

El lugar del indio en el Derecho Indiano

Héctor Grenni*.

En un breve recorrido por el Derecho Indiano, el autor presenta aquí un panorama de los intentos realizados en este campo por definir el lugar de los indios en el sistema colonial español de América. Se alternan así elementos que favorecen la humanidad de los indios, con las acciones tendientes a la optimización del sistema, y con ello, de su marginalidad. El escrito se detiene en los argumentos de Fray Bartolomé de Las Casas y el debate en torno a la encomienda, considerando que era allí donde se jugaba la existencia misma del sistema colonial

In a brief discussion of the Indian Rights, the author presents a comprehensive view of the attempts to define the place of the Indians in the Spanish colonial system in America. Elements that favor the Indians, as human beings, alternate with actions tending to optimize the system, and with it, the Indians' exclusion. The article concentrates on the arguments given by Fray Bartolomé de Las Casa and the debate around the encomienda system, taking into account that it was there where the very existence of the colonial system was at stake.

1.- Introducción

Queremos presentar en este breve escrito algunos aspectos que ponen de relieve el lugar que ocupaba el indio en el sistema colonial español, desde la copiosa legislación que rigió la vida de las colonias españolas en América en los siglos XVI a XVIII. Esta legislación, que, además de copiosa, era sumamente detallista y estaba profundamente imbuida del derecho natural, es conocida como Derecho Indiano.

Por ello, precisamente, el Derecho Indiano se ha revelado como una fuente inagotable de humanismo: el intento de preservar la humanidad de los indios,

* Director de la biblioteca Rafael Meza Ayau, de la Universidad Don Bosco.

compensando desde la legislación la desigualdad en que se encontraban y de asegurarles un espacio en el sistema colonial se hace evidente ya desde los primeros elementos jurídicos del siglo XVI. Esta evidencia se acentúa con la insistencia en este aspecto en los siglos posteriores. Al mismo tiempo, se legitimaba de este modo la presencia española en Indias

Se llama Derecho Indiano, en sentido estricto, al “conjunto de leyes y disposiciones promulgadas tanto por los reyes como por las demás autoridades subordinadas a ellos -residentes en España o en América- con el objeto de establecer un régimen jurídico especial para las Indias. En sentido amplio, sin embargo, hay que considerar como elementos integrantes del Derecho Indiano no sólo las normas especiales dictadas para las Indias, sino también las normas referidas a Castilla, vigentes muchas de ellas también para las Indias, y cuya vigencia se extiende, en algunos casos, a la época independiente. Forma parte también del Derecho Indiano el Derecho consuetudinario indígena, respetado por el español en la medida que no se opusiera a los principios cristianos o a lo establecido por las leyes hispanas; e, incluso, a los usos de la gente de raza negra”.¹

El Derecho Indiano o las Leyes de Indias², entonces, es el nombre con que se conoce esa abundante legislación -¡más de un millón de elementos legislativos!- que rigió la vida de las colonias españolas en América. Abarcó la totalidad de los ámbitos de la vida social: los ámbitos civil, religioso, político, económico, cultural, etc. Constituyó el 'derecho positivo'³ durante los siglos XVI, XVII y XVIII en América española. Reconoce antecedentes valiosos en la legislación castellana, tiene abundantes elementos tomados de las costumbres indígenas y una marcada influencia cristiana, lo que lo hace incursionar con frecuencia en el 'derecho natural'⁴. Ha sido fuertemente impregnado por la conciencia y la cultura españolas del siglo XVI: en muchos aspectos, ambas presentaban características de 'cruzada', por el condicionamiento de la historia española: ocho siglos, desde principios del siglo VIII hasta fines del siglo XV, de reconquista de su territorio de manos de los 'infieles islámicos'.

Este derecho se caracterizó por un marcado centralismo, un acentuado casuismo, una tendencia uniformadora y asimiladora, una gran minuciosidad

1. Mayorga García, F., en Boletín de Historia y Antigüedades, Academia Colombiana de Historia, N° 818, P. 592.

2. Las Leyes de Indias se denominan también como Derecho Indiano, Derecho de Indias, Legislación de Indias o Indiana, etc. Todas estas acepciones corresponden al mismo cuerpo jurídico.

3. Se llama 'derecho positivo' al derecho escrito que está circunscrito a un determinado espacio temporal y geográfico. Está dictado por quien tiene autoridad para hacerlo, y tiene vigencia sólo dentro de su ámbito específico.

4. Se llama 'derecho natural' a los derechos que todas las personas tienen por el sólo hecho de ser tales. No tiene límites de tiempo ni de espacio; un ejemplo claro es el derecho a la vida.

reglamentaria y un profundo sentido ético y religioso⁵. En los tres siglos de existencia reconoció diversos intentos de recopilación y aportes desde distintos espacios de reflexión jurídica y política. Al ordenar tan minuciosamente la vida política y cotidiana de la colonia, tuvo una influencia importante en el modo de concebir las relaciones, en el modo de producir y hasta en el modo de relacionarse con lo trascendente.

A este respecto, el historiador estadounidense Lewis Hanke sostiene que:

*“la conquista de América por los españoles fue uno de los mayores intentos que el mundo haya visto de hacer prevalecer la justicia y las normas cristianas en una época brutal y sanguinaria...”*⁶

Bien puede decirse que tanto la Corona española como los misioneros fueron los primeros 'protectores de los indios' en la injusticia del sistema colonial español en América que ellos mismos contribuyeron a crear.

En este sentido, se puede encontrar que la legislación fue paternalista con los indios: se intentaba aquí compensar la desventaja en que se encontraban los indios en el sistema: más que legislar de modo que la sociedad resultante sea una sociedad justa, buscaba compensar las injusticias del mismo sistema. La legislación que normaba la vida colonial intentó proteger los derechos de los indios, yendo al encuentro de la innegable situación de inferioridad en que los dejaba el sistema colonial, con una serie de leyes, generalmente protectoras de sus derechos.

Asimismo, este derecho ofreció un contexto ideal para provocar en su seno un debate público sobre la ética jurídica en los tres siglos que duró la colonia: así, en la discusión acerca del lugar de los indios en el sistema, quedaron en tela de juicio también la justicia de los títulos españoles, el derecho de la Corona a apoderarse de los territorios de los aborígenes, el derecho de los españoles a hacer la guerra a los indios y de servirse de ellos para su provecho, la posibilidad de la imposición del cristianismo y de la cultura y hasta la misma estadía de los conquistadores y colonizadores en las colonias.

Cuando los españoles llegaron a América, se encontraron con un sinnúmero de 'situaciones nuevas', a las cuales debieron dar respuesta. Se encontraron con climas y geografías nuevas, con selvas húmedas y mesetas áridas a las cuales no estaban acostumbrados, con llanuras interminables y ríos inmensos, con espacios sin confines. Pero la 'nueva situación'⁷ que exigió respuestas más arduas fue la que planteaban los habitantes de América: el lugar de los

5. Grenni, H., Las 'Leyes de Indias': un intento, por considerar a los indios como persona con derechos, revista Teoría y Praxis 4, Universidad Don Bosco, junio de 2004, P. 104 ss.

6. Hanke, L., *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Ed. Hispanidad, 1949, prólogo, s/p.

7. El profesor Ángel Castellán desarrolló estas ideas en sus clases de la Licenciatura en Historia de la Universidad de Luján, en Buenos Aires, Argentina, entre 1992 y 1995, especialmente en el Seminario 'Algunos motivos de América en la conciencia de Europa'. Estas ideas motivaron las reflexiones que se ponen aquí.

indios en el sistema colonial español americano exigía respuestas que podían cuestionar la 'tarea española en Indias' desde sus fundamentos.

El cuestionamiento a que esta situación dio lugar se asentaba en dos situaciones fundamentales: la legitimidad de los títulos que justificaban la presencia española y todo lo que ello acarreaba, y los derechos de los antiguos habitantes.

La primera cuestión encontraba su origen en la concesión por parte del Papa a los reyes de España de las tierras por descubrir. En la conciencia del pueblo español del siglo XVI, las bulas papales de 1493, que concedían las tierras a España con la condición de la evangelización -la difusión del cristianismo, y por consiguiente, la conversión de los indios a la fe cristiana- justificaban la presencia española. Si bien en este aspecto el debate acerca de la naturaleza de esta evangelización fue intenso y apasionado, fue de general consenso que la conversión de los indios otorgaba legitimidad a la presencia española. Esta presencia debía asentarse en un sistema que, ya desde los primeros años, se mostró como un sistema colonial.

La segunda cuestión -los derechos de los antiguos habitantes- originó un amplio debate en el seno mismo de la sociedad española⁸, y tuvo repercusiones en todo el escenario europeo. La corona española no sólo permitió, sino provocó el debate y el cuestionamiento, que ponía en tela de juicio la presencia en Indias e incluso la misma legitimidad de sus títulos. El intento decidido de los reyes españoles en este sentido, acompañado por un buen número de religiosos, obispos, juristas e historiadores abrió un rico campo para la reflexión.

Las dos cuestiones planteadas tuvieron repercusión directa en las relaciones sociales en el sistema colonial. El lugar de los indios y de los españoles en este sistema dio lugar a numerosos y variados intentos: los intentos de evangelización pacífica de Bartolomé de Las Casas en Cumaná y Verapaz, los 'pueblos hospitales' de Vasco de Quiroga, las 'mitas' en el Alto Perú⁹, las misiones jesuíticas del Paraguay, los repartimientos y la encomienda.

El debate que se generó ofreció el espacio para una reflexión y un cuestionamiento sin parangón en la historia. El sentido cristiano del pueblo español, la sincera fe de los 'Reyes Católicos', la multiplicidad de lecturas a que dio lugar y la inmensa novedad que implicó la 'entrada' de América en el universo europeo fueron su caldo de cultivo.

8. Cfr. Héctor Grenni, La controversia sobre los derechos en las Leyes de Indias: el debate entre Las Casas y Sepúlveda (1549-51), en Teoría y Praxis 5, Universidad Don Bosco, San Salvador, 2005.

9. La 'mita' era un sistema de trabajo colectivo en beneficio del estado que existía en el Imperio Incaico antes de la llegada de los españoles, quienes lo adoptaron, transformándolo en una incorporación forzosa de los indios al trabajo de las minas en el Potosí, actual Bolivia.

Hay un hecho que llama poderosamente la atención: esta autocrítica incluyó obras verdaderamente cuestionantes, como la *“Brevísima relación de la destrucción de las Indias”* de Fray Bartolomé de Las Casas, editada en 1547, que dio pie para la formación de la 'leyenda negra', en torno a la conquista y colonización española. Sin embargo, obras como éstas nunca tuvieron problemas con la censura, en un siglo XVI en el que cualquier libro sospechoso de atentar contra la ortodoxia de la fe o contra la seguridad del reino era confiscado. Eran los tiempos de apogeo de la actividad de la Inquisición, y sin embargo, en el tema de las Indias, incluso los autores más críticos no fueron perseguidos. Esto nos está a decir que la autocrítica era sincera. La permisión de esta literatura 'de protesta', que tanto la Corona como las autoridades de la Iglesia permitieron, hablan de la sincera voluntad de llegar al conocimiento de la verdad y a una sociedad justa según las leyes.¹⁰

Los españoles llegaron a América como conquistadores de una monarquía feudal absolutista, impregnada de un catolicismo militante con vocación universalista. La Corona

“vio el descubrimiento del Nuevo Mundo como una gracia divina otorgada a ella por sus desvelos en la reconquista de España y también como una nueva misión que la Providencia le imponía para la grandeza del reino y de la cristiandad. El espíritu del cruzado y del misionero simbolizados por la espada y la cruz alientan la conquista y colonización y definen los objetivos de ganar tierras para la corona y almas para Cristo”¹¹.

En el campo del derecho se enfrentaron aquí los dos elementos constitutivos de la conquista y colonización españolas: la cruz y la espada, la evangelización y la conquista: *“los reyes españoles identificaban las conquistas con la evangelización”*.¹² En este contexto, que implica dos formas distintas de concebir la acción española en Indias, se inserta el debate jurídico: el derecho, que siempre ha aparecido después de la vida cotidiana, abrió un amplio y enriquecedor espacio para ello.

La 'tarea española en Indias' fue concebida desde un primer momento como un todo indivisible: la conquista representaba una cara de la tarea; la otra fue la evangelización. La cruz y la espada fueron las dos caras de una misma

Desde allí se generalizó a todo el Virreinato del Perú. Las duras condiciones a que eran sometidos los indios tuvieron como consecuencia una inmensa mortalidad -con todas sus consecuencias, demográficas y sociales-, y se convirtió en un paradigma de explotación.

10. Céspedes del Castillo, F., en *La ideología de la colonización*, Ed. Biblioteca de Autores Españoles (BAE) volumen 110, Madrid, 1993, P. 6, sostiene conceptos similares.

11. ROIG, A., (recopilador), *El pensamiento social y político iberoamericano del siglo XIX*, Ed. Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid, 2000, P. 20.

12. Conceptos sostenidos por Jorge Trejo en la presentación de su trabajo de investigación en una clase de Historia de la Iglesia en América Latina en la Universidad Don Bosco, el 7 de setiembre de 2004.

moneda: algunos actuaron en una cara, otros lo hicieron en la otra. Fueron dos puntos de vista distintos del mismo panorama: dos prioridades: las almas y el oro, el encuentro y la imposición, la cruz y la espada... En el fondo, la conquista y la evangelización.

La grandeza de la Corona española radicó en congeniar estos dos elementos en un todo: este 'mestizaje' en la forma de pensar la acción en el Nuevo Mundo fue sólo el preludio de ese otro gran mestizaje: el que conjugó elementos étnicos con culturales y religiosos con jurídicos; el que mezcló en un solo la codicia y la generosidad, la aventura y las recopilaciones legislativas, la imposición y la defensa apasionada de la indianidad, el atropello y la justicia.¹³

Una manifestación de este mestizaje es el Derecho Indiano. Es aquí donde, probablemente, el debate histórico se manifestó con más apasionamiento. Y es aquí donde se jugó buena parte del lugar de los indios en el sistema colonial impuesto.

La nueva situación cultural necesitó de un nuevo derecho: fue necesario darle marco jurídico a la nueva situación. La Corona respondió con una atención especial, nunca antes reconocida en la historia de las naciones: ninguna autoridad se sometió a un cuestionamiento, propiciado por ella misma, tan intenso como en esta 'cuestión indiana': la 'duda indiana', en el decir de Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca, sentó las bases para auscultar en las legitimaciones y en el juicio, a veces apasionado, de la realidad naciente.

Entre todos estos intentos, probablemente el que dio lugar a un debate más intenso, y que más profundamente condicionó las relaciones sociales en la colonia española fue el sistema de encomiendas. El enriquecimiento a que este sistema dio lugar, la profusa legislación que lo enmarcó, incluidas sus marchas y contramarchas, la calidad y el empecinamiento con que se cuestionó dicha legislación, las dificultades a que dio lugar el cumplimiento de su marco legal y la dimensión de los intereses en juego, hicieron de este sistema un lugar en donde se jugó buena parte de las relaciones sociales y de producción del sistema colonial español. Detengámonos un momento en él.

2.- La encomienda

La encomienda fue “un derecho concedido por merced real a los conquistadores destacados -'beneméritos de las Indias'- para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se le encomendaren; el indio 'encomendado', como

13. Olaechea Labayen, J. B., *El mestizaje como gesta*, reproducido en versión electrónica por Fundación MAPFRE América, Ed. MAPFRE, Madrid, 1992, P. 11.

hombre libre pero vasallo, pagaba en especies -con el producto de sus tierras-, en servicios personales o con trabajo en el predio o en las minas del encomendero, ese tributo debido al Estado”.¹⁴

De esa manera, el encomendero se transformaba en 'un empresario de las fuerzas de producción y de las relaciones de producción', por el control que ejercía sobre el reclutamiento de la mano de obra y el mantenimiento de esa misma fuerza de trabajo¹⁵.

Un notorio jurista de la colonia, Juan de Solórzano y Pereira, definía desde el Derecho la encomienda en estos términos, en 1622:

“... un derecho concedido por merced real a los beneméritos de las Indias para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se le encomendaren por su vida y la de un heredero, conforme a la ley de la sucesión, con cargo de cuidar del bien de los indios en lo espiritual y temporal, y de habitar y defender las provincias donde fueren encomendados, y hacer de cumplir todo esto, con homenaje o juramento particular”¹⁶.

En las colonias españolas se tienen ya encomiendas desde los primeros años del siglo XVI. Ya en 1501, la reina Isabel mandaba a su visitador Nicolás de Ovando, con instrucciones de revisar el sistema de encomiendas de la isla La Española, ante las numerosas noticias de maltratos hacia los indios. Las instrucciones contienen recomendaciones de velar por que se dé un buen trato a los indios y de castigar los excesos. Diez años después, en diciembre de 1511, en la misma isla de La Española, el fraile dominico Antonio de Montesinos, desde el púlpito de la primera iglesia en tierras americanas, recriminaba duramente a los encomenderos y autoridades por el maltrato a que tenían sujetos a los indios. Montesinos ponía en tela de juicio aquí no sólo la práctica del derecho, sino la legitimidad misma de los títulos españoles.¹⁷ Un año después, las Leyes de Burgos, prácticamente anulaban el sistema de encomiendas, insistiendo en el buen trato de los indios.

No por ello dejaron de existir las encomiendas. La distancia entre la metrópolis y las colonias, los intereses en juego, la venalidad de las autoridades que debían hacer cumplir las leyes, la codicia de los colonos y las indecisiones de la Corona impidieron que el sistema deje de existir, encontrando nuevas formas de 'encomiendas'. De hecho, la insistencia de la legislación en este sentido a lo largo de los tres siglos prueba su permanencia.

14. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El Derecho en la colonia: LAS CASAS Y LAS LEYES NUEVAS*, Revista Vínculo Jurídico 5, México, enero-mayo 1991.

15. Lassègue, Juan Bautista, *La larga marcha de Las Casas*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974, P. 71.

16. Citado por Silvio Zavala, *La encomienda indiana*, Ed. Porrúa, México, 1973, P. 191.

17. Cfr. R. D. García, *La primera evangelización y sus lecturas*, Ed. Centro Salesiano de Estudios San Juan Bosco, Estudios Proyecto 1, Buenos Aires, 1990.

En 1522 Hernán Cortés reparte indios entre sus soldados como premio por sus esfuerzos. Veamos cómo lo cuenta en su tercera carta-relación al rey, Carlos I:

*“Y después acá, vistos los muchos y continuos gastos de vuestra majestad, y que antes debíamos por todas vías acrecentar sus rentas que dar causa a les gastar, y visto también el mudo tiempo que habemos andado en las guerras, y las necesidades y deudas en que a causa de ellas todos estábamos puestos, y la dilación que había en lo que en aqueste caso vuestra majestad podía mandar, y sobre todo la mucha importunación de los oficiales de vuestra majestad y de todos los españoles, y que de ninguna manera me podía excusar, fueme casi forzado depositar los señores y naturales de estas partes a los españoles, considerando en ello las personas y los servicios que en estas partes a vuestra majestad han hecho, para que en tanto otra cosa mande proveer, o confirmar esto, los dichos señores y naturales sirvan y den a cada español a quien estuvieren depositados, lo que hubieren menester para su sustentación...”*¹⁸

La encomienda jugaba un papel sumamente importante en el sistema colonial, no sólo como elemento productivo, sino como un componente esencial de todo el sistema. A esta contribución del indio a la producción hay que añadirle la contribución al mestizaje racial y cultural.

Para medir su importancia en el sistema español, baste apuntar que *'la principal preeminencia de los reyes en las Indias, después de la justicia, es el repartir o encomendar a los indios'*.¹⁹ De hecho, los títulos españoles para la ocupación de las Indias se basaban en la concesión papal, que implicaba la iniciación de los indios en la fe cristiana. De esta manera, la encomienda cumplía dos funciones esenciales: daba legitimidad a los títulos y permitía el establecimiento de un sistema colonial, en el que los españoles podían hacer uso de la fuerza de trabajo indígena en su provecho.

Estas ideas se pueden leer en algunas leyes de la Recopilación de 1680. Citando el testamento de la reina Isabel de 1504 se enuncia esta ley:

“En el testamento de la muy Serenísima y muy Católica Reyna Doña Isabel de gloriosa memoria, se halla la cláusula siguiente: Quando nos fuéron concedidas por la santa Sede Apostólica las Islas, y Tierra Firme de el Mar Océano, descubiertas, y por descubrir, nuestra principal atención fue al tiempo que lo suplicamos al Papa Alexandro Sexto de buena memoria, que nos hizo la dicha concesion, de procurar inducir,

18. Hernán Cortés, *Cartas de Relación*, Ed. Porrúa, México, 1983, P. 171.

19. Muro Orejón, A., *Lecciones de historia del derecho indiano-hispano*, Escuela libre de Derecho Miguel Ángel Porrúa, México, 1983, P. 281.

y traer los pueblos de ellas, y los convertir a nuestra Santa Fe Católica, y enviar a las dichas Islas, y Tierrafirme, Prelados, y Religiosos, Clérigos, y otras personas doctas, y temerosas de Dios, para instruir los vecinos, y moradores de ellas á la fe Católica, y los doctrinar y enseñar buenas costumbres...”²⁰

Precisamente por ello, la definición del lugar que ocuparía el sistema de encomienda adquiriría dimensiones importantes; de la misma manera, cuestionar o defender el sistema se tornaba un asunto de fundamental importancia para la supervivencia del sistema colonial, y para la presencia misma de los españoles en América. Presentaremos aquí dos aspectos de la cuestión: los cuestionamientos al sistema por parte de Fray Bartolomé de Las Casas, y el status que el Derecho Indiano le otorgó en los dos primeros siglos de la colonia.

3.- El debate acerca de los títulos y los derechos

Son numerosos los antecedentes jurídicos que sirvieron como basamento erudito para este debate. Ya desde antes de la llegada de los europeos a las tierras de África y América, la cuestión de los 'justos títulos' de dominio de un pueblo sobre otro era objeto de reflexiones, pero nunca se llegó a la profundidad y alcance que tuvo el debate en el contexto jurídico colonial español, en la cuestión indiana.

No citaremos aquí todos estos antecedentes; sólo nos detendremos brevemente en los que consideramos que más han influido en este debate. Los primeros fueron las bulas del Papa Alejandro VI de 1493: las bulas *Intercaetera*, completadas por el Tratado de Tordesillas entre España y Portugal, repartían entre esas dos coronas las tierras descubiertas o por descubrirse: otorgaban a la Corona española el derecho a colonizar y apropiarse de las tierras al oeste del meridiano de 370 leguas al oeste de las Islas de Cabo Verde; para Portugal, quedaban las tierras al este de dicho meridiano. Ambas naciones debían evangelizar a los habitantes que se encontraban en ellas, como justificación de su apropiación. La evangelización era el argumento que justificaría la posesión de estas tierras, como se ve ya desde estos primeros argumentos:

“...hallaron ciertas islas remotísimas y tierras firmes, por nadie hasta ahora descubiertas, en las cuales viven gentes pacíficas, que, según se dice, andan desnudos y no comen carne; y según opinan vuestros enviados, los habitantes de aquellas islas y tierras creen en un solo

20. Cfr. *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del rey Don Carlos II, Nuestro Señor*, Tomo Segundo, Libro Sexto, Ley j, P. 272.

*Dios creador, que está en los cielos y parecen aptos para abrazar la santa fe católica y ser imbuidos en buenas costumbres, y se tiene esperanza de que, si se instruyeran, fácilmente confesarían en dichas islas y tierras el nombre de nuestro Señor y Salvador Jesucristo”.*²¹

Sigue luego un mandato a la Corona de tomar a su cargo el encargo de que los indios 'abracen la religión cristiana'. □

A esta bula siguieron luego otras,²² que confirmaban y completaban esta concesión. España se anexionó los territorios americanos: a medida que los conquistadores españoles iba llegando a ellos tomaban posesión en nombre de la Corona española, siempre basándose en la concesión papal, y siempre se considerará que esta concesión justificaba las conquistas.

En las colonias americanas de España, sin embargo, la esclavitud de los indios tuvo una tácita prohibición desde 1495, hasta que las Leyes de Burgos de 1513 la prohibieron expresamente. Pero la Corona portuguesa nunca se pronunció al respecto, lo que permitió la esclavitud de los indios en los territorios portugueses de América. Esto dio lugar a numerosos conflictos, como el que se generó constantemente en la zona de las 'misiones jesuíticas' del Paraguay durante todo el siglo XVII, y que, a la postre, provocó la expulsión de los jesuitas en la segunda mitad del siglo XVIII.²³

En las Instrucciones dictadas por la reina Isabel la Católica a Nicolás de Ovando, citadas más arriba, se lee:

*“Procuraréis como los indios sean bien tratados y puedan andar seguramente por toda la tierra, y ninguno les haga fuerza, ni los roben ni hagan ningún otro mal ni daño... si alguno conoce de algún abuso, os lo hagan saber porque vos lo castigaréis...”.*²⁴

Las Instrucciones indican asimismo que se debe velar por el buen trato de los indígenas y que los encomenderos deben cumplir con su tarea evangelizadora, ordenando castigos severos a los no lo hicieran. Bajo la inspección de Ovando el mismo virrey don Diego Colón, hijo de Cristóbal Colón fue objeto de cuestionamiento.

21. García, R., Documentos para la historia de las colonias españolas en América, Ed. Abril, Buenos Aires, 1984, P. 29.

22. A la primera bula Intercaetera siguió otra, la Intercaetera II; luego las bulas Eximie Devotionis y Dudum Siquidem, todas de 1493.

23. La cuestión de las causas de la expulsión de los jesuitas de los territorios españoles, y una valoración de la experiencia, es motivo de variadas interpretaciones, que no logran aclararse desde los documentos que ordenan la expulsión. Para este tema, se pueden consultar diversos autores, 'panegiristas' y 'detractores', como Guillermo Furlong, Juan B. Ambrosetti, Morales Padrón, García Viscarra, etc. Todos ellos afrontan el tema desde diversos ángulos.

24. González, J.C., *Influencia del derecho español en América*, Edición electrónica MAPFRE Tavera, Madrid 1992, P. 147 y ss.

Pero quizá el elemento que más debe resaltarse en estas Instrucciones es el que indica que las cargas impositivas deben ser consultadas con los indígenas:

*“Los tributos para el rey han de ser con ellos convenidos, de manera que ellos conozcan que no se les hace injusticia”.*²⁵

Esta idea de '*convenir los gravámenes*' con quienes deberán pagarlos no se repetirá en los tres siglos que durará la colonia, y por lo tanto, en el Derecho Indiano. Pero no queremos dejar que pase desapercibida, en el siglo XVI, en un sistema colonial conquistador y absoluto. No se encontrarán otros antecedentes en este sentido y en los tres siglos que siguieron a estas Instrucciones, la legislación indiana no volverá a considerar la posibilidad de consultar los tributos con quien ha de pagarlos, que no contemplaba ni siquiera para los españoles de Castilla. En otros tiempos y otras tierras, los colonos ingleses se independizarán de Inglaterra en 1776 por defender este derecho. Pero sí quedará como valioso antecedente acerca de la forma como considerar las propiedades de los indios. Esta idea constituye, sin duda, un antecedente valioso de los derechos humanos.

En 1504 moría la reina Isabel, y en su testamento mandaba que:

*“Non consientan ni den lugar que los indios, vecinos y moradores de las dichas indias y tierra firme, ganado y por ganar, recivan agravio alguno en sus personas y bienes, mas manden que sean bien y justamente tratados. Y sin algún agravio han recibido, lo remedien y provean”.*²⁶

Se van así creando las condiciones para el debate: mientras en España se legisla desde el 'derecho natural', y por lo tanto, considerando a los indios como personas en paridad de derechos con los españoles de la península, en América, a varios miles de kilómetros de distancia, la realidad con frecuencia negaba lo que la legislación afirmaba. Se ponía así en tela de juicio la misma posibilidad de existencia de la ocupación española: con frecuencia, el debate acerca de la justicia de los títulos se trasladaba hacia la cuestión de si era posible la existencia de un sistema social en el que los indios permaneciesen al margen de los beneficios del sistema, y hacia otra cuestión quizá más importante para el sistema: acerca de la posibilidad de la existencia misma del propio sistema.

En 1511 sucedía en América un hecho que marcaría para siempre la historia de este debate.²⁷ El fraile dominico Antonio de Montesinos, de acuerdo con

25. González, J. C., op.cit., P. 148.

26. González, J. C., op.cit., P. 155.

27. Luciano Pereña en su '*La idea de justicia en la conquista de América*', Ed. MAPFRE América, Madrid, 1992, P. 9-15, señala tres hitos en la historia colonial americana: 'la gran denuncia', el primero de ellos, el discurso de Montesinos de 1511; el segundo, 'la gran reivindicación': el momento en que Francisco de Vitoria enuncia su 'duda india' en 1536; y el tercero, 'la gran decisión': el momento en que Carlos I prohíbe oficialmente iniciar cualquier guerra de conquista hasta aclarar sobre los títulos que legitimaban las conquistas.

su comunidad de Santo Domingo, pronunciaba su célebre discurso en la misa dominical de principios de diciembre de 1511. En él, a la vez que criticaba el trato que los españoles prodigaban a los indios, ponía en tela de juicio los títulos españoles que fundamentaban la conquista y ocupación del Nuevo Mundo. Veamos sólo un fragmento de ese discurso:

“Todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muerte y estragos nunca oídos, habéis consumido?”²⁸

Con posterioridad, Las Casas citó constantemente este discurso, como valioso antecedente a sus argumentos.²⁹

El sermón-discurso de 1511 provocó gran revuelo: desde el seno mismo de la iglesia se cuestionaban los títulos de la Corona. Seguramente, este hecho influyó poderosamente en el llamado del rey Fernando a las Cortes de Burgos de 1512, para tratar la cuestión. Se discutieron y quedaron establecidos los siguientes principios:

- =) que los indios sean tratados como hombres libres, de acuerdo al testamento de Isabel;
- =) que fueran instruidos en la fe cristiana, como mandaban las bulas papales;
- =) que el rey puede exigir de los indios algún servicio, pero no debe ser en perjuicio de su catequización, y siempre en servicio de la Corona;
- =) que el tiempo para el trabajo sea tolerable, y el descanso adecuado;
- =) que se les retribuya con un salario justo;
- =) que se respeten sus propiedades.

Estas disposiciones quedaron incluidas en las Leyes de Burgos (u Ordenanzas de Valladolid), que el rey promulgó en 1513.

Estas leyes abordaban por primera vez en la instancia legislativa la cuestión de la libertad y los derechos de los indios y la prioridad de la evangelización, a la vez que humanizaba notablemente la práctica de la encomienda: argumentos como el de la retribución del servicio con un salario justo y el del descanso adecuado, si bien se prestaban a interpretaciones diversas, dejaban bien sentado el pensamiento de la Corona. La cuestión de la

28. Galmés, L., *Bartolomé de Las Casas. Defensor de los derechos humanos*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1982, p. 31-32.

29. Este argumento fue citado en su *Tratado sobre los indios que han sido hecho esclavos*, escrito en 1547 para ser presentado al rey Carlos I, reproducido por la edición electrónica de la Colección MAPFRE Tavera, 1992, con el título *Textos clásicos de literatura jurídica Indiana I*.

legitimidad de los títulos se afrontaba de manera implícita: la priorización de la evangelización por sobre la conquista y la colonización, llevaba implícita una justificación de los títulos. Con todo, se abría aquí un amplio campo para el debate jurídico.

Se abordó aquí también, por primera vez, la cuestión de la 'guerra justa'. Este argumento se afrontó con la inclusión en las Leyes de Burgos del 'requerimiento': documento o sermón que se comunicaba a los indios antes de una 'entrada' de los españoles a sus tierras, en donde se exigía la aceptación por parte de los indios de la soberanía española y de la fe católica. Se trataba de una formalidad que pocas veces se observó, habida cuenta que, en los casos en que se hiciera y comprendiera, no era fácil que los indios aceptasen una doctrina que nunca habían oído y que difícilmente podían comprender.³⁰ Más adelante presentamos una supuesta reacción del inca Atahualpa a este 'requerimiento', citada por Gracilazo de la Vega un siglo más tarde.

La idea de los dominadores acerca de lo indios variaba con el tiempo y el lugar. En 1525, el dominico fray Tomás Ortiz informaba al rey Carlos I que los indios de la región:

“...comen carne humana, y son sodométicos (sic) más que generación alguna... andan desnudos, no tienen amor ni vergüenza, son como asnos, abobados, alocados, insensatos...”

El mismo fraile, luego primer obispo de Santa Marta, en el futuro Virreinato de Nueva Granda, cambia con posterioridad radicalmente de postura, denunciando los atropellos cometidos en 'una entrada' de los españoles en tierra de indios, dejándolos: *“escandalizados y alborotados y con odio a los cristianos”*³¹.

El sucesor de Ortiz, Juan Fernández de Angulo, se enfrentará a su vez duramente con el gobernador Fernández de Lugo por causa del maltrato a los indios.

Entre los antecedentes jurídicos de este debate ocupa un lugar especial la promulgación de la bula *Sublimis Deus*, del Papa Paulo III en 1537. Este documento constituye la respuesta del Papa ante la solicitud del fraile franciscano Julián Garcés, obispo de Tlaxcala, en la que se ponderaba la capacidad intelectual de los indios mexicanos y su predisposición a recibir la fe cristiana. Esta solicitud estaba hecha en reacción ante la autorización del Consejo de Indias para que se pudiese marcar con el hierro de la esclavitud a los indios de México, en 1532. Anteriormente, una carta de fray Domingo de Betanzos, quizá influenciado por encomenderos españoles, había apoyado

30. Pereña, L., *La idea de justicia en la conquista de América*, reproducido por la edición electrónica de la Colección MAPFRE Tavera, Madrid, 1992, p. 34.

31. Pereña, L., op.cit. P. 112.

su petición haciendo presente ante el Consejo de Indias las dificultades que presentaban los indios mexicanos para recibir la fe y la cultura.³²

En esta bula se declara como doctrina de la Iglesia la racionalidad de los indios. Se los equipara así al resto de los españoles, al considerárseles como personas con derechos que deben ser respetados. Entre sus derechos, estaba el de tener propiedades, ser considerados como iguales, ser evangelizados y no ser esclavizados. Citamos sólo un párrafo de la bula:

*“Considerando que los mismos indios, como verdaderos hombres, no solamente son capaces de recibir la fe cristiana, sino que, como lo hemos sabido, acuden con la mayor prontitud a la misma fe; y deseando proveer a este negocio con remedios convincentes; por las presentes letras decretamos y declaramos, con nuestra autoridad apostólica, que los referidos indios y todos los demás pueblos que en adelante vengan al conocimiento de los cristianos, aunque se encuentren fuera de la fe de Cristo, no han de estar privados, ni se han de privar de su libertad, ni del dominio de sus cosas; y más todavía, que puedan usar, poseer y gozar libremente y lícitamente de esta libertad y de este dominio; y que es irrito, nulo y de ningún valor ni momento todo lo que de otra manera se haga”.*³³

De esta manera quedaban anulados los derechos anteriores que se hubiesen habido en desmedro de los derechos de los indios: la encomienda entraba en tela de juicio, y con ella, todo el sistema productivo colonial.

Con todo, la bula de 1537 era un escrito emanado desde la autoridad pontificia. Las bulas podían servir para justificar la actuación española, pero no para regir la vida económica y política del sistema colonial español. Por ello, no tuvo efectos inmediatos en el sistema de encomiendas, aunque sí puso en tela de juicio su existencia. Era necesario un elemento legislativo claro, que contemplase directamente el sistema y lo regulase, desde la Corona. Al fin al cabo, los documentos pontificios concedían las tierras americanas a la Corona española y no al pueblo español.

Entre los numerosos antecedentes, tomamos este de 1538, del también obispo Juan Fernández de Angulo: Éste escribirá al rey diciéndole acerca de los indios:

“En estas partes no hay cristianos sino demonios; ni hay servidores de Dios ni del rey, sino traidores a su ley y a su rey...ninguna cosa les puede ser más odiosa ni aborrecible que el nombre de cristianos. A

32. Juan R. Cabal presenta a Betanzos como engañado por los encomenderos, en su *Betanzos. Evangelizador de México y Guatemala*, Ed. Villava, Barcelona, 1967, P. 116-127.

33. Citado por Galmés, L., op.cit., p. 110 ss.

*los cuales ellos, en toda esta tierra, llaman en su lengua yares, que quiere decir demonios; y sin duda ellos tienen razón... Y como los indios de guerra ven este tratamiento que se hace a los de paz, tienen por mejor morir de una vez que no muchas en poder de cristianos”.*³⁴

Los documentos legislativos se acumularon desordenadamente, tocando los más variados aspectos de la vida colonial. Sin embargo, los españoles tuvieron buen cuidado de guardar cada uno de ellos en forma fiel: los archivos de Indias copiaban todas las instrucciones que partían para América o llegaban de ella. Era posible un ordenamiento jurídico que contemplase lo actuado hasta el momento.

En 1542 el rey Carlos I ordenaba la confección de un cuerpo legislativo que contuviese todas las leyes anteriores relativas a Indias, agrupadas por temas, en el que debía privar el respeto a la condición humana de los indios, ya establecida desde documentos anteriores. Se trataba de remediar los abusos, cumplir con el mandato evangelizador, asentar el dominio español en las tierras recién adquiridas por conquistas, tornar posible el sistema colonial, establecer cuerpos legislativos susceptibles de ser cumplidos a miles de kilómetros de distancia, tomar en consideración el espíritu de aventura y de cruzada que con frecuencia impregnó la ocupación española de Indias, establecer los controles debidos, crear un sistema de asentamientos españoles y de lograr el aprovechamiento de las nuevas tierras en beneficio de los intereses imperiales. Conjugar todos estos elementos no era tarea fácil.

En 1542 el Consejo de Indias publicaba las Leyes Nuevas. Lo admirable de este cuerpo legislativo, en el que hay que reconocer la influencia de Carlos I, es haber logrado que prevalezcan, en este cúmulo de intereses, las razones que dejaban asentados los derechos indígenas. Por este valioso instrumento legislativo, además de plantear una profunda reorganización de la administración colonial, se confirman los derechos de los indios en igualdad de condiciones con los españoles peninsulares y se suprime el sistema de encomiendas.

Si bien esta declaración de derechos podía haberse aceptado, ya que era susceptible de interpretaciones desde los más diversos ángulos, la que tenía que ver con la supresión de las encomiendas lesionaba directamente el sistema productivo español y numerosos intereses personales. Se recomienda aquí que los indios sean bien tratados y que los mandatos en este sentido sean cumplidos. Veamos sólo algunas disposiciones:

“...ordenamos y mandamos que de aquí en adelante por ninguna causa de guerra ni otra alguna aunque sea so título de revelión ni por rescate

34. Citado por Zavala, S., *Por la senda hispana de la libertad*, Ed. .MAPFRE América en versión electrónica, Madrid, 1992, P. 44.

*ni de otra manera, no se pueda hazer esclavo indio alguno, y queremos sean tratados como vasallos nuestros de la Corona de Castilla, pues lo son....*³⁵.

Y la siguiente cita, también de las Leyes Nuevas, va directamente contra el sistema de encomiendas:

*“Ninguna persona se pueda servir de los indios por via de naburia ni de tapia ni de modo alguno contra su voluntad”.*³⁶

Las Leyes Nuevas no dejaron de causar convulsión en Indias, especialmente por lo referido a las encomiendas. Los recursos ante el propio rey se transformaron en protestas y hasta en levantamientos armados contra los funcionarios que quisieron aplicar las leyes, como en el caso de la rebelión en el Perú. Ello motivó que la Corona suavizara o mitigara su aplicación; incluso algunos misioneros estimaron que la tarea española en Indias era imposible, por lo menos en esos tiempos del siglo XVI, sin el régimen de la encomienda.

Ya a mediados del siglo XVI, a tan sólo medio siglo de la llegada de los españoles a América, se habían acumulado muchos elementos jurídicos: desde las primeras bulas papales de concesión de las tierras americanas a la Corona de Castilla, de 1493, a las Instrucciones a Nicolás de Ovando de 1501, al testamento de Isabel de 1504, a las Leyes de Burgos de 1512-13, a la bula papal de 1537, culminando en estas Leyes Nuevas de 1542. Se añadieron a ellos un gran número de cartas, notificaciones y recursos, provenientes de Indias, de funcionarios, encomenderos, religiosos y obispos, que, si bien enriquecieron con nuevos puntos de vista y experiencias el panorama jurídico, exigían una uniformidad en el tratamiento: era necesaria una palabra de la Corona, como último responsable del quehacer indiano.

Si bien en muchos de estos aportes había elementos que podían dejar dudas acerca de los derechos de los indios, y que podrían emplearse para justificar de alguna manera los sistemas de explotación de la mano de obra indígena, fueron también sobrados los elementos que aseguraban lo contrario: una lectura sin predisposiciones de las leyes indianas no puede dejar lugar a dudas acerca de las intenciones legislativas: los indígenas son personas con derechos, del mismo modo que los españoles peninsulares; por lo tanto, son alcanzados por las mismas obligaciones y los mismos derechos que los españoles que llegaban a Indias: tenían los mismos derechos que los españoles, ya sean

35. Aguirre, J., *Recopilación compendiada de las Leyes de Indias aumentada con algunas notas que no se hallan en la edición de 1841, y con todas las disposiciones dictadas posteriormente para los dominios de ultramar*, Ed. de Librería e Imprenta de I. Boix, Madrid, 1841, P. 112, en versión electrónica de la Ed. MAPFRE Tavera, con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, Madrid, 1992.

36. Aguirre, J., op.cit., pág. 113.

éstos encomenderos, conquistadores, colonos, funcionarios, agricultores, soldados o religiosos.³⁷

La travesía entre España y las Indias podía durar unos dos meses, entre Sevilla y Santo Domingo. De allí, a los distintos asentamientos españoles podía tardarse un mes más. La minuciosa burocracia colonial española, gracias a la cual se conservaron los muchísimos documentos que legislaban la vida de la colonial,³⁸ podía demorar hasta varios meses el tránsito de un documento desde España hasta América. Esto favorecía, evidentemente, la posibilidad de evadir las disposiciones legislativas, tornándolas letra muerta. Si bien es cierto que muchas disposiciones no se cumplieron,³⁹ también es verdadero que la buena parte de ellas se llevaron a cumplimiento, y el trato de los indígenas estuvo marcado por un fuerte tinte de humanismo. Los historiadores, con frecuencia, han justificado estas evasiones y el incumplimiento de las leyes, con el argumento que las circunstancias no eran adecuadas para su cumplimiento, que los autores de las leyes desconocían la realidad y su cumplimiento provocaría daños inmensos al sistema. Creemos que eso puede ser válido para situaciones coyunturales, pero no mantiene su validez para cuestiones en las que está en juego la concepción de la persona. En este aspecto, la humanización de las personas que componen un sistema social no puede ir en desmedro del mismo, sino por el contrario, optimizaría las relaciones, tornándolas más armónicas. El Derecho Indiano tendía a considerar a los indígenas como personas. Por ello, su cumplimiento hubiera humanizado muchísimo más el sistema social colonial.

Los argumentos de Las Casas

Bartolomé de Las Casas no era filósofo, ni teólogo, ni jurista, ni político, ni siquiera un misionero en sentido estricto de la palabra, pero tuvo un poco de todo ello. Hablaba apasionadamente desde su gran erudición y desde su inmensa experiencia americana. Tuvo una prolífica producción literaria, dedicada íntegramente a la causa de la defensa de los derechos de los indios americanos, que abrazó con apasionamiento -y no siempre con objetividad- desde la renuncia a su encomienda en Cuba, en 1515.

37. Zavala, S., *Por la senda hispana de la libertad*, en versión electrónica por Fundación MAPFRE América, Ed. MAPFRE, Madrid, 1992, P. 44.

38. Todos los documentos legislativos que partían de España para Indias, o que venían de Indias para España, están minuciosamente y fielmente copiados en los Cedularios Indianos, y conservados en el Archivo General de Indias de Sevilla. Actualmente, casi el 80 % de estos documentos están en versión electrónica, y son accesibles por Internet.

39. Era frecuente que los funcionarios, al recibir una orden emanada en España, aun cuando proviniese del rey o del Consejo de Castilla, pusiesen el escrito sobre su cabeza en señal de sumisión, y dijese ante escribano 'se acata pero no se cumple', aduciendo los inconvenientes que se derivarían de ello. Esta instancia era comunicada al rey inmediatamente. Ver HERNÁNDEZ, M.,-SÁNCHEZ BARBA, R., *Castilla y América*, reproducido en versión electrónica por Fundación MAPFRE América, Ed. MAPFRE, Madrid, 1992.

Desde entonces, escribió innumerables tratados, historias, exposiciones, instrucciones, etc. No es fácil la lectura de sus obras: ésta debe ser hecha en su contexto histórico regional. Podemos citar, sin embargo, como antecedentes inmediatos de sus argumentos sostenidos en este debate, su Apología dedicada a Felipe II, en respuesta a la Apología de Sepúlveda ('un tratado veneno envuelto en miel'). Su Avisos y reglas para los confesores que oyesen confesiones de los españoles que son o han sido en cargo de los indios de las Indias del mar Océano, fue retirado de circulación por orden del Consejo de Indias en 1548, poco antes del debate. Especialmente, hay que mencionar su Tratado sobre los indios que han sido esclavos, de 1547, donde menciona que nunca han tenido los españoles motivos para una guerra justa con los indios, por lo que su esclavitud sería injusta.

Las Casas, partiendo de un pensamiento eminentemente cristiano nacido, especialmente, en los años de práctica misionera en América,⁴⁰ atacó las tesis de Sepúlveda en intervenciones prolongadas y bien fundamentadas, haciendo hincapié en las atrocidades cometidas en Indias. A los planteos de Sepúlveda, afirmando que los sacrificios de personas entre los aztecas podían ascender a veinte mil personas por año, respondía Las Casas:

*“que no es verdad que en la Nueva España se sacrificaban veinte mil personas, ni ciento, ni cincuenta cada año, porque si esto fuera no halláramos tan infinitas gentes como hallamos. Y esto no es sino la voz de los tiranos, por excusar y justificar sus violencias tiránicas y por tener opresos y desollar los indios”.*⁴¹

Sus argumentos pueden resumirse en los siguientes:

- 1.- La Iglesia no tiene derecho alguno al castigo temporal por el pecado de los hombres.
- 2.- El poder del Papa no se dirige a aumentar el poder de los príncipes, sino a fomentar y coordinar la evangelización, que puede encomendar al celo religioso de los reyes cristianos merced a los medios que éstos poseen.
- 3.- Se debe reconocer la autonomía política de los indios aunque sean idólatras o sodomitas.
- 4.- El rey de España sería para ellos como la autoridad máxima de una confederación.

40. Las Casas tuvo dos intentos misioneros interesantes: el primero, que terminó en fracaso, en Cumaná, en las costas de Venezuela, los años 1520-1521, fue un intento de colonización pacífica; el segundo, en Guatemala, en Tezulutlán, fue un intento de evangelización por medios pacíficos, en 1536-1539. A este respecto se puede consultar a Lorenzo Galmés, op.cit., P. 112 y ss., que se basa en fuentes del siglo XVI como F. de Oviedo y L. De Gómara.

41. Citado por Pereña, L., op.cit., P. 156.

5.- Si los indios no quieren reconocerlo como autoridad, no se podrá obligarlos mientras sean paganos.

6.- Si se convierten, los indios tendrían cierta obligación de vasallaje en agradecimiento por la fe recibida

Los argumentos de Sepúlveda.

Juan Ginés de Sepúlveda fue un auténtico humanista cristiano, jurista e historiador. Lo había aprendido todo de los libros, y hablaba desde su amplia erudición, desde su cátedra, con moderación y estilo. Fue un hombre de estudios que se vio envuelto en una realidad imperial a la que tenía que servir. Nunca defendió que los indios no fuesen personas; en cambio, habló de 'atraso' en su desarrollo humano, con la creencia de que es posible remediarla. Asimismo, condenó el robo que los españoles han hecho a los nativos fuera del derecho de guerra.

Sepúlveda expuso su pensamiento magistralmente, como era su costumbre, en forma sintética, sustentando la validez de la donación pontificia y el derecho y deber que tiene un pueblo con alto desarrollo del raciocinio de civilizar a otro más primitivo. Este derecho sería más evidente si el pueblo bárbaro cometiera atrocidades contra natura, y si la dominación conllevara la evangelización. La posibilidad de evangelizar se diluiría sin una pacificación suficiente de los pueblos 'más primitivos'.⁴²

Estos argumentos están desarrollados en sus obras: su primer Democrates, que data de 1532; su De regno et de Regis officio, donde sostiene que los pueblos cultos tienen derecho de poner bajo su mando a los pueblos salvajes; su Democrates alter y su Apología sobre los justos motivos que avalan la guerra contra los indios, todos ellos anteriores al debate.

De Sepúlveda fueron los primeros argumentos que se manifestaron, y versaron acerca de las conductas de los indígenas, cuyo salvajismo justificaría la intervención española:

*“...en la Nueva España a dicho de todos los que de ella vienen y mantenido cuidado de saber esto, se sacrificaban cada año más de veinte mil personas, el cual número multiplicado por treinta años que ha se ganó y se quitó este sacrificio, serían ya seiscientos mil, y en conquistarla a toda ella, no creo que murieran más número de los que ellos sacrificaban en un año”.*⁴³

42. Estos argumentos, que coinciden con los de Ángel Martín González, op.cit., sirven para sostener la postura de Sepúlveda, están citados por la ponencia Juan de Abreu y Abreu *La Rioja en el debate sobre la conquista*, reproducida electrónicamente en Internet en el sitio

43. Citado por Pereña, L., op.cit., P. 172.

Sus argumentos se pueden sintetizar en los siguientes:

- 1.- Es lícito someter por las armas a aquéllos cuya condición natural es de tal naturaleza que deben obedecer a otros, si rehúsan su imperio y no quedase otro recurso.
- 2.- Hay que proscribir el grave peligro que pesa sobre la vida de muchos inocentes que todos los años son inmolados a sus dioses.
- 3.- Hay que desterrar el horrendo crimen de comer carne humana, con el que, de manera especial, se ofende a la misma naturaleza, y además, evitar que sea adorado el espíritu del mal en lugar de Dios, que es lo que más provoca su ira.
- 4.- La guerra contra los infieles es justa porque con ella se abre camino la propagación de la fe cristiana, facilitando y preparando el terreno para los predicadores de la fe.

Las tesis de Francisco de Vitoria.

Francisco de Vitoria (1485-1546) fue un teólogo y moralista dominico, profesor de la Sorbona, Valladolid y Salamanca. Sus tesis sentaron las bases del derecho internacional moderno. Autor de *Relecciones de Indias* y fundador de la Escuela de Salamanca, formuló una carta de derechos de los indios, abriendo una tercera vía de interpretación del fenómeno americano ante la antítesis Las Casas-Sepúlveda.

Vitoria sometió a proceso crítico la conquista de América desde la perspectiva de los derechos de las personas. Sentó las bases para las consideraciones acerca de los derechos humanos, el respeto a la soberanía de los pueblos y la defensa de la solidaridad internacional. Superando la discusión acerca de si los indígenas son personas con paridad de derechos a las otras, cuestión que considera superada, plantea el problema americano desde el punto de vista de los derechos naturales.⁴⁴

Vitoria distingue entre los títulos que pueden legitimar la conquista de un pueblo y los títulos inválidos. Sus argumentos sostienen que la donación pontificia no justifica la apropiación española en América:

44. Las Naciones Unidas, en homenaje a Francisco de Vitoria como fundador del Derecho Internacional Moderno, dio el nombre de Sala Francisco de Vitoria a la Sala de Consejos del Palacio de la Paz de Ginebra, en 1986. Silvio Zavala en su *'Por la senda hispana de la libertad'*, en la versión electrónica de la obra de la Fundación MAPFRE América, Madrid, 1992, P. 8, presenta los argumentos de Vitoria de esta manera: "...no es el simple encuentro de dos mundos, ni la agresión del Viejo Continente, ni la invasión del Nuevo Mundo, ni menos aún la 'culpa histórica' de la España colonialista y conquistadora...".

“El Papa no es señor civil o temporal de todo el orbe, hablando con propiedad de dominio y potestad civil, y si no tiene autoridad civil sobre los bárbaros, no puede darla a los príncipes seculares. De esta forma, los bárbaros no están obligados a creer el primer anuncio de la fe, ni es lícito declararles la guerra porque la rechacen”.

Ponía en tela de juicio las mismas Leyes de Burgos y el Requerimiento, tomando postura en esta instancia por las tesis de Las Casas. Pero asimismo, sostiene que los españoles tienen también derecho de transitar por aquellas tierras, comerciar y predicar su fe sin ser molestados, y pueden lícitamente defenderse de los indios si son atacados, *“...guardando moderación en la defensa...”*,

Sostiene, sin embargo que un título que puede justificar la conquista:

“...puede ser por la tiranía, o de los mismos señores de los bárbaros, o también de las leyes tiránicas que injurian a los inocentes, sea porque sacrifican a hombres inocentes o porque matan a otros sin culpa para comer sus carnes...”.⁴⁵

4.- El lugar de los indios en la Recopilación de 1680.

*La Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias, mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey don Carlos II. Nuestro Señor*⁴⁶, publicada en 1680, dedica a la cuestión de los indios todo el Libro Sexto del Segundo Tomo. Se recopilan en este inmenso esfuerzo jurídico las leyes anteriores que se refieren a la situación de los indios en el sistema colonial español.

La Recopilación, al presentar todas las leyes anteriores referidas a la encomienda, pone en evidencia algunas leyes que favorecen ampliamente a los indios y otras que defienden los derechos de los encomenderos. Se ponen en relieve, de este modo, los altibajos de las leyes de Indias. La resistencia de los encomenderos en el cumplimiento de las leyes obligó a dar marcha atrás en muchas de las disposiciones que favorecían a los indios, como es el caso de muchas de las disposiciones de las Leyes Nuevas de 1542. Esta resistencia llegó incluso hasta la rebelión armada como en Perú, y hasta al asesinato de funcionarios y obispos, como en el caso del obispo de León,

45. Zavala, S., op.cit., P. 8,

46. Hay un original de esta Recopilación en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que ha servido para la reproducción en facsímil editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado español, en Madrid en 1998, que hemos consultado en este apartado. En la biblioteca de la Academia Nacional de la Historia en la Casa de las Academias en San salvador, hay un buen ejemplar de esta reproducción, que hemos consultado para este trabajo.

Nicaragua⁴⁷. Con todo, la insistencia en este aspecto hace evidente la intención de la Corona de favorecer a los indios.

4.1 Acerca de la protección de los indios

El Libro Sexto de la Recopilación, dedicado enteramente a la cuestión de los indios, ya desde sus primeras disposiciones, se dice que:

“Habiendo de tratar en este libro la materia de Indios, su libertad, aumento y alivio, como se contiene en los títulos de que se ha formado: Es nuestra voluntad encargar a los Vireyes, Presidentes, y Audiencias el cuidado de mirar por ellos, y dar las órdenes convenientes, para que sean amparados, favorecidos, y sobrellevados, por lo que deseamos, que se remedien los daños que padecen, y vivan sin molestia, ni vexación, quedando esto de una vez asentado, y teniendo muy presente las leyes de esta Recopilación, que les favorezcan, amparan , y defiendan de cualesquier agravios...”⁴⁸.

La ley citada es de 1580. La referencia, en 1680, a una ley de hace cien años atrás hace ver a las claras la insistencia de la Corona en el sentido expresado: ya desde el siglo XVI fue intención evidente de parte de los reyes españoles el buen trato que debe dárseles a los indios.

En 1536, se ordenaba que

*“Si constare que los Indios se han ido a vivir de unos Lugares a otros de su voluntad, no los impidan las Justicias, ni Ministros, y déxenlos vivir, y morar allí, excepto donde por las Reducciones, que por nuestro mandado estuvieren hechas, se haya dispuesto lo contrario, y no fueren perjudicados los Encomenderos”.*⁴⁹

Llama la atención los límites que se ponen aquí a la libertad de los indios de trasladarse de un lugar a otro: los intereses de los encomenderos quedan aquí por encima de la libertad de trasladarse. La ley citada es de 1536. En 1512 las Leyes de Burgos habían abolido las encomiendas, y las Leyes Nuevas lo habían reafirmado en 1542, aunque con posterioridad fueron anuladas. Un siglo y medio después se intenta contemplar defender la libertad de los indios sin perjudicar los intereses de los encomenderos.

47. En 1555 fue asesinado a golpes el obispo de León, Antonio de Valdivieso por el grupo de los encomenderos de la región liderados por la familia Contreras. El obispo llevaba el encargo de hacer cumplir las Leyes Nuevas de 1542 que suprimían las encomiendas.

48. Ley de Felipe II en Madrid, 1580, en *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del rey Don Carlos II, Nuestro Señor*, Tomo Segundo, Libro Sexto, Ley j, P. 189.

49. Ley de Carlos I en Valladolid, 1536, en *op.cit.*, Libro Sexto, Ley xij, P.192.

En 1550, el rey Carlos I había suprimido todas las empresas de conquista hasta dilucidar la cuestión de los títulos. En ese mismo año, el rey daba esta otra ley recogida en la Recopilación:

*“Habiendo hecho particular exâmen sobre si aun en la mas perfecta lengua de los Indios se pueden explicar bien, y con propiedad los Misterios de nuestra Santa Fe Católica, se ha reconocido, que no es posible sin cometer grandes disonancias, é imperfecciones, y aunque están fundadas Cátedras, donde sean enseñados los Sacerdotes, que hubieren de doctrinar a los Indios, no es remedio bastante, por ser mucha la variedad de lenguas. Y habiendo resuelto, que convendrá introducir la Castellana, ordenamos que á los Indios se les pongan Maestros, que enseñen a los que voluntariamente la quisieren aprender, como les séa de menos molestia, y sin costa: y ha parecido, que esto podrian hacer bien los Sacristanes, como en las Aldeas de estos Reynos enseñan á leer, y escribir, y la Doctrina Cristiana”.*⁵⁰

Se nota la preocupación por la enseñanza de la fe cristiana, que justificaría la presencia española en Indias. Pero quisiera recalcar aquí el pensamiento de la sociedad española -la Corona representaba el pensamiento de la época, por lo menos en parte- con respecto a la difusión del cristianismo: el cristianismo se transmitía en clave cultural: la evangelización implicaba aquí la difusión de la lengua oficial del imperio. Se proponía que los indios aprendan la lengua española para el buen entendimiento de la doctrina. Llama la atención esta disposición, cuando ya había habido intentos exitosos de catecismos en lengua quechua y aymara en el siglo XVI⁵¹, y cuando se había dado ya el intento de inculturación de la propuesta de evangelización con la experiencia de Las Casas en Verapaz y cuando estaban surgiendo las experiencias de los jesuitas en las 'misiones' del Paraguay.

Asimismo, hay una preocupación 'pedagógica': se quiere hacer que los indios convertidos sean educados en el trabajo. Así lo da a entender esta ley de la Recopilación:

*“Aunque no han de ser compelidos a mitas, ni tasas los Indios recién convertidos, por el tiempo que está dispuesto, es bien que por lo menos desde los cinco años de su reducción vayan entendiendo en lo susodicho por medios suaves, y aficionándose a ganar jornales, y trabajar para esto: y que asimismo conozcan el modo de gobierno político de los Indios antiguos, dándoseles Alcaldes, Fiscales, y otros Oficiales de Justicia”.*⁵²

50. Ley de Carlos I en Valladolid, 1550, en *op.cit.*, Libro Sexto, Ley xviiij, P.193.

51. El Tercer Concilio Limense había propuesto la escritura de catecismos en lengua quechua y aymara. Hay información interesante en Internet acerca de los concilios limenses del siglo XVI; por ejemplo, http://orbita.starmedia.com/~martinscheuchpool/historia_de_la_iglesia/capitulo_5.htm.

52. Ley de Felipe III en Madrid, 1618, en *Recopilación...* Tomo Segundo, Libro Sexto, Ley xx, P. 194.

Y lo mismo se puede entender de esta otra ley, que comprende dos leyes anteriores:

“Los Indios, que fueren Oficiales, se ocupen y entiendan en sus oficios, y los labradores en cultivar, labrar la tierra, y hacer sementeras, procurando que tengan bueyes con que alivien el trabajo de sus personas, y mantenimientos para su propio sustento, venta, y cambio, con otros: y los que no se ocuparen en ninguna de las cosas susodichas, se podrán aplicar al trabajo en obras, y labores de las Ciudades, y campos, y siendo necesario, sean compelidos á no estar ociosos, pues tanto importa á su vida, salud, y conservacion; pero esto se ha de hacer, y efectuar por mano de nuestras Justicias. Y mandamos que los Españoles no los puedan apremiar a ello, aunque sean Indios de sus encomiendas, o serán gravemente castigados. Y encargamos á los Doctrineros, que persuadan á los Indios á lo referido en nuestra ley, y especialmente, que anden vestidos para más honestidad, y decencia de sus personas”⁵³.

Queda en evidencia aquí el intento de incorporar en condiciones de igualdad a los indios al sistema colonial. Para ello, era necesario incorporarlos a la religión oficial, así como insertarlos en todo el conjunto de relaciones sociales: educar a los indios según el modo de ser de los españoles, con sus costumbres, con su modo de concebir las relaciones sociales, con su modo de concebir la justicia.

Son numerosas las leyes que abundan en este intento. Se pueden ver las leyes de Carlos I de 1551, indicando que se permita a los indios criar toda especie de ganado; la ley de 1609 de Felipe III, indicando que se permita a los indios labrar sus tierras; las leyes de Carlos I de 1521, 1523 y 1534, indicando que se permita a los indios comerciar con los españoles; las leyes de Felipe II de 1571 y 1572, indicando que los indios puedan vender sus haciendas con *autoridad de justicia*; las leyes de Carlos I de 1552 y de Felipe II de 1563, indicando que los Indios puedan hacer sus tiangués, y vender en ellos sus mercaderías; las leyes de Carlos I de 1551 y Felipe III de 1609, prohibiendo *que no se haga concierto sobre el trabajo, y granjerías de los Indios*.⁵⁴ Todas ellas defienden los derechos de los indios frente al posible abuso por parte de los españoles.

Este intento 'pedagógico' con el fin de incorporarlos a la vida de la colonia, abunda también en prohibiciones que intentan salvar a los indios de posibles vicios. Sin duda, se nota en estas disposiciones la idea de que los indios eran propensos a la bebida y a la pereza, bastante difundida en algunos sectores

53. Leyes de Carlos I en Madrid, 1552 y Felipe III en Madrid, 1618, en *op.cit.*, Libro Sexto, Ley xxj, P. 194.

54. *Op. Cit.*, P. 194-196.

de la sociedad colonial y española. A este respecto, baste con mencionar las leyes que indican que no se puede vender armas a los indios, ni ellos pueden tenerlas, como repetidas veces se dispuso en 1501, por ley de Doña Isabel; de Carlos I en 1536 y 1551; de Felipe II en 1563, en 1566, 1567 y 1570. La insistencia en esta disposición probablemente está a decir que, a pesar de la prohibición, la venta de armas a los indios era algo constante. Ello queda también en evidencia en los continuos levantamientos de los indios a lo largo de la colonia.

Otras prohibiciones, seguramente siempre en el intento de salvar a los indios de vicios posibles, eran las que prohibían a los indios andar a caballo, disposición de Felipe II de 1568, reiterada en 1570 y Felipe II en 1633; las leyes que prohibían vender vino a los indios, de Felipe III en 1637 y 1640. Las leyes de Carlos I en 1529 y 1545, Felipe III en 1607 y Carlos II en 1672, regulan minuciosamente una bebida de los indios de Nueva España llamada pulque, producto de la destilación del magüey, en un intento por controlar sus efectos embriagantes.

La Recopilación de 1680 también intentó salvar algunos elementos culturales, como la disposición de que *los Gobernadores de Indios de Tlaxcala* sean naturales y que puedan escribir al rey, como lo prescribe Felipe II en 1585 y 1594; o la disposición que a los Indios de Guazalco se les guarden sus privilegios, y sean favorecidos, como lo prescribe el mismo Felipe II en 1583.

Todos estos derechos y prohibiciones quieren crear las condiciones para la inserción de los indios en el sistema. El hecho de que estas disposiciones se repitan, algunas con diferencias de muchos años, está indicando, por un lado, que las leyes no siempre se cumplían, poniendo en evidencia la impotencia de la Corona en hacer cumplir sus leyes a miles de kilómetros de distancia; y por otro, la corrupción de los funcionarios coloniales. Pero por otra parte, también indica la decisión de la Corona de 'humanizar' a pesar de todo la situación de los indios en el sistema.

Con todo, y a pesar de estas evidentes buenas intenciones, cabe decir que la legislación se discutía y decidía en España, como se notará del lugar donde fueron promulgadas todas las leyes citadas. Los indios no fueron consultados acerca de las leyes que regirían su vida en la colonia.

4.2 Acerca del buen trato que deben tener los indios

La Recopilación dedica todo el Título Diez del Libro VI del Segundo tomo al tema del 'buen trato' que debía dársele a los indios, bajo el título '*Del buen tratamiento de los Indios*'. La Recopilación le dedica bien 25 leyes, algunas

de ellas muy largas y minuciosas, a la cuestión del buen trato que debía dársele a los indios. Algunas de ellas piden la intervención de las más altas autoridades, como los Virreyes y Audiencias. Algunas de ellas son incluso curiosas, como esta ley de 1536:

*“El Negro que hiciere mal tratamiento á Indio, no habiendo sangre sea atado en la picota de la Villa, ó Pueblo donde sucediere, y allí le sean dados cien azotes públicamente: y si lo hiriere, ó sacare sangre, demas de los cien azotes sean ejecutadas en él las penas, que según la calidad, y gravedad de la herida mereciere por derecho, y costumbres de estos Reynos de Castilla, y el dueño pague los daños, menoscabos, y costas, que se recrecieren al Indio, y si no lo quisiere pagar, véndase al Negro para este efecto, y desde de su precio satisfacción”.*⁵⁵

Esta otra ley que citamos revela la intención de la Corona porque se dé un buen trato a los indios, sus vasallos; ello implicaba su conversión al cristianismo y el uso de su libertad. El fundamento de esta intención quizá haya que buscarlo en el profundo cristianismo que imbuía a la dinastía reinante en España en esos tiempos, la Casa de Austria. Este cristianismo no dejaba de estar impregnado de cierta dosis de paternalismo. Esto puede entreverse de la siguiente disposición de Felipe II:

*“Uno de los mayores cuidados, que siempre hemos tenido es, procurar por todos los medios, que los Indios sean bien tratados, y reconozcan los beneficios de Dios nuestro Señor en sacarlos del miserable estado de su Gentilidad, trayéndolos a nuestra Santa Fe Católica, y vasallaje nuestro. Y porque el rigor de la sujeción, y servidumbre era lo que mas podía divertir este principal, y mas deseado intento, elegimos por medio conveniente la libertad de los naturales, disponiendo, que universalmente la gozasen, como está prevenido en el título que de esto trata, juntando esto a la predicación y doctrina del Santo Evangelio, para que con la suavidad de ella fuese el medio mas eficaz; y conviene que a esta libertad se agregue el buen tratamiento: Mandamos a los Virreyes (...) y castigando a los culpados con todo rigor, y poniendo remedio en ello, procuren que sean instruidos en nuestra santa Fe Católica, y muy bien tratados, amparados, defendidos, y mantenidos en justicia, y libertad, como súbditos, y vasallos nuestros, para que estando con esto la materia dispuesta, puedan los Ministros de el Evangelio conseguir mas copioso fruto en beneficio de los naturales, sobre que a todos les encargamos las conciencias”*⁵⁶.

El maltrato no debía ser un obstáculo para la cristianización de los indios. Por ello, y dado que éste era 'uno de los mayores cuidados' y el 'principal y mas deseado intento' de la Corona, el buen trato era objeto constante de

55. Ley de Carlos I en Valladolid en 1536, en *Op. cit.*, ley xviii, P. 278.

56. Leyes de Felipe II de 1563 y 1580, y de Felipe III de 1635, ley iij, en *op.cit.*, P. 273-4

legislación. Asimismo, la libertad prepararía el ánimo de los indios, dejándolos dispuestos para recibir la fe cristiana.

Este intento de protección llevaba incluso a castigar con mayor severidad los delitos cometidos contra los indios, que los cometidos contra los españoles⁵⁷; y a un sinnúmero de ordenanzas particulares, como la disposición de enviar visitadores cuando no cesaren los agravios contra los indios⁵⁸, o la disposición de que los indios de Chile sean bien tratados y 'doctrinados'⁵⁹, o la disposición de que ningún español ande en 'amahaca' sostenido por indios⁶⁰, o que no hagan ropa para ministros o curas⁶¹, o, incluso, la curiosa disposición de que los '*Curas y Religiosos traten bien á los Indios*'⁶².

Veamos ahora algunos elementos que tratan sobre la libertad de los indios en el sistema.

4.3 Acerca de la libertad de los indios

El título 2 del Libro VI de la Recopilación trata sobre la libertad de los indios. Las disposiciones son numerosas y variadas. Ya citamos arriba una disposición, que liga la libertad al buen trato. A este respecto, la Recopilación recoge un buen número de disposiciones en este sentido.

El principio general de que los indios son libres y por lo tanto, no pueden estar sujetos a servidumbre, ha sido objeto de numerosas disposiciones ya desde principios de la colonia. La Recopilación recoge en una sola ley muchas de ellas.

“(...) Y asimismo mandamos, que ninguna persona, en guerra, ni fuera de ella pueda tomar, aprehender, no ocupar, vender, ni cambiar por esclavo a ningún Indio, ni tenerle por tal, con título de que hubo en guerra justa, ni por compra, rescate, trueque, o cambio, ni otro alguno, ni por otra cualquier causa, aunque sea de los Indios, que los mismos naturales tenían, tienen, ó tuvieren entre sí por esclavos, pena de que si alguno fuere hallado que cautivó, ó tiene por esclavo algun Indio, incurra en perdimiento de todos sus bienes aplicados a nuestra Cámara, y Fisco, y el Indio, ó Indios sean luego vueltos, y restituidos á sus propias tierras, y naturalezas, con entera, y natural libertad, á costa de los que así los cautivaren, ó tuvieren por esclavos”⁶³.

57. Ley de Felipe II en Madrid de 1593, ley xxj, en *op.cit.*, P. 278.

58. Ídem.

59. Ley de Carlos II, s/f., ley xx, en *op.cit.*, P. 278.

60. Ley de Carlos I en Madrid de 1536, ley xvij, en *op.cit.*, P. 277.

61. Ley de Felipe II en Lisboa, de 1595, ley viiiij, en *op.cit.*, P.276.

62. Ley de Felipe II en Lisboa, de 1582, ley viij, en *op.cit.*, P.275.

63. Leyes de Carlos I en Granada en 1526, en Madrid en 1530, en Medina del campo en 1532, en Madrid en 1540 y en Castellon de Ampurias en 1548, ley j, en *op.cit.*, P. 201.

La ley citada revoca las disposiciones anteriores por las cuales los reyes han permitido hacer esclavos por causa de guerra justa o cualquier otra causa, y ordena castigar con todo rigor el incumplimiento de esta ley.

Abundan las leyes que complementan este principio. Por ejemplo: *'Que sean castigados con todo rigor los Encomenderos, que vendieren sus Indios'*⁶⁴; O esta otra disposición: *'Que los Indios no se presten, ni enagenen por ningun título, ni pongan en las ventas de las haciendas'*⁶⁵.

Queremos poner en relieve aquí la ley por la cual *'se procure castigar a los que de la Villa de San Pablo del Brasil van a cautivar Indios del Paraguay'*⁶⁶.

Entre los años 1580 y 1640, la Corona de los Austrias reinó también sobre el reino de Portugal, y por ende, de Brasil. La Corona portuguesa no había iniciado una reflexión acerca de la humanidad de los indios; por ello, la esclavitud era posible en el Brasil. En cambio, en el reino de España, esta reflexión ya tenía tradición de más de un siglo. Eran frecuentes, por lo tanto, las incursiones de los portugueses en tierras españolas, especialmente en la zona de los guaraníes, para capturar indios para reducirlos a la esclavitud. Muchas veces, los guaraníes se refugiaban en las misiones jesuíticas. La unión de los dos reinos implicaba, en la práctica, la sumisión de Portugal a España, y por ende, la imposición de las leyes españolas en lo que respecta a la esclavitud de los indios.

En 1618 se insiste en la prohibición general de la esclavitud de los indios:

*“Ordenamos que la prohibición general de esclavitud en los Indios, se guarde y cumpla también en las Provincias de Tucumán, Rio de la Plata y Paraguay, con los que fueren aprisionados en Malocas, ó adquiridos en otra cualquier forma”*⁶⁷.

Las prohibiciones acerca de la esclavitud abundaron en el siglo XVII. Ya cerca del final de la dinastía de los Austrias, en la segunda mitad del siglo, se insistía todavía en este sentido. Por ejemplo, esta ley de 1679:

*“Y Nos fuimos servido de mandar al Gobernador de aquellas Provincias, que todos los Indios esclavos se pusiesen en libertad natural, reservando á los poseedores, y compradores dellos su derecho á salvo contra los vendedores, y que los Indios, Indias, y niños prisioneros no se pudiesen vender por esclavos...”*⁶⁸.

64. Ley de Carlos I en Fuensalida, de 1541, ley ij en *op.cit.*, P. 202.

65. Ley de Felipe III en Aranjuez, de 1609, ley xj, en *op.cit.*, P.204.

66. Ley de Felipe III en Madrid, de 1628, ley vj, en *op.cit.*, P. 202.

67. Ley de Felipe III en Madrid, de 1628, ley viij, en *op.cit.*, P. 203.

68. Ley de Carlos II en Madrid, de 1679, ley xvj, en *op.cit.*, P. 206.

Esta insistencia en la prohibición de la esclavitud habla a las claras, tanto de la intención de la Corona española como de la praxis en Indias: la insistencia en la misma disposición está a decir que las disposiciones anteriores en ese sentido no se habían cumplido y que la Corona estaba decidida a hacer de los indios americanos, personas libres,

“...porque es de mucha importancia, que los Indios de aquellas Provincias sean tratados con todo amor, como vasallos nuestros, y no sean oprimidos ni molestados...”⁶⁹.

Con frecuencia, los funcionarios coloniales se permitían acatar la ley, pero sin cumplirla: al momento de recibirla, ante escribano, de rodillas, ponían la ley sobre su cabeza y pronunciaban la fórmula de Se acata pero no se cumple. El escribano tomaba nota y notificaba al rey. Las comunicaciones tardaban varios meses en llegar desde España; el funcionario se tomaba varios días en tomar nota y consultar acerca de la conveniencia de su cumplimiento para mejor conveniencia destes Reynos, algunas semanas en redactar la nota al rey comunicando la inconveniencia de su cumplimiento y su suspensión provisoria; la comunicación al rey tardaba varios meses más en llegar a España. De esta forma, cuando el rey tomaba conocimiento de que sus ordenanzas no se cumplían podía haber pasado un año, y con frecuencia, la circunstancia que había dado origen a la disposición se había olvidado o había cambiado. Se tornaba tediosa la insistencia, ya que incluía un nuevo pedido de informes, que podías tardar a su vez varios meses.

Pero en algunos casos, los reyes insistieron en sus disposiciones. Esto prueba la decidida voluntad de la Corona española en este sentido. Citamos como ejemplo la misma ley de 1679:

“...Y habiendo el Gobernador de Chile suspendido el efecto de esta resolución con varios pretextos, por la buena fe de los poseedores, depositando algunos Indios en ellos, para que los tuviesen con buen tratamiento. Visto en nuestro Consejo, y con Nos consultado, hemos resuelto, que lo referido en esta nuestra ley se guarde, cumpla, y execute precisa, y puntualmente, sin permitir ni dar lugar á que se vaya, ni pase contra lo dispuesto en ella por ninguna causa, y porque en adelante con ningún pretexto, ó motivo de guerra justa, ú otro cualquiera, no puedan quedar por esclavos, ni venderse por tales los que se aprehendieren en guerra, ó fuera de ella, ni los que llaman de servidumbre, ni de la usanza, y todos los que ahora viven en esclavitud, y sus hijos, y descendientes queden en efecto libres de todos tres géneros, de guerra, servidumbre, y usanza: Mandamos que esto se pronuncie por ley general en los Reynos del Perú, y Nueva España...”⁷⁰.

69. Ídem, P. 206.

70. Ídem, P. 206-207.

Una lectura atenta de la ley que antecede pone en evidencia el alcance de la decisión. No quedan dudas acerca de cuál es la intención de la Corona. Al mandar que se pronuncie como ley general en Perú y Nueva España, el rey determinaba que toda la América colonial española era objeto de aplicación de esta ley: en esos tiempos, los virreinos de Perú y Nueva España (México) abarcaban buena parte de los territorios coloniales, y las demás entidades territoriales, como las capitanías Generales, dependían administrativamente de ellos.

Sin embargo, la ley no establece las sanciones a que daba lugar su incumplimiento. Ello dejaba en una posición incómoda a los funcionarios que debían hacerla cumplir. Podía entenderse que quedaban en vigencia sanciones anteriores ante casos similares, pero ello quedaba librado a la interpretación subjetiva, y por lo tanto susceptible de cuestionamientos, o por lo menos, de dilaciones.

Quedaba además, en pie el sistema de encomiendas, que no estaba abolido por esta ley, y ello podía dar lugar a esclavitudes simuladas, como lo había sido a lo largo de toda la colonia, desde los inicios. A ello concurría también la aquiescencia de los funcionarios que debían hacer cumplir la ley, muchos de ellos, encomenderos.

4.4 Acerca de la encomienda

La Recopilación le dedica dos títulos del libro VI del segundo tomo a este tema. El Título ocho se denomina De los Repartimientos, Encomiendas, y Pensiones de Indios, y calidades de los títulos, mientras que el Título nueve lleva por nombre De los Encomenderos de Indios. El primero de éstos trata sobre las instituciones; el segundo tiene como sujeto de los derechos y obligaciones a los beneficiados del sistema: los españoles que tienen a su cargo una encomienda o 'repartimiento'.

Ya desde los primeros años del asentamiento español en América los repartimientos de indios marcaron profundamente las relaciones sociales en la colonia. La costumbre fue siempre delante de la legislación en este sentido. De este modo, las leyes trataban siempre de hacer frente a cuestiones planteadas por esta praxis, y tuvo que legislar sobre cuestiones de hecho. Por ello, y por tocar intereses inmensos y particulares, su cumplimiento encontraba numerosos obstáculos. A ello se debió probablemente, la abundancia de elementos legislativos relativos a este tema.

La primera ley que intenta regular esta praxis data de los primeros tiempos del Derecho Indiano, y sienta las bases para su tratamiento futuro, y data de 1509. Citamos íntegramente su breve texto:

“Luego de que se haya hecho la pacificación, y sean los naturales reducidos a nuestra obediencia, como está ordenado por las leyes, que de esto tratan, el Adelantado, Gobernador, ó Pacificador, en quien esta facultad resida, reparta los Indios entre los pobladores, para que cada uno se encargue de los que fueren de su repartimiento, y que los defienda, y ampare, proveyendo Ministro, que les enseñe la Doctrina Christiana, y administre los Sacramentos, guardando nuestro Patronazgo, y enseñe á vivir en policía, haciendo lo demás, que están obligados los Encomenderos en sus repartimientos, según se dispone en las leyes de este libro”⁷¹.

Sin duda, Fernando el Católico no podía entrever el alcance de aquello a que darían lugar estas primeras disposiciones. El encomendar indios al cuidado de personas que venían a América a hacer fortuna rápidamente, con una larga experiencia medieval de feudalismo combativo, y con más sueños de grandeza y aventura que ansias de fundar establecimientos humanos estables basados en el trabajo y la convivencia mutua, daría lugar a abusos de todo tipo. Esa primera ley de 1509, reafirmada en 1580, obligaría a numerosas disposiciones posteriores que tratarían de eliminar estos abusos. Veamos sólo algunos de ellos.

Una ley de 1538 trata de evitar que los indios sean trasladados a lugares lejanos de donde residen:

“Mandamos que los Indios, que se pacificaren, sean encomendados a pobladores de la comarca, donde residieren los Indios”⁷².

Los españoles, en su afán de enriquecimiento rápido, con frecuencia trasladaban a los indios a lugares en donde se presumía la existencia de metales preciosos. Ello provocaba, además de la desintegración familiar y comunitaria, el despoblamiento de regiones enteras. Esta ley quería ir al encuentro de esa situación.

Las leyes trataron de regular los repartimientos con una serie de prohibiciones, que fueron atenuando la dureza del sistema. Por ejemplo, las leyes que no se repartan indios entre los funcionarios públicos o religiosos⁷³ ni entre extranjeros,⁷⁴ así como entre ausentes⁷⁵. Asimismo, una serie de medidas complementarias tenían el mismo objetivo, como las disposiciones que indicaban que *“los Indios que se pacificaren sean encomendados a vecinos*

71. Ley de Fernando V el Católico en Valladolid, de 1509; y de Felipe II en Guadalupe, de 1580, ley j, en *op.cit.*, P. 249.

72. Ley de Carlos I en Valladolid, de 1538, ley iij, en *op.cit.*, P. 250.

73. Leyes de Carlos I de 1530, 1532 y 1542 en Barcelona; de Felipe II de 1563, ley xij, en *op.cit.*, P. 151.

74. Ley de Carlos I en Valladolid de 1549 y de Felipe II de 1591, ley xiiij, en *op.cit.*, P. 253.

75. Ib.

*comarcanos*⁷⁶, o las numerosas disposiciones referidas a “*Que no se puedan encomendar Indios por donacion, venta, renunciacion, traspaso, permuta, ni otro título prohibido*”⁷⁷, o las que determinaban “*Que no se puedan alquilar ni dar los Indios en prendas*”⁷⁸, dar dos encomiendas a una persona⁷⁹ ni dividir las encomiendas⁸⁰.

Este gran número de leyes tratan de optimizar el funcionamiento del sistema. Sin embargo, llama la atención aquí una ley de 1618, que tendía a la disminuir el número de indios de cada encomienda⁸¹; y otra de 1596 que supeditaba la encomienda a la posibilidad de llevar el cristianismo a los indios encomendados. Su texto dice:

*“Los Vireyes, y Gobernadores tengan cuidado de que en los repartimientos de Indios, que dieren, y formaren, haya para la Doctrina, y sustento de los Encomenderos y procuren, reduciéndolos a poblaciones, que tengan suficiente Doctrina : y porque esto es lo mas principal, y a que han de acudir con mayor cuidado, y atencion por tocar le bien de las almas, y Cristiandad de los Indios, y lo que Nos deseamos, y conviene, que prefiera a todo lo demas, estarán advertidos, de que si vacaren encomiendas pequeñas, y cómodamente se pudieren juntar, las junten, y agreguen para que se ponga en execucion lo susodicho, y quando los frutos, y rentas de la encomienda no bastaren para la Doctrina, y Encomendero, prefiera la Doctrina, aunque el Encomendero quede sin renta”*⁸².

5.- La aplicación del derecho y el lugar del indio

El concepto que los españoles residentes en América tenían de la encomienda era distinto de lo que indicaban las leyes. Para estos españoles la encomienda estaba destinada al sustento del encomendero, y los indios encomendados debían proveer a ello. Así se puede entrever a partir de la lectura del informe del primer obispo de Guatemala, Licenciado Francisco Marroquín, en 1532⁸³, en los primeros años de la conquista y de la colonización. En la descripción

76. Ley de Carlos I en Valladolid de 1538, ley iij, en *op.cit.*, P. 249-50.

77. Leyes de Carlos I en Madrid, de 1540 y en Barcelona de 1545; de Felipe II en Valladolid de 1559, en Segovia de 1566, en Madrid de 1570 y 1574, y en Lisboa de 1582; de Felipe III en Madrid de 1618; de Felipe IV en Aranjuez de 1628, y de Carlos II, sin fecha, ley xvj, en *op.cit.*, P. 253-54.

78. Ley de Carlos I en Fuensalida de 1541 y de Felipe II en Sevilla de 1590, ley xvij, en *op.cit.*, P. 254.

79. Ley de Felipe III de 1616, ley xx en *op.cit.*, P. 255

80. Íb.

81. Ley de Felipe III de 1618, ley xxij, en *op.cit.*, P. 256.

82. Ley de Felipe II en Toledo de 1596, ley xxiiij, en *op.cit.*, P. 256.

83. La *Relación Marroquín* es el informe de su diócesis que mandó en 1532 el primer obispo de Guatemala a Carlos I. Presenta referencias bastante precisas para la época. Hay una copia en el Archivo General de Centroamérica, Guatemala; el original está en el Archivo de Indias, en Sevilla.

de su provincia, el obispo hace un recuento de las encomiendas que se encuentran. En referencia al encomendero que denomina 'Gavriel', con encomienda en Vyxaca, actualmente Belén Güijat, dice⁸⁴

*“...tiene muy pocos yndios que lo sustentan miserablemente”.*⁸⁴

Y refiriéndose al encomendero Juanes de Fuenterrabia, con encomiendas en Teaqueastepeque, actualmente Taxisptepeque, y Tecomaclán, actualmente Tecomatán, dice que el tributo que los indios le llevan es de:

*“algunas gallinas e labranzas, que le hazen asy de mayz como de algund algodón y que con los dichos yndios coge oro en las minas bastejiendo a los esclavos que lo casan.”*⁸⁵

En el siglo XVI, probablemente la primera intención de los colonizadores era la de incorporar a los naturales al nuevo sistema. El indio era visto como un sujeto destinado a formar parte del sistema. En este intento, la diversidad de lenguas y de manifestaciones religiosas representaba un obstáculo, sin duda.

En su carta dirigida a Carlos I por el Licenciado Don Diego García de Palacio, oidor de la audiencia de Guatemala en 1576, se lee que en la provincia:

“hay y hablan los naturales diferentes lenguas, que parece que fue el artificio más mañoso que el demonio tuvo en todas estas partes para plantar discordia.”

Probablemente este intento lograba sus fines, porque el mismo García de Palacio afirma en su misma relación que:

*“los indios Pipiles deste distrito tenían gran devoción y venían a ofrecer sus dones é hacer sacrificios; y lo mesmo hacían los Chontales é otros indios comarcanos de diferentes lenguas”*⁸⁶

Sin duda, la asimilación religiosa iba por delante de la asimilación cultural, aún cuando los indios conservaron en muchos lugares sus tradiciones religiosas en una especie de sincretismo religioso sumamente particular. Veamos estas palabras de Fray Alonso Ponce, de 1586:

“Estos indios mejicanos pipiles de quien se ha tratado, es gente muy devota de nuestros frailes y de las cosas de la iglesia, son dóciles, domésticos y serviciales y llegan desde el Pueblo de los Esclavos hasta

84. Citado por López-Lago, Luis y Benítez, David, Los pipiles en Metapán y su zona de influencia a través de las fuentes coloniales, cuaderno n° 2, Colección Historia, Facultad de Arte y Cultura, Universidad Tecnológica, San Salvador, pág. 13.

85. Ídem, pág. 10-12.

86. Anales n° 52, García de Palacio, *Carta dirigida al Rey de España por el Lic. Don Diego García de Palacio, oydor de la Real Audiencia de Guatemala*, Ed. CONCULTURA, Dirección de Patrimonio Nacional, San Salvador, 1996.

*el Río Lempa, hablan la lengua mejicana corrupta, pero entiéndenla muy bien.*⁸⁷

Evidentemente, la incorporación al sistema no fue fácil, y aún en los siglos XVII y XVIII, e incluso en el siglo XIX, los levantamientos indígenas fueron frecuentes. En el territorio de lo que después fue El Salvador, las rebeliones indígenas fueron numerosas, como éstas a las que se refieren estos dichos de Francisco Antonio Fuentes y Guzmán un siglo más tarde, en 1690:

*“Había antes de ahora sido sojuzgado este gran territorio de Chiquimula de la Sierra, a la perseverancia de don Pedro de Alvarado, que invitó a ella a los capitanes Juan Pérez Dardón, Sancho de Barona, y Bartolomé Becerra, que a la tolerancia de inmensos y superiores trabajos allanaron y rindieron a la obediencia real los ánimos belicosos de aquellos indios. Mas ahora movidos de el ejemplar rebelde de otros muchos pueblos infieles, gozando de la ocasión de las revueltas, ó inquietudes que motivaron los pensamientos infelices de Francisco de Orduña, volvieron a levantar la cerviz...”*⁸⁸

Con frecuencia, los indios colaboraron con este esfuerzo de incorporación al sistema colonial. Son conocidos los aportes que ya desde los primeros años de la conquista prestaron los indígenas tlaxcaltecas en las primeras campañas de Hernán Cortez en México. En el territorio centroamericano, los ejércitos españoles venían acompañados de 'indios amigos' de Tlaxcala, Cholula y México. En este aspecto, la contribución de los indígenas a la consolidación del sistema y la posterior incorporación al mismo ha sido notable. Las leyendas acerca del 'malinchismo' son frecuentes en las culturas de los pueblos latinoamericanos, especialmente allí donde quedó un fuerte componente indígena.⁸⁹

Son conocidos los malos tratos que sufrieron los indios en este sistema. Ya desde principios del siglo XVI comenzó a cobrar forma la conciencia de estos malos tratos, los que, conocidos en Europa, dieron ocasión a la formación de la 'leyenda negra': España habría llegado a América sólo para apoderarse de las riquezas de los indios, y lo había hecho a costa de verdaderas matanzas y crímenes sin legitimación alguna.

Sin duda, los malos tratos abundaron, y de ello hay pruebas suficientes y conocidas. Baste mencionar aquí la insistencia a lo largo de los tres siglos

87. Anales nº 52, Fray Alonso Ponce, *Relación breve y verdadera de algunas cosas de las muchas que sucedieron al padre fray Alonso Ponce en las Provincias de Nueva España, siendo comisario general de aquellas partes*. Ed. CONCULTURA, Dirección de Patrimonio Nacional, San Salvador, 1996.

88. Fuentes y Guzmán, Francisco Antonio, *Recordación Florida. Discurso historial y demostración natural, militar y política*, en revista de la Sociedad de Geografía e Historia de Guatemala, Guatemala, 1932.

89. Ver Álvaro Varga Llosa, *La mestiza de Pizarro. Una princesa entre dos mundos*, Ed. Aguilar, Madrid, 2003.

de colona, por parte de la legislación española, en el buen trato que debe dársele a los indios; o el asesinato a golpes del obispo de León, en Nicaragua, a manos de miembros del partido de los encomenderos liderados por la familia Contreras, en 1555;⁹⁰ o el levantamiento armado de Gonzalo Pizarro en el Perú ante el intento del Visitador Pedro de La Gasca, mandado por el rey para hacer cumplir las leyes que ordenaban la extinción de las encomiendas.

Pero sin duda hubo también 'buenos tratos', y ya desde los primeros tiempos. Para ello, baste considerar aquí el largo testamento del encomendero español Juan de Ortega, residente en Santa Fe de Bogotá en 1583. Una de sus cláusulas dice:

“Item: por quanto el dicho Juan de Ortega, mi tío difunto tuvo por encomienda los indios de Zipaquirá, Gotaque, Sabtiva, Tenamequira, de nación Mosca, a quienes siempre trató muy bien y los relevó de muchos servicios y trabajos como es notorio en este reino... (...) mando que de sus bienes se den 500 camisetas hechas de manta de algodón a los indios moscas que fueron de su encomienda de Zipaquirá, Gotaque, Soativa y Tenamaquira, que se entienda haberse de repartir las dichas 500 camisetas entre los indios más pobres de los pueblos de la dicha encomienda, las cuales dichas camisetas yo me ofrezco, siendo Dios servido, de se las dar y repartir dentro de un año primero siguiente contándose de la data de este testamento”⁹¹.

Como puede verse aquí, el encomendero español Juan de Ortega, habiendo heredado de su tío Juan de Ortega la encomienda, lega a sus indios, a quienes su tío *'siempre trató muy bien'*, cuanto se detalla. Quiero resaltar que el reparto de las camisetas debía realizarse *'entre los indios más pobres de los pueblos de la dicha encomienda'*.

Pero además lega a *“Andrés,...indio de nación Panche, un pedazo de tierra hasta en cantidad de dos cuadras... en la parte que siempre ha sembrado”*, a lo que añade una yunta de bueyes y dos reses de arar. Lo mismo hace con otros dos indios, Juan y Diego, de nación Mosca, otorgándole a cada uno pedazos de tierra. Se hace alusión siempre a los servicios prestados por estos indios en el ámbito de la encomienda⁹².

6. Conclusión

Este breve recorrido por el Derecho Indiano en los siglos XVI y XVII presenta un panorama de los intentos por definir el lugar de los indios en el sistema

90. El obispo Antonio de Valdivieso había llegado en 1552 a León con el encargo del rey Carlos I de hacer cumplir las Leyes Nuevas de 1542, las que se prohibía la encomienda.

91. Mantilla R., Luis C., O.F.M., *La vida social de Santafé de Bogotá a través de un testamento de 1583*, en Boletín de Historia y Antigüedades, Órgano de la Academia Colombiana de la Historia N° 815, P. 923-924.

92. Ídem, P. 920-921.

colonial español. Se alternaron así elementos que ponían en relieve la humanidad de los indios -como las disposiciones que recomendaban el buen trato, y que en general otorgaban a los indios una situación de privilegios tendientes a disminuir su situación de inferioridad social-, con elementos que tendían a optimizar el sistema como única justificación posible de la presencia española en Indias.

Entre los primeros, las recomendaciones de Fray Bartolomé de Las Casas apuntaban incluso a la supresión de la encomienda. Con todo, a pesar de las recomendaciones de gran envergadura jurídica y moral, como las mencionadas en el apartado sobre el Octavo remedio, el Derecho Indiano nunca suprimió en forma decidida la encomienda, fue porque los intereses en juego superaban las consideraciones acerca de la humanidad de los indios americanos.

Siempre el intento estuvo centrado en la optimización del sistema, más que en la humanización de la condición de los indios. Los vaivenes del Derecho Indiano en torno a la cuestión de la encomienda revelan, por un lado, la decisión de la Corona española en cuanto al buen trato que debía dársele a los indios; por el otro, la inoperancia del sistema administrativo colonial, incapaz de llevar a cumplimiento las leyes. Probablemente por esto la Corona nunca mantuvo la decisión de suspender el sistema: éste era el soporte del sistema colonial y lo que sostenía la presencia española en Indias. Suspender el sistema de encomiendas implicaba poner en cuestión el mismo sistema colonial.

Bibliografía

- 1- MAYORGA GARCÍA, F., en Boletín de Historia y Antigüedades, Academia Colombiana de Historia, N° 818.
- 2- GRENNI, H., *Las 'Leyes de Indias': un intento, por considerar a los indios como persona con derechos*, revista Teoría y Praxis 4, Universidad Don Bosco, junio de 2004.
- 3- HANKE, L., *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Ed. Hispanidad, 1949.
- 4- HÉCTOR GRENNI, *La controversia sobre los derechos en las Leyes de Indias: el debate entre Las Casas y Sepúlveda (1549-51)*, en Teoría y Praxis 5, Universidad Don Bosco, San Salvador, 2005.
- 5- CÉSPEDES DEL CASTILLO, F., en *La ideología de la colonización*, Ed. Biblioteca de Autores Españoles (BAE) volumen 110, Madrid, 1993.

- 6- ROIG, A., (recopilador), *El pensamiento social y político iberoamericano del siglo XIX*, Ed. Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid, 2000.
- 7- OLAECHEA LABAYEN, J. B., *El mestizaje como gesta*, reproducido en versión electrónica por Fundación MAPFRE América, Ed. MAPFRE, Madrid, 1992.
- 8- DE LA TORRE RANGEL, JESÚS ANTONIO, *El Derecho en la colonia: LAS CASAS Y LAS LEYES NUEVAS*, Revista Vínculo Jurídico 5, México, enero-mayo 1991.
- 9- LASSÈGUE, JUAN BAUTISTA, *La larga marcha de Las Casas*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974.
- 10- HERNÁN CORTÉS, *Cartas de Relación*, Ed. Porrúa, México, 1983.
- 11- MURO OREJÓN, A., *Lecciones de historia del derecho indiano-hispano*, Escuela libre de Derecho Miguel Ángel Porrúa, México.
- 12- GARCÍA, R., *Documentos para la historia de las colonias españolas en América*, Ed. Abril, Buenos Aires, 1984.
- 13- GONZÁLEZ, J.C., *Influencia del derecho español en América*, Edición electrónica MAPFRE Tavera, Madrid 1992.
- 14- GALMÉS, L., *Bartolomé de Las Casas. Defensor de los derechos humanos*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1982.
- 15- PEREÑA, L., *La idea de justicia en la conquista de América*, reproducido por la edición electrónica de la Colección MAPFRE Tavera, Madrid, 1992.