

GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel: *Un mestizaje jurídico. El Derecho indiano de los indígenas (Estudios de Historia del Derecho)*, Madrid, Ed. del Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1995; xiii+375 pp.

En mi opinión, constituye una muy buena noticia la reciente publicación —Madrid, 1995— de la monografía del Profesor Miguel Ángel González de San Segundo, *Un mestizaje jurídico. El Derecho indiano de los indígenas (Estudios de Historia del Derecho)*.

Ello por dos razones. La primera tiene que ver con la oportunidad temática. Los estudios de antropología jurídica vienen tomando una importancia creciente y están dotando a la Historia del Derecho, en ocasiones, de un nuevo sentido y de unas renovadas funciones. En este marco de oportunidad, el estudio del Profesor San Segundo pretende ofrecer, y creo que lo consigue, una idea clara de lo que fue el Derecho indígena dentro del ordenamiento indiano; y ello desde la perspectiva metodológica de analizar la legislación y la doctrina jurídica directamente, haciendo el esfuerzo, tantas veces despreciado, de creer en el Derecho por sí mismo, como una realidad que produce resultados al margen de la política, de la economía y hasta de la Historia.

La segunda de las razones que, pienso, justifican la buena noticia de la publicación de esta monografía, tiene que ver con la circunstancia de que los capítulos de que se compone fueron publicados, en su día, en las mejores revistas dedicadas al Derecho indiano. No obstante esta primera aparición dispersa, todos ellos procedían de un origen común, el de, con palabras del autor, su «algo lejana ya» tesis doctoral. Con este libro se consigue, por lo tanto, devolver a estos estudios su originario carácter integrado y monográfico, hasta ahora dificultado por su difusión en distintas publicaciones periódicas nacionales y extranjeras.

El asunto al que se dedica el trabajo que comentamos es uno y claro: analizar la posible pervivencia de instituciones autóctonas indígenas en el Derecho indiano.

Hemos dicho que se trata de un trabajo que, metodológicamente, es puramente histórico-jurídico, esto es, se plantea sustantivamente sobre los textos legales históricos y, algo menos, sobre su doctrina jurídica. No es un trabajo instrumental, justificativo de realidades actuales, no es una investigación esclava, sino un ejemplo de ejercicio de la Historia del Derecho como disciplina liberada del Derecho vigente, un ejemplo de Historia del Derecho como Historia. En ese sentido, poco o nada tiene que ver con ese tipo de estudios, tan frecuentes hoy día, que pueden llegar a afirmar, por poner un caso, que el Presidencialismo mexicano tiene su origen indudable en el cacicazgo, o que la segregación indígena procede de la tan secular y respetuosa tradición de las Repúblicas de indios.

No podía ser de otra manera, puesto que los estudios del Profesor San Segundo se integran en la mejor tradición de investigación del Derecho indiano de nuestra Universidad.

El proyecto que se ofrece culminado en esta monografía constituía una parte del gran plan de investigación que perfilara en su día don Rafael Altamira y Crevea.

Sobre la «legislación y la costumbre de origen indígena —diría don Rafael Altamira— que vinieron a ser parte del Derecho indiano colonial, todo está por hacer»¹. Esta materia estaba destinada a ser la Parte Séptima de sus *Estudios sobre las fuentes de conocimiento del Derecho indiano*, que nunca llegó a terminar. No es de extrañar, pues, que años más tarde —algunos cuantos—, don Juan Manzano, discípulo de Altamira, sugiriera al Profesor San Segundo este asunto como tema para su tesis doctoral.

Entramado en esta tradición, las posiciones de las que arranca este trabajo han sido, siempre, las de afirmar la profunda importancia de las instituciones indígenas para la correcta comprensión del ordenamiento indiano.

1. Rafael ALTAMIRA, *Manual de investigación de la Historia del Derecho indiano*, México, 1948, p. 120.

La dificultad en la apreciación de esta afirmación tiene que ver, según creo, con la dificultad que, para el historiador del Derecho, presenta la costumbre como fuente. La costumbre no siempre deja huellas y, cuando lo hace, éstas son difíciles de percibir, requieren una sutileza especial en el investigador, una intuición inteligente que escasea. Más aún esto es así cuando el estudioso, como es el caso, se resiste por principio a trabajar con fuentes no jurídicas y rara vez recurre a otros instrumentos como puedan ser la literatura u otras historias especiales —de la economía, Historia social etcétera—.

Pero la costumbre en el Derecho indiano presenta una importancia grande. Y es que, como fuente, no debe interpretarse enfrentada con la ley, sino «coexistiendo con ella»², de forma que se explican, de esta manera, muchas pervivencias autóctonas que, de la lectura mera y poco atenta de la legislación indiana, podrían pasar desapercibidas.

La pervivencia del Derecho indígena tenía, desde luego, su soporte legal. Éste se concretaba en un criterio que servía de límite a la perdurabilidad de las estructuras jurídicas autóctonas: el orden natural y cristiano; un orden que no podía ser transgredido, en ningún caso, por las tradiciones prehispánicas. La aplicación de este criterio supuso, en la práctica, múltiples supuestos de confirmación o de supresión de estructuras jurídicas indígenas, en donde se puede aquilatar —y ello es profundamente interesante—, la capacidad de respeto por «el otro», por una formación cultural distinta, que era posible en la Castilla de la Edad Moderna.

Al fin y por lo tanto, será posible concluir que los Derechos indígenas constituían una de las fuentes integrales del Derecho indiano. No una mera excepción, ni siquiera una realidad tolerada, sino un elemento constitutivo y esencial en un ordenamiento que no podría comprenderse del todo sin una referencia a los Derechos prehispánicos.

Afirmada esta teoría general, el Profesor San Segundo la confirma y la aquilata sobre diferentes supuestos que, a modo de parte especial, sustentan y confirman sus primeros planteamientos. De este modo, distintos capítulos de su monografía se dirigen al estudio de la pervivencia de la organización señorial aborígen, de los servicios personales prehispánicos, de los tributos indígenas, o de elementos autóctonos en la regulación de los pleitos de indios.

De la lectura de estas páginas comprobamos que la organización señorial prehispánica persiste y se integra, en buena parte, en el ordenamiento jurídico indiano. Tras un primer momento en el que la pujanza del régimen de encomienda desmembraba estas organizaciones autóctonas, una evolución en la consideración positiva de la capacidad de los indios para la vida libre dará como resultado una progresiva reconstitución de los antiguos señoríos indígenas, restituyendo sus derechos a caciques injustamente desposeídos, o recomponiendo señoríos dispersos entre varias encomiendas.

El análisis de la pervivencia del régimen señorial indígena constituye un trasunto del problema ético y político fundamental de la hispanidad en América: hasta qué punto la libertad del indio, reconocida desde los primeros momentos, implicaba capacidad para su ejercicio. Ello tenía que ver con el grado de respeto debido a las antiguas formas de vida y repercutía en la fuerza de una institución como la encomienda que, sustentada teóricamente sobre la necesidad de evangelización y materialmente sobre el imperativo de hacer rentable económicamente la vida de la colonia castellana, poseía el poder aniquilador de todo el pasado sobre el que se planteaba.

No obstante, incluso en la época en la que con más intolerancia se implantaba el régimen de la encomienda, la incidencia de la estructura jurídica autóctona en la configuración del orden indiano se dejaba notar y es que, como afirma el Profesor San Segundo, «para establecer y determinar en concreto lo que haya de ser el repartimiento, se utilizan en buena medida las antiguas estructuras y formas de organización prehispánica»³.

2. Alfonso GARCÍA-GALLO, «Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano», en *Estudios de Historia del Derecho indiano*, Madrid, 1972, pp. 104-105.

3. Miguel Ángel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *Un mestizaje jurídico. El Derecho indiano de los indígenas*, p. 146.

Más que interesantes resultan las páginas dedicadas al estudio de la pervivencia de ciertos servicios personales prehispánicos como el de chasquis, de apires o tamemes y de los tambos en el Perú.

La importancia de esta realidad queda demostrada si atendemos a la afirmación del virrey de la Nueva España, Antonio de Mendoza, cuando afirmaba acerca de los servicios personales de indios que «no han sido los españoles los que los inventaron, sino que es cosa tan antigua en esta república que no hay memoria de ello en contrario»⁴.

La Administración indiana hará uso, en numerosas ocasiones, de unas estructuras prehispánicas que, con alguna adaptación, servían a sus intereses, evitando, además, la conmoción que produce la reforma o la imposición de lo nuevo y diferente.

Los grandes imperios indígenas —incas y aztecas— tenían perfectamente organizado un servicio de correo. Los chasquis —denominación peruana del indio que realiza estas funciones—, pasarán a ser en el período español los correos o estafetas servidos por trabajadores aborígenes que realizaban su función a pie.

El mantenimiento de esta organización en el período hispánico será absoluto, resistiendo, incluso, la evidente mejora que hubiera significado sustituir aquellos indios andariegos por españoles a caballo.

Los tamemes de la Nueva España, llamados apires en el Perú, eran los indios de carga. En una América con gran escasez de animales de tiro y difíciles comunicaciones, la existencia prehispánica de estos servicios personales fue aprovechada por la Administración española para solucionar los problemas que planteaba el transporte en el comercio interior. Esta necesidad acuciante implicó que la legislación indiana tuviera que orientarse más a la protección del indio ante presumibles abusos, que a la supresión de unos servicios que, además, quedaban supuestamente justificados por su origen autóctono.

Además, la supervivencia de estos servicios se planteaba, en muchas ocasiones, como meramente temporal, supeditada a la generación de una ganadería de tiro en América y a la necesaria construcción de un correcto sistema de comunicaciones que, en tanto en cuanto nunca se lograba, mantenía en su ímprobo trabajo a los indios cargueros.

Este supuesto de los tamemes o apires constituye un ejemplo, tremendamente sugerente, de la, tantas veces, hipócrita política «protectora» de Castilla sobre los indios de América.

La legislación indiana acerca del tributo indígena es otro buen ejemplo de cómo Castilla sabe aprovechar una regulación prehispánica para, adaptándose a ella, facilitar la obtención de unos nuevos fines políticos. En este caso, el sincretismo jurídico alcanza uno de sus ejemplos más interesantes.

Tras un primer intento de mantener, en su conjunto, la estructura tributaria indígena como cauce de recaudación fiscal de la Monarquía sobre las poblaciones aborígenes, se opta por la solución del sincretismo.

La astucia de toda solución sincrética no suele alegarse como razón del fracaso de la primera postura. El Profesor San Segundo saca a colación los argumentos que se esgrimieron en la época (Diego de Robles, por ejemplo, mantenía que las formas de tributación prehispánicas eran, en cuanto a las cercanas en el tiempo, opresivas e injustas, ya que procedían de los imperios inca o azteca que tenían cruelmente atenazados a muchos pueblos indios; en cuanto a las anteriores, que hubieran sido, en su opinión, las más nobles para ser utilizadas por la Administración española, resultaban difícilmente asequibles al conocimiento, al haber quedado deroga-

4. «Relación sobre el servicio personal de los indios, de Antonio de Mendoza, primer Virrey de la Nueva España (año 1537)», en *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino y muy especialmente del de Indias*, dirigida por PACHECO, J. F.; CÁRDENAS, F. de; TORRES MENDOZA, L. y otros. Madrid 1864-1884, XLI, p. 158.

das hacía mucho tiempo), pero no creo que debamos dejarnos engañar por ellos. Quizás sea en este punto en el que podría discrepar con el autor, por mor de su decisión metodológica de creer, en todo caso, en el Derecho, en su dicción, considerándolo siempre una causa del suceder y nunca una consecuencia instrumental de otros factores —políticos, económicos, culturales, etc.— que serían, en mi opinión, más esenciales.

En todo caso, a través de la investigación de las tres fases del proceso de recaudación del tributo indígena (tasación, repartimiento y cobro), sabe detectar el autor supervivencias de la antigua organización prehispánica.

Pero, quizás, donde mejor pueda apreciarse la perdurabilidad del Derecho aborígen en el ordenamiento indiano sea en la regulación de los pleitos de indios. La concepción castellana de la justicia, a través de la regulación procesal indiana, reconoce al «otro» como diferente, le conduce a un procedimiento judicial distinto, peculiar, propio, en orden a apreciar su distinción, su «ser al margen».

Los pleitos de indios, en su regulación final determinada en la Recopilación de 1680, serían unos procesos especiales. Se mantendrían los usos y costumbres prehispánicos siempre que no se consideraran injustos. Su carácter sería sumario y se facilitaría al indígena la posibilidad de acumular acciones (agrupar en una única demanda varias quejas), actuar conjuntamente con otros en un mismo proceso —litisconsorcio— y otorgar poderes, caso de que no quisiera o pudiera presentarse ante la Justicia. Los aborígenes tenían, también, un tratamiento privilegiado de costas procesales e, incluso, se detallaban especialidades para el caso de procedimientos seguidos contra caciques o indios principales. Más aún, en los pleitos de alguna entidad, sustanciados por lo mismo ante las Audiencias — y que, por ello, serían un tanto excepcionales entre los indígenas—, se prescribía la intervención de los Fiscales, con la función específica de actuar como favorecedores de los indios y en defensa de las comunidades indígenas.

Una legislación, ésta, muy acorde con la concepción castellana del indio como menor o miserable y que, por lo mismo, exigía de la metrópoli un cuidado extremo en la aplicación de la justicia cuando aquél fuera parte del proceso.

Mención aparte merece el capítulo dedicado a las Ordenanzas sobre caciques e indios principales realizadas por el Dr. Gregorio González de Cuenca, Oidor de la Audiencia de Lima. En ellas, partiendo del reconocimiento del cacicazgo indígena, introducía toda una serie de prescripciones que aseguraban el buen gobierno de la comunidad de indios (obligación del cacique de mantener a los indios en sus poblaciones, de que anduvieran vestidos, de que usaran de sus oficios, de traer barberos, cirujanos y médicos que pudieran garantizar la salud del grupo etc.).

Se observa que constituye éste, de nuevo, un ejemplo de sincretismo jurídico con la misma finalidad constante que presenta siempre esta técnica: afianzar el poder a través de unas herramientas que, en la medida en que aparecían como tradicionales, disfrazaban el nuevo orden hispánico, haciéndolo parecer secular, incontrovertible y evidente. La concepción del indio como un menor necesitado de tutela justificaba, también, un tipo de normativa protectora y humanitaria que, en último término, tenía como consecuencia la anulación de la capacidad de libertad de la población aborígen.

En conjunto, la monografía del Profesor San Segundo, de la que he pretendido hacer un sucinto repaso, ofrece un estudio muy pegado a la legislación histórica —perfectamente histórico-jurídico, en este sentido—, del lugar que ocupara el Derecho aborígen en el Derecho indiano, así como de sus contenidos esenciales. Un trabajo éste, debo insistir, sin ningún afán instrumental, meramente científico y, en este sentido, esta es su mejor virtud, un trabajo libre.