

LA INTRODUCCIÓN DEL DERECHO OCCIDENTAL EN EL TERRITORIO ANDINO CENTRAL

Carlos Rojas Sifuentes

“Las Indias fueron justamente ganadas como son porque el Sumo Pontífice concedió al rey de España estas tierras y le hizo príncipe de ellas, porque el emperador Don Carlos, nuestro Señor, de gloriosa memoria, era señor de todo el mundo por razón del Imperio, y en su tiempo se purgó el vicio (si alguno hubo antes en lo adquirir) porque estos reinos se hallaron desiertos por los españoles; y porque los indios no quisieron recibir la fe aunque fueron requeridos por sus grandes y abominables pecados contra natura, o por razón de la infidelidad y diré solamente o trataré de una causa que, junta con las demás (y aún sola por sí), bastaría para fundar que este Reino del Perú fue justamente ganado y tiene a él su Magestad muy justo título, que es la tiranía de los Ingas”.

“Gobierno del Perú con todas las cosas pertenecientes a él y a su historia” (1567).

Juan de Matienzo.

“...para entender a la letra la manera que se tuvo en la conquista y poblazón de estos reinos y para entender con cuanto daño y perjuicio se hizo de todos los naturales universalmente de esta tierra y como por la mala costumbre de los primeros se ha continuado hasta hoy la gran vejación y destrucción de la tierra, por donde evidentemente parece faltan más de las tres partes de los naturales de la tierra. Y si nuestro señor no trae remedio presto se acabarán los más de los que quedan por manera que lo que aquí trataré más se podrá decir destrucción del Pirú que conquista ni poblazón...”

“Relación de muchas cosas acaecidas en el Perú” (1552). Atribuida a Cristóbal de Molina “El Almagrista” por Carlos Alberto Romero. Escrita por Bartolomé de Segovia según investigaciones de Raúl Porras Barrenechea.

Entre el arribo de Francisco de Pizarro a las costas del Perú y la salida no tan decorosa del virrey Francisco de Toledo, en un período de cincuenta años, se desarrollará en el territorio andino central un proceso violento, cuando no conflictivo, de características muy complejas, cuyas implicancias han recaído sobre todos los aspectos del cosmos andino, extendiéndose hasta nuestros días, más allá incluso de Toledo, más allá de San Martín y Bolívar, y seguramente más allá del tan esperado nuevo milenio. Proceso que se puede analizar desde distintas facetas, y aún todas ellas pueden apreciarse con diferente punto de vista.

Entre otras percepciones, por ejemplo, suele caracterizarse al proceso histórico ocurrido en esta parte del mundo durante la primera mitad del siglo XVI, por el cual hubo un traslado de elementos culturales de occidente al territorio americano, como un fenómeno de transculturación, aunque la antropología moderna prefiera hablar de aculturación, para referirse a las “situaciones que surgen de los contactos culturales que entrañan no la simple adaptación de nuevos elementos a las formas culturales existentes sino la significativa reestructuración de las culturas que sufren tales contactos” (Silva Santisteban, 1986: 202).

Sin embargo, en el análisis de las consecuencias de un proceso marcado por la violencia dominadora de una cultura sobre otra, como el ocurrido durante el siglo XVI en el *territorio andino central*¹, el enfoque a partir de las nociones de transculturación o aculturación resultan datos muy genéricos y, dada la gran complejidad y amplitud de este fenómeno que enfrentó a dos tipos de culturas claramente definidas, resulta necesario realizar un análisis segmentado del mismo, para apreciar mejor sus características y los elementos que nos permitan comprenderlo mejor y percibir así sus proyecciones históricas.

En este análisis, el Derecho, es un elemento fundamental, el instrumento del poder por antonomasia², y un dato invaluable para comprender todo el proceso que introduce de forma violenta y en algunos casos, pacífica, y hasta feliz, la cultura occidental, en un mundo radicalmente distinto y con un gran nivel de adaptación, pero al fin y al cabo, vencido.

