaron los recibimientos de los Virreyes y se recibió al libertador D. José de San Martín. Deplorablemente, cuando él convocó al Primer Congreso Constituyente del Perú, en el Reglamento Interior del Congreso impreso en Lima en 1822 por D. Manuel del Río y previamente aprobado se disponía que: «El Edificio destinado para el congreso, su Secretaría, Comisiones, etcétera, es el de la Universidad de San Marcos, dada en la Sala de el Congreso a 12 de octubre del año del Señor de 1822 firman Javier de Luna Pizarro, Presidente. José Sánchez Carrión Diputado Secretario y Francisco Javier Mariátegui Diputado Secretario».

San Marcos, entonces, en 1823, tuvo que emigrar a este local donde nos encontramos ahora y que había sido el Noviciado de los Jesuitas, como ampliación de su local donde se encuentra el Complejo Monumental de la Iglesia de San Pedro, lo que fue el Colegio Máximo de San Pablo, la casa de estudios más importante y su célebre biblioteca, enmarcado todo ello, entre la Calle del Gato, la de la Botica de San Pedro, la calle Estudios y la de la Cascarilla.

A las 4 de la madrugada del 8 de septiembre de 1767 se ejecutó en Lima, la Pragmática Sanción de Carlos III, que expulsó a los Jesuitas de España y de todos los Reinos de su Imperio. Y así fueron apresados como queda dicho los religiosos y alumnos del Colegio Máximo de San Pablo, los del Colegio de San Martín, los de la Casa Profesa de los Desamparados, en cuya Iglesia se fundó la Antigua Hermandad de Abogados de Lima, El Noviciado San Antonio Abad, el Colegio del Cercado, la Hacienda Villa, Santa Beatriz, Bocanegra en El Callao y el Colegio de Bellavista.

San Marcos vivió en esta Casa hasta el 17 de octubre de 1966, en que un Terremoto deterioró parte de la estructura de este histórico local tan lleno de recuerdos de la etapa final del Virreinato y de toda nuestra vida republicana y volvió muy de pasada

a las cercanías de su local en la Plaza de las Tres Virtudes – la Calle del Tigre, hasta la conclusión de la Ciudad Universitaria donde funciona ahora.

Como los jesuitas fueron expulsados el Virrey Amat fundó en este local el Convictorio Carolino o Colegio de San Carlos en homenaje a Carlos III. La elección como rector de Toribio Rodríguez de Mendoza en 1786 introdujo los estudios de Derecho Natural siguiendo el texto del filósofo Johann Gottlieb Heinecke, más conocido por su nombre latino de «Heinecius», reconocido padre ideológico del movimiento emancipador.

En estos claustros con internado se formaron hombres como José Joaquín de Olmedo que alternó con Justo Figuerola y Estrada, Manuel Pérez de Tudela, y tantos otros ilustres universitarios de la época.

Si esta es la historia externa del peregrinar urbano de la universidad en sus nueve cincuentenarios a costas, no debemos olvidarnos que desde su nacimiento se encuentra inscrita en los pródromos del Derecho Indiano y que es parte del desarrollo de su historia, como resultado del fenómeno internacional en el siglo de los grandes descubrimientos. Por eso, nosotros nunca nos detenemos a discutir la trivial y constante crítica a la universidad de los siglos pasados, de haber vivido bajo «el yugo de la Escolástica y de Aristóteles», machacando la idea de que aquello hubiera sido sinónimo de una edad de obscuridad, cuando gracias a Alberto Magno y sobre todo a Santo Tomás la idea de la universidad logró una escuela y un método inigualables para su época, basados en la «lectio», en la «questio» y la «disputatio», reglas que implicaron un dominio perfecto del lenguaje, de la dialéctica y la gramática para el análisis de los textos, que eso fue la Escolástica, que produjo hombres como Fray Francisco de Vitoria y su pensamiento político que originó el «Derecho de Gentes» y la defensa de los derechos fundamentales de los indígenas con una legislación sin dimensión tautológica llamada Derecho Indiano.

No olvidemos que las últimas décadas del siglo XV y el siglo XVI, fueron dos siglos de un gran movimiento político e ideológico que, además, se complicó con la presión del mundo árabe y su guerra santa y la ruptura de la unidad dogmática y disciplinar de la cristiandad con la revolución protestante, desencadenada por Enrique VIII de Inglaterra.

Si bien los Reyes Católicos prácticamente ponían fin a la larga dominación árabe en España con el cerco a Granada, debemos tomar en cuenta que, si entendemos por fenómeno internacional, el resultado del encuentro de intereses distintos, procedentes de centros autónomos de decisión política y, como la política internacional nunca fue una entelequia que viene aislada en el ámbito de los pueblos sino que necesariamente entra en confrontación o cooperación según sea el caso, en el siglo XV el centro de decisión política musulmán decidió terminar por Oriente la disputa con Occidente, iniciada el 27 de abril de 711 de la era cristiana, cuando Jabal-Tarik al frente de sus tropas desembarcó al pie de un Morro o Peñón en el lado europeo del Estrecho que

separa África de España y que desde esa época se llama en árabe el Monte de Tarik o Jabal-Tarik castellanizado universalmente como Gibraltar. Como los visigodos no tuvieron la visión de los romanos, que desde la experiencia de Cartago crearon la España Tingitana, tomando posesión de Céuta e incluso Egipto, dejaron un tanto la puerta abierta a los invasores del sur y las consecuencias las pagaron los habitantes de la península ibérica en una larga guerra de reconquista que la víspera de ser coronada se encontró con una nueva sorpresa. El 29 de mayo de 1453 Nemet II al mando de 200.000 soldados de los cuales 60.000 eran combatientes de asalto, tomó la ciudad de Constantinopla, mientras sus habitantes enfrascados en sus celebres y coloridas disputas políticas, no disponían para enfrentarlos más que de un descuidado ejército de 6.000 hombres mal armados. Como dice D. Niceto Alcalá Zamora en sus «Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias», «La caída de Constantinopla, no pasó de ser una defunción estatal más, prevista y aun ya producida desde hacía tiempo en la agonia prolongada de un imperio deshecho, sitiado y extinguido. En Constantinopla, ni siquiera murió nada, porque ya estaba todo muerto, y tampoco nació nada».

Los portugueses, ya enfrascados en la búsqueda de una ruta a la India por el Sur de África, obtienen con ese motivo al año siguiente de 1454 la Bula «Romanus Pontífice» del Papa Nicolás V, que les concede las rutas del mar en exclusiva bajo anatema de excomunión a cualquier Príncipe cristiano que las interfiera.

Los árabes continuaron avanzando sobre Europa y se apoderaron sucesivamente de Serbia en 1459, de Albania en 1460, de Lesbos, Bosnia y todos los Balkanes en 1463 y de Crimea en 1475. Inician un asedio marítimo sobre Venecia que fue tomando caracteres de una guerra que duró diecisiete años. En esas circunstancias, los portugueses obtienen una segunda Bula Papal, la *Aeternis Regis*, otorgada por Sixto IV en 1481. Mientras los árabes intentaban abrirse paso por Hungría en dirección a la Europa Central, Cristóbal Colón abandona Portugal falto de apoyo a sus ideas de llegar a la India por la ruta de Occidente. Juan Manzano Manzano es quien mejor ha estudiado los siete años decisivos en la vida de Colón entre los años 1485 y 1492. Cuando deja Portugal tras una estancia de ocho años y llega a España, contempla la exitosa campaña de los Reyes Católicos contra los musulmanes. Espera tener apoyo para su idea de llegar a la India por un camino más corto sin pasar por el golfo Pérsico ni tener que remontar el África cerca de Arabia.

No es el momento de relatar en detalle estos pormenores ni las entrevistas con los Reyes Católicos, que condujeron a las «Capitulaciones de Santa Fe» celebradas entre los Reyes Católicos y Cristóbal Colón en el Campamento de Santa Fe, en las afueras de Granada, el 17 de abril de 1492, que son indudablemente la piedra de toque que va a originar el futuro del Derecho Indiano.

Pero sí vamos a recordar que el viaje descubridor de Colón produce el incidente entre los Monarcas Lusitanos y los Reyes Católicos, que son denunciados por violar las Bulas mencionadas anteriormente a favor de Portugal. Este asunto no fue ni un

Arbitraje ni una negociación simoníaca como afirman algunos autores. Acusados los Reyes Católicos ante la Santa Sede, luego de la toma de Granada y la expulsión de los árabes de España, no podía el Papa, que tenía el peligro de la Guerra Santa tocando la puertas de Venecia, prácticamente bloqueado el Adriático y amenazado todo el Mediterráneo, premiar con la excomunión a los Reyes Católicos y se pasó a la negociación en la cual ellos donaron al Papa todo lo descubierto por Colón para que su Santidad acordara lo más conveniente. El resultado fue un juego de cinco documentos pontificios entre Bulas, Breves y Letras Apostólicas que, a la postre, quedaron reducidas a tres y se señalaron como fechas el 3 y el 4 de mayo de 1493, días en que su Santidad *in pectore* tomó decisión sobre el problema para evitar derechos adquiridos y motivos de nuevas rencillas entre príncipes cristianos.

Así se libró de la excomunión a los Reyes de Aragón y Castilla, el Papa redonó lo descubierto y, a petición de Fernando de Aragón, la donación fue para Isabel de Castilla y sus descendientes. Otorgó igualmente el Patronato sobre la Iglesia en las nuevas tierras descubiertas y se trazó la famosa línea de norte a sur sobre el Atlántico, demarcatoria de las posesiones castellanas y portuguesas.

Resulta necesario tener siempre actualizado el entorno político de esa época para poder entender el comportamiento de los actores a cabalidad. No podemos reconstruir una Historia, y menos la Historia de las Leyes de Indias, sin entender lo que fueron el siglo XV y el XVI, siglos ricos en nuevas ideas y posiciones jurídicas nunca antes previstas. El Derecho, mero regulador de acciones patrimoniales, va a tomar el nuevo papel de defensor de los derechos de los naturales. Qué duda cabe de que Juan de Solórzano y Pereyra, Oidor de la Audiencia de Lima, lo dice claramente en su *Política Indiana*, cuando escribe sobre el origen del Protector de Indios inspirado en el *Defensor Plebis* del Derecho Romano o Protector del Pueblo. Así, el Derecho Indiano se adelantó a una institución que el Derecho contemporáneo atribuye el *Ombudsman* nórdico.

Ya las *Ordenanzas* dadas en Granada el 17 de noviembre de 1526 disponían que los «religiosos se conviertan en el muro protector de los indígenas», asunto ya previsto desde la Regencia del Cardenal Ximénez de Cisneros Arzobispo de Toledo y Primado de España (1495 a 1517).

En San Marcos la enseñanza del Derecho tomó el rumbo adecuado desde su origen. La universidad no formaba abogados, formaba juristas. Como se decía, ahormaba la mente del estudiante, para que pueda interpretar las leyes. El manejo de ellas era considerado menester «curialesco», de «Curia», lugar donde se reunían los Escribanos o Secretarios de Corte para tramitar los expedientes. De ahí, un tanto el desprecio por el Derecho Procesal que tuvo que ser ordenado y publicado por primera vez por un portero de la Audiencia de Lima, D. Juan de Hevia y Bolaños, en su célebre «*Curia Philippica*», que terminó en 1615 y fue un éxito editorial tanto en Lima como en Madrid. Muchos dudaron de que un portero de la Audiencia de Lima fuera capaz de



redactar una obra así. Incluso pensaron que, como el Derecho procesal no era académico, Juan de Solórzano se había ocultado en un seudónimo. Pero Guillermo Lohmann encontró en el Archivo Nacional el Testamento de Juan de Hevia y Bolaños, y como dejó respetable herencia ya nadie ha dudado de su existencia.

En 1576 se crea la Cátedra de «Prima de Leyes» siendo su primer catedrático el doctor Jerónimo López Guarnido. Según el Diccionario Histórico Cronológico de la Universidad Real y Pontificia de San Marcos de Lima de Luis Antonio Eguiguren, López Guarnido, natural de Sevilla, no solo fue un gran maestro de Derecho sino además un hombre de gran simpatía que supo ganarse la admiración de sus alumnos, pidiendo años más tarde uno de sus discípulos, Fray Gaspar de Meneses, que se colocara su óleo en la galería que debía contener a los maestros más ilustres de San Marcos.

Las Cátedras de «Vísperas de Leyes», así como las de «Instituta», han dejado, al igual que la de «Prima de Leyes», la relación completa de profesores, pasando incluso la fecha de la Independencia e incluyendo la referencia de que algunos son del Conventorio Carolino.

Las Cátedras de Canónico fueron las de «Prima de Cánones» y «Vísperas de Cánones» y, aun cuando el doctor Eguiguren sostiene que estas asignaturas no se establecieron hasta el gobierno del Príncipe de Esquilache, nosotros creemos que ya en tiempos del Virrey Toledo se reconoció la Cátedra de «Decreto» oficialmente en 1577. Lo que ocurrió fue que el *Corpus Iuris Canonici* fue dividido en San Marcos en varias materias, desde el Decreto de Graciano hasta las *Extravagantes* de Juan XXII, para diferenciarlas de las comunes de varios Papas hasta Sixto IV. Precisamente uno de los más destacados maestros sanmarquinos de la primera centuria fue el doctor Feliciano de la Vega y Padilla, quien a decir de su sucesor Antonio Díez de San Miguel y Solier fue el «*Lucerna iuris limensis*». Además, la importancia de la cátedra de Canónico quedó demostrada por los nombres de Diego de León Pinelo, nacido en Córdoba del Tucumán en 1608 y muerto en Lima en 1671, y el de su hermano mayor en Madrid en 1660. Diego fue Rector de San Marcos de 1656 a 1658. Antonio regentó la Cátedra de Decreto en San Marcos en 1619, la cual dejó dos años más tarde para viajar a España. Ambos fueron contemporáneos de Juan de Solórzano y, por su formación tanto en Derecho Civil como el Canónico, desempeñó numerosos cargos, antes de viajar a España en el Alto Perú y el Río de la Plata, como el de Alcalde Mayor de Minas en Oruro, el de Corregidor en Potosí y luego Procurador del Cabildo de Buenos Aires en la Corte.

No podemos dejar de asociar el nombre de León Pinelo al de Juan de Solórzano y Pereyra, quien recibió los más elogiosos comentarios del doctor Jorge Basadre en su libro «Historia del Derecho Peruano», publicado por la Editorial «Antena» en 1937, en la que afirma: «Por la calidad y galanura de su estilo, por el orden y el método en la distribución de sus materias; por el conocimiento detallado de las disposiciones legales que resume y comenta, por la erudición vastísima en cuestiones de derecho,

teología, historia y literatura clásicas y de la época, vertida en innumerables citas casi siempre donosas y oportunas, *Política Indiana* es el monumento imperecedero de la cultura americana de los Siglos XVII y XVIII, el tratado más completo y minucioso que sobre legislación colonial se haya escrito en el mundo». Basadre usa la denominación anglosajona de «Colonial» para designar lo indiano o virreinal.

En el proceso de Recopilación de las Leyes de Indias mucho se ha escrito sobre Diego de Zorrilla, Rodrigo de Aguiar y Acuña, Juan de Solórzano y Pereyra y Antonio de León Pinelo. Los dos últimos vinculados a Lima. Pero para el profesor que les habla, la importancia de la figura de Juan de Ovando y Godoy, es irremplazable como iniciador del movimiento codificador del Derecho Indiano desde la iniciación de su visita al Consejo de Indias en 1571 y a la que le dio gran impulso cuando llegó a la Presidencia de ambos Consejos, el de Indias y el de Hacienda, caso único en la Historia del Imperio. La obra de Juan de Ovando quedó igualmente vinculada a esta universidad a raíz de la publicación que hiciera en Madrid en 1906 el profesor sanmarquino D. Víctor M. Maúrtua: «Antecedentes de la Recopilación de Indias».

Maúrtua continuó la tradición iniciada el Siglo XIX por otros profesores de la talla de D. Manuel Atanasio Fuentes, quien, por el camino del Derecho Constitucional, investigó los orígenes remotos de las Instituciones en el Derecho virreinal e incluso el indiano, con su libro «Derecho Constitucional Universal e Historia del Derecho Público Peruano», publicado en Lima en 1874 en dos tomos. Su obra fue citada por D. Alfonso García-Gallo. Un continuador de la obra de Fuentes fue Alfonso Benavides Loredó. El creador de la Cátedra de Historia del Derecho Peruano fue D. Román Alzamora en 1876, diez años antes que la Universidad Central de Madrid, según lo afirmado por el mismo D. Alfonso García-Gallo. De esa época queda su «Historia del Derecho Peruano» y la de su sucesor, Eleodoro Romero, en 1902. Regentó igualmente con Cátedra de Historia del Derecho en San Marcos el gran historiador del Derecho Internacional Peruano D. Ricardo Aranda, autor de una formidable colección de documentos para la Historia de nuestra formación republicana y con gran documentación útil para el Derecho virreinal publicada en 1892.

Quiero terminar citando nuevamente a D. Niceto Alcalá Zamora cuando dice: «El Imperio español no fue, respecto de las poblaciones indígenas, ni de exterminio ni de aislamiento, sino de atracción moral e igualdad jurídica», agregando: «Su rasgo característico es, precisamente, ése y su título de gloria inmaculada en el propósito de las leyes, manchada en la realidad contra el tenaz impulso de ellas, impotente para abarcar la magnitud del territorio e impedir a la condición humana la frecuencia y facilidad del abuso».

Debemos recordar que esa directriz cardinal del pensamiento indiano no se eclipsa un momento; arranca casi desde el descubrimiento, está en el famoso Testamento de Isabel la Católica —de la que el próximo año 2004, recordaremos el Quinto Centenario de su muerte— y por eso encuentro apropiado esta cita (1504 — 2004),

cuando destaca a su cabeza la Ley I del Título X, del Libro VI, que se ocupa del buen tratamiento de los Indios, de la recopilación de 1680, promulgada por Carlos II el último de los Austrias y que dice así: «Cuando nos fuera concedida por la Santa Sede Apostólica las Islas y Tierra Firme del Mar Oceano, descubiertas y por descubrir, nuestra principal intención fue al tiempo que lo suplicamos al Papa Alejandro VI, de buena memoria, que nos hizo la dicha concesión de «procurar inducir y traer los pueblos de ellas, y los convertir a nuestra santa fe católica, y enviar a las dichas islas y Tierra Firme, Prelados y Religiosos, clérigos y otras personas doctas temerosas de Dios para instruir los vecinos y moradores de ellas a la fe católica y doctrinar y enseñar buenas costumbres». Y termina con una recomendación clarísima sobre el respeto y buen tratamiento a los naturales: «Suplico al Rey mi Señor, muy afectuosamente y encargo y mando a la Princesa mi hija y al Príncipe su marido, que así lo hagan y cumplan y que este sea su principal fin y en ello pongan mucha diligencia, y no consientan ni den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas Islas y Tierra Firme, ganados y por ganar reciban agravio alguno en sus personas y bienes: mas manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean de manera que no se exceda cosa alguna lo que por las letras apostólicas nos es inyungido y mandado».

Yo no sé en qué centro de cómputo prehispánico se han podido conseguir los datos del genocidio de millones de indígenas de una imaginaria población americana, habida cuenta de que ni en Europa ni en Asia existían urbes millonarias y que la población americana era mayoritariamente rural o nómada, según los casos. Para oscurecer una obra y una verdad tan evidente ha sido necesaria la coincidencia de pasiones negativas de otros pueblos faltos de una gloria comparable a la del descubrimiento del nuevo mundo, que en realidad abrió una nueva edad histórica. Porque para abrir una nueva, como lo dijo Alcalá Zamora, haría falta resolver el problema de la comunicación con otros mundos, ya que el descubierto fue llamado «Nuevo Mundo».

Con el recuerdo de Isabel La Católica y la proximidad del Quinto Centenario de su muerte y mensaje, quiero agregar además que a los juristas de Indias no les fue necesario utilizar un lenguaje con una dimensión tautológica para definir los derechos que Dios Creador y Providente otorgó a los habitantes del nuevo mundo. Simplemente lo llamaron Derecho Indiano. Bienvenidos al claustro sanmarquino, cargado de una historia común hispanoamericana.

Lima, 25 de septiembre de 2003