La introducción del Derecho occidental en el territorio andino central, no es sólo un fenómeno de recepción o de imposición violenta. Es un proceso de variados matices, que por sus características responde mejor a la categoría *introducción*³; tanto porque cubre el amplio espectro de realidades en que se presentó este fenómeno, cuanto porque tal término expresa mejor el carácter impersonal y más bien institucional con que se manejó la occidentalización jurídica del territorio andino central.

Y en este proceso de introducción del Derecho -que implica la superposición de elementos culturales de occidente sobre elementos culturales nativos del territorio andino central-, debemos tomar en cuenta a los grupos sociales sobre los cuales se produce el fenómeno, con sus peculiaridades históricas, las propiamente jurídicas, y otras intervinientes de manera directa o indirecta.

Por ello es que hablamos de dos Derechos, como expresiones de las dos realidades contrapuestas: el Derecho español (más propiamente el Derecho castellano), como más o menos acabada expresión del Derecho occidental, y el Derecho nativo, identificado con el Derecho inca, pero no únicamente incaico, pues antes de ellos y simultáneamente a éstos hubieron otras etnias en el mundo andino, que subsistieron con sus propias estructuras jurídicas, a las cuales, el pasado común, un mismo territorio y elementos culturales similares, les dieron unidad.

Para una visión tradicional, una visión exenta de valoraciones pro-indigenistas (mas no necesariamente objetiva), o una visión etnocéntrica, el Derecho español es, frente a los derechos nativos o al Derecho inca: “El Derecho” por excelencia, no admitiendo la existencia de un Derecho andino o nativo.

Más allá de esta disquisición, el Derecho español, en particular el castellano, es entre los derechos occidentales, no necesariamente el que conlleva la más acabada y depurada creación, más sí es representativo de un tipo de derecho en tránsito entre el medioevo y el mundo moderno. Su fuente romanista y sus aportes germanos y de otras culturas, así como su vertiente eclesiástica, le han procurado rasgos distintivos, que en la Península sirvieron a la causa de la reconquista, a la afirmación del cristianismo y a la cohesión del territorio hispano y su proyección hacia los territorios de ultramar.

El proceso de formación del Derecho español se presenta como una sucesiva superposición de sistemas jurídicos foráneos (griegos, fenicios, romanos, visigodos, canónicos, y de la recepción romano justiniana o *ius commune*), por sobre las formas consuetudinarias nativas de los primeros momentos. En tal sentido, el hispano, es un prolongado y complejo proceso en el cual, la dominación, el intercambio, la interacción y en general, el conflicto de carácter cultural no han dejado de estar presentes. Todo ello en un territorio y una población con diferencias culturales y geográficas, sobre las cuales tuvo decidida influencia la segmentalización de Occidente en pequeños reinos, principados y señoríos durante el medioevo. Pero a la cual unificaron elementos fundamentales, como el sentido de pertenencia a Occidente (en oposición al oriente “bárbaro” e “infiel”), la religión católica, las alianzas políticas entre los grandes reinos, y el sentido de

unidad que, por encima de las disensiones provincianas, paulatinamente le fue dando a todos los ibéricos, el ser habitantes de la Península y el considerarse el pueblo elegido para llevar el mensaje cristiano al resto del orbe.

Sin embargo, el Derecho español, no surge, desde el primer momento como un Derecho único, desarrollado sobre un territorio y una nación homogénea. La variedad de reinos, principados y señoríos, nos muestra una riqueza de expresiones jurídicas que, avanzados los siglos tendrán personalidad propia y autonomía, las cuales aún hoy se pueden apreciar en el Derecho español. Pero, siendo las fuentes de creación del Derecho en toda la Península, más o menos las mismas, pueden hallarse en las expresiones locales del Derecho español instituciones jurídicas similares, a las que, a partir del siglo XV, y con mayor fuerza durante el siglo XVI, los monarcas se encargarán de darle un carácter general para todo el reino; en el entendimiento que un factor decisivo para lograr la unidad de un Estado lo constituyen la creación y mantenimiento de un sistema jurídico fuerte, que procure la unidad para conseguir un sometimiento más eficaz, pero que a su vez respete a los fueros locales en sus costumbres e instituciones, integrándolos dentro de dicho sistema.

A lo largo del siglo XVI, la coyuntura política de unidad en torno a una corona fortalecida por su actividad exterior, con el gobierno de los Habsburgo (Carlos I, Felipe II y Felipe III), permitirá a España reforzar su institucionalidad jurídica. En este contexto, la necesidad de mantener las posesiones de ultramar, exigirá al Estado español la creación de toda una armazón burocrática y legislativa, para el gobierno y la administración de justicia de los territorios del exterior; entre ellos: el Perú.

Al respecto, Rafael Altamira señala -no sin el subjetivismo de un defensor de lo que se ha llamado “la acción civilizadora de la corona española”- que, entre las aportaciones que ha hecho al mundo la civilización hispana, se encuentra la producción de:

“una ciencia jurídica propia, particularmente durante los siglos XVI y XVII y en las materias siguientes: Derecho público interno; Derecho internacional; filosofía y ética del Derecho. Esas ciencias en las que son nombres culminantes Vitoria, Soto, Márquez, Mariana, Suárez, no sólo se igualó con la de los demás países europeos, sino que la sobrepujo en varios de sus aspectos, presentando ideas y resoluciones originales. Ayudó, así, notablemente, al progreso de los estudios de aquellas disciplinas y a la comprensión de la naturaleza de las

sociedades políticas, con ideas nuevas y reconocidas como tales por los contemporáneos extranjeros”⁴.

El Derecho nativo, fue más bien un Derecho de carácter consuetudinario, en proceso de afirmación hacia uno o más sistemas jurídicos con rasgos comunes. Pero no se trataba de un derecho escrito, se trataba más bien de un derecho de tradición oral, basado en una combinación de elementos colectivistas, con rasgos de gran verticalidad, en el que la religión y la moral, tenían gran protagonismo.

Respecto a la cuestión acerca de, si puede hablarse de Derecho más allá de occidente, y sobre todo en pueblos tradicionalmente considerados “primitivos” como los africanos, los oceánicos o los indígenas de América, en su momento B. Malinowski, Post, Cunow, Hartland, H. Köning, Thurnwald, Trimborn, Basadre, Stavenhagen y otros se han ocupado del tema. Y con relación al Derecho precolombino, se destacan los aportes historiográficos de Jorge Basadre G. y Hermann Trimborn⁵, y valiosos ensayos, como los de Franklin Pease G. Y. y Fernando de Trazegnies Granda⁶, quienes ponen sobre el tapete, con distinto parecer, el tema acerca de la existencia o no de un Derecho prehispánico, específicamente inca.

Si bien, hay al respecto dos posiciones, la de los que piensan que el Derecho es únicamente producto de Occidente y la de los que extienden la concepción de Derecho a todas las formas y mecanismos de regulación social, también encontramos matices, como ocurre con Trimborn⁷, para el caso del Derecho prehispánico.

Lo cierto es que, aún a riesgo de vaciar de contenido a la concepción occidental -como teme Trazegnies-, el término Derecho se ha extendido hoy a muchas formas de regulación social; subsistiendo para estos efectos, de la concepción tradicional de Derecho, además del vocablo (el cual, es cierto se ha tomado prestado de Occidente), algunos elementos básicos de él, que son más o menos comunes a todas las sociedades. Todo ello sin descuidar que, a pesar de las semejanzas culturales que tienen los distintos grupos humanos y de la necesidad de atribuirle a éstos una categoría denominada Derecho (o como se desee llamar), su nivel de organización y sus peculiaridades determinarán que tengamos que referirnos a derechos más o menos desarrollados, o a derechos más o menos complejos. A derechos primitivos o derechos más elaborados. Sin dejar de lado que no es finalmente la complejidad de las instituciones o la abundancia de normas lo que hace que un Derecho sea mejor o superior a otro, sino la manera como éste se encuentra articulado, dentro de la sociedad sobre la cual rige, con las otras

manifestaciones culturales; y si finalmente, cumple sus fines o no de contribuir al orden, al control social o manejo del poder y a la justicia, según como el pueblo la entienda en su momento.

Respecto a las posiciones enfrentadas que afirman la existencia o inexistencia de un Derecho prehispánico, consideramos que las dos formas de abordar el tema son, además de extremas y desde todo punto de vista controvertibles, un obstáculo para lograr un acercamiento al mundo andino prehispánico. Aunque sólo sea para tener una ligera idea de cómo realmente fue ese mundo, pues es también cierto que en muchos casos se carece de fuentes para lograr ese conocimiento.

Consideramos, como señala Franklin Pease, que en esa inadecuada percepción del Derecho interviene un enfoque contaminado de un excesivo romanismo y una visión anacrónica que proyecta nociones modernas al pasado, limitando esta categoría cultural a un mundo occidental que ciertamente no contiene a toda la humanidad, sino sólo a una parte de ella⁸.

Los estudios antropológicos y etnográficos, nos han demostrado que no existe sociedad sin Derecho (y los politólogos, que no existe Derecho sin Estado), pues la organización del grupo requiere de éste para subsistir. En ese contexto, tenemos al *Derecho*, como característica esencial de toda sociedad organizada, y los derechos, como expresiones singulares de tal característica primordial, con diferentes formas y contenidos, de acuerdo a su propio desarrollo histórico⁹.

Así pues, el concepto de Derecho -en su visión extensiva- no es limitativo a una determinada experiencia histórica o a una elaboración conceptual producida al interior de una cultura en particular. Existirá Derecho mientras pueda verificarse la existencia de normas jurídicas, de una autoridad o un colectivo organizado (no necesariamente un Estado) que las produzca y las difunda (o las imponga), y de las sanciones en caso de su incumplimiento.

En el caso prehispánico y en particular en el caso inca, si bien se puede observar la presencia de normas jurídicas, éstas aún se encuentran entremezcladas con elementos de carácter consuetudinario, religioso y moral, aunque es posible, sobre todo en la etnia inca, hallar elementos visibles de distinción entre costumbre y normas jurídicas, entre derecho y moral (aunque como lo manifiesta Bentham, la moral contiene al Derecho).

También puede verificarse en el Derecho inca una mayor definición y cohesión del Estado como institución distinta a la sociedad, que además de ejercer control

social, produce normas, las difunde y sanciona. Ello sin desmedro de lo que ocurre a menor escala en cada uno de los grupos sociales bajo su control.

Otro elemento que caracteriza al Derecho prehispánico, es un predominio de la reciprocidad no sólo en el aspecto económico, sino además en el jurídico y una marcada ritualidad en las relaciones, entre las que cuentan mucho las manifestaciones mágico-religiosas.

En conclusión, en el territorio andino central, desde las primeras manifestaciones de organización social, formas jurídicas de carácter consuetudinario (Stavenhagen, 1990), crearon un Derecho, que por ser ordenador de la vida social, contener normas jurídicas e instituciones para la administración de justicia, no es tan distinto como cualquier otro sistema jurídico cuya finalidad es sostener formas de control social y manejo de los recursos humanos y económicos; Estados o gobiernos de característica estadual, en los que la presencia del Derecho, con las variaciones propias de su experiencia particular y diferente terminología, no es un asunto accidental o incidental, sino es más bien una necesidad (desde donde se lo vea); siendo el Derecho un fenómeno universal, como lo es la lengua, la religión o la guerra y el conflicto, respecto a los cuales, precisamente el Derecho es y ha sido una alternativa. Por ello es que consideramos que se puede hablar de un Derecho andino prehispánico, que ha contenido características e instituciones comunes, relacionadas con la moral y la religión, y que, al igual que los sistemas jurídicos europeos, ha presentado variantes territoriales que, en lugar de crear divisiones, contribuyeron a darle fuerza a un proceso como el andino central, en el que hubo una superposición de culturas y un crecimiento en todo orden de cosas, que se debió al aprendizaje de las experiencias anteriores.

Un aspecto adicional y creemos, no suficientemente estudiado es que se puede verificar la existencia de un Derecho andino antes y después de la conquista. Y a pesar de la destrucción a que se sometió a la cultura indígena, han llegado hasta nuestros días, aunque debilitadas y contaminadas de formas occidentales, expresiones jurídicas del mundo andino prehispánico, fundamentalmente en temas como el manejo de la tierra o la familia (como es el caso de la comunidad andina y el *servinacuy*).

Así pues, es nuestra convicción que existió un Derecho andino pre-prehispánico; no un pre-derecho, ni un sistema de control social; un Derecho, con todos los elementos constitutivos de un sistema jurídico básico, al igual que el primitivo Derecho de la península ibérica, el Derecho visigodo o el Derecho medieval.

Sistema jurídico engarzado por la costumbre, que de la boca de su gente y en sus tratos recíprocos viajaba a lo largo de esa vertiente medular que unifica al continente en su parte occidental: los Andes, y que abruptamente fue quebrada por una visión y acción distinta del orden y la interrelación social, la invasión occidental llegó a estas tierras con el siglo XVI y “*so color de conquista*”, se quedó.

Hay una imagen que grafica el espíritu de la conquista, “Santiago matamoros”, transformado por obra del ingenio castellano en “Santiago mataindios”, yergue su espada montado sobre su caballo blanco, arrojando a sus pies a los indios que rendidos se muestran en actitud suplicante o en algunos casos muertos o heridos y mutilados, mientras los hispanos más allá se regocijan por la ayuda divina, observando la escena con veneración, pero por si acaso para el indio que escapa tienen a los caballos, los arcabuces y los perros “come indios” que destrozan la carne, cuando no matan de terror a los pobres naturales que apenas tienen primitivas armas para defenderse. Y a un costado el clérigo, bendiciendo la acción conquistadora, en la cual también se extiende el largo brazo de hierro de la Iglesia católica que, a semejanza de Jesucristo, hace uso de una violencia “legítima”, justificada y autorizada por el mismísimo Papa, quien es el virrey de la corte celestial en la tierra y quien, por cierto, también tendrá parte en el botín de guerra, dizque para seguir manteniendo la acción evangelizadora del clero. Pero la conquista, como sabemos, no fue una obra fácil y no tuvo la misma acogida en todos los hispanos y en otros pueblos occidentales.

En el ámbito jurídico, el territorio andino central, por lo menos hasta la creación de la República peruana, presenta tres momentos identificables:

- 1) Un primer momento de absoluta autonomía del Derecho autóctono;
- 2) Un segundo momento de introducción inicial del Derecho occidental, en los primeros cincuenta años de la llamada “conquista», en el cual hay aún, entre la población nativa, un predominio de su Derecho autóctono; y
- 3) Un tercer período de imposición exclusiva y excluyente del Derecho occidental, respecto a otras formas de ordenación jurídica. Período que, consideramos, tiene su génesis en el gobierno del virrey Francisco de Toledo y se remonta hasta la Independencia (aunque bien podría decirse que sólo en el aspecto formal, pues en lo sustancial, aún no se puede hablar de un solo Derecho y de una misma percepción de lo jurídico en el Perú, debido a que, culturalmente la imposición de Occidente sobre el territorio andino central, nunca llegó a ser absoluta, de ahí la subsistencia de matices y contradicciones de fondo).

La llegada de los europeos a tierras americanas no constituye un hecho puramente incidental o fortuito; si bien ha tenido para el común de la gente ese cariz de don celestial, se trata simplemente de la consecuencia inevitable de un proceso ocurrido en el subcontinente europeo, que se manifestó debido a las sucesivas crisis económicas, las epidemias, la explotación, las hambrunas, la ruda competencia y la imposibilidad de mecanismos de ascenso social, que obligaron a la población a buscar escapes a esa “olla de presión” a punto de estallar en que se había convertido Europa al final del siglo XV. Migración que se presentó como una importante alternativa, y que, si bien no representó un movimiento excesivo de población, sí trajo riquezas, variedad alimenticia¹⁰, poder sobre nuevos hombres y nuevas tierras y la posibilidad del ascenso social, con lo cual vino no sólo un cambio en el mapa mundial y en las mentalidades occidentales, sino además un renovado orgullo para el europeo, y especialmente para el español.

Castilla, por razones de carácter político y económico (y hasta por razones de orden histórico y geográfico) fue el reino que dio mayor impulso a la unificación de las regiones de la Península ibérica (con excepción de Portugal) dando origen a la España moderna¹¹; y fue, por tanto, el principal contribuyente, tanto en población migrante, como en elementos culturales, a la conquista de los territorios americanos. En particular, fue la región de Andalucía, ubicada al sur de España, la que proporcionó la mayor contribución a la occidentalización de las Indias pues entre la tercera parte y la mitad de los españoles que pasaron a América en el siglo XVI fueron andaluces, muchos de ellos de Sevilla y su reino, de modo que en la configuración que tomaba el Nuevo Mundo, tuvieron un peso muy grande las estructuras sociales, económicas e institucionales, las formas de vida, las costumbres y los valores de la sociedad andaluza, tal como se habían ido elaborando en los últimos siglos medievales¹².

Y con el hombre llegan sus costumbres, sus creencias, sus rituales, sus deseos y ambiciones, la expresión de sus sentimientos, sus conocimientos, su ciencia y supersticiones. en suma, su cultura y por ende su organización social.

Así llegan normas, instituciones jurídicas y todos los aspectos vinculados al Derecho de Occidente, en particular los de España, en especial: los del reino de Castilla.

Entre 1492 y la dación de las “Leyes Nuevas” en 1542, a lo largo de medio siglo de “descubrimientos”, “invasiones”, “población” y “conquistas”, se desarrollará un intenso proceso de introducción de elementos culturales del Viejo al Nuevo Mundo. Esta etapa incipiente no conocerá una dirección que uniformice ni canalice la

proyección de tales elementos, ni habrá en los individuos venidos de afuera plena conciencia de la necesidad de hacer algo más que imponer sus propias costumbres, creencias y su derecho, sin tomar en cuenta las peculiaridades del lugar y su gente y las nuevas condiciones de vida. Por eso es que a esta etapa podemos calificar como inicial o formativa de la institucionalización del dominio español sobre tierras americanas, y formativa e inicial además, de lo que más adelante habrá de constituirse en lo que hoy conocemos por Derecho indiano, un Derecho creado especialmente para las Indias o en las Indias, pero basado en el Derecho castellano¹³.

Sin embargo, para comprender -en el ámbito jurídico- esta etapa compleja y confusa, una etapa de rupturas y de tránsito, se requiere algo más que un conocimiento del Derecho imperante en la Península por tales años. Para obtener una cabal comprensión del Derecho indiano deben tomarse en cuenta a las instituciones indígenas y sus características centrales, pues ellas constituyen un elemento clave en el tema.

Pero, qué es lo indiano y por qué hablamos de Derecho indiano, Alfonso García Gallo lo expresa de manera simple y didáctica al señalar que:

“El adjetivo indiano delimita y caracteriza el Derecho que se estudia como el propio de las Indias, nombre con que en la Edad Moderna se designó a los territorios de América y Oceanía; tiene pues un sentido de vigencia territorial, idéntico al que se da a español, francés o chileno cuando nos referimos a un sistema jurídico. En el uso como indiano se ha calificado sólo al Derecho de las indias españolas y no al de las otras partes de aquellas en que se establecieron otros países europeos. Puesto que la acción de España se ejerció bajo unos mismos órganos de gobierno y en general conforme a una misma política en las Indias, tanto occidentales como orientales, Derecho indiano es el que rige no sólo en América sino también en Filipinas y las otras islas oceánicas”¹⁴.

Sin embargo y a pesar que los contemporáneos al régimen que sostuvo las leyes de Indias y los mismos estudiosos de las mismas, en su mayoría han planteado que sólo se reconociera como indiano al Derecho dictado por España para el Nuevo Mundo, el Derecho indiano fue algo más que eso, abarcando una gama variada de orígenes y aplicaciones; este Derecho tiene esa marca que en el ámbito étnico-cultural denominamos mestizaje y que lo hace imposible de encasillar porque como tantas cosas en América, hubo un poco de todo: de trasplante del viejo al “nuevo mundo”, de creación hispana exclusiva para América, de creación de

hispanos en América, de origen nativo, de origen mestizo e incluso, aquello que aportaron las etnias trasladadas a estas tierras. El mismo Alfonso García Gallo lo hace notar cuando nos dice que,

“si como Derecho indiano se considera el vigente en las Indias occidentales y orientales, es claro que dentro de él hay que incluir no sólo el Derecho castellano trasplantado al Nuevo mundo o el establecido por España especialmente para él, sino también cualquier otro que haya tenido vigencia en aquellas partes; es decir tanto el Derecho de los indios o poblaciones autoctonas como, en su caso, de los grupos alienígenas allí establecidos (v. gr., los negros) que conserven sus costumbres entre ellos. Indiano, sin embargo, no se ha sólido entender así”¹⁵.

Por otro lado, el término Derecho Indiano encubre una realidad que, con o sin intención, el historiador y en particular el historiador del Derecho ha soslayado; y es que más allá de discusiones semánticas o de carácter puramente jurídico, el Derecho indiano fue en mayor medida un instrumento que dio a los conquistadores y posteriormente, a los funcionarios coloniales, los mecanismos para un efectivo dominio y explotación de nativos del Nuevo Mundo y de sus tierras. Y aunque también hiciera posible que la vida del español en América se pareciera a la que vivían sus connacionales en Europa y que se fundaran ciudades, cabildos, universidades, audiencias, juzgados y toda la institucionalidad occidental transplantada; también hizo posible que se separasen dos mundos, el de los indígenas y el de los españoles, y se implantasen formas de vida en permanente conflicto, cuyas consecuencias, hoy, más de cinco siglos de iniciada aquella “aventura”, aún sufrimos, pero, a pesar de todo no podemos negar, y si algo nos corresponde realizar es investigar, estudiar, analizar, para no seguir soslayando lo que un arcaísmo o un eufemismo oculta, pero además, para no caer en anacronismos tratando de ver el pasado con ojos del presente, pues después de todo el Derecho Indiano corresponde a su época y es en ella que debemos intentar su conocimiento, y es a partir de esta premisa que abordamos su origen, sus fuentes históricas, sus instituciones y sus fuentes de producción¹⁶.

Así pues, a medida que la Corona española tomó conciencia de la magnitud de los dominios recién adquiridos por la fuerza, esta nueva situación hizo que se plantee la necesidad de crear una estructura administrativa y jurídica ajustada a las nuevas condiciones, pero ante todo, manejada desde el Estado, por las posibilidades políticas, espirituales, pero principalmente económicas, que tal empresa supondría. De la introducción del Derecho español, específicamente castellano, con supremacía

de elementos occidentales y con algunos elementos nativos, surgió el Derecho indiano: un conjunto de normas jurídicas y disposiciones gubernativas dictadas por los reyes y por las autoridades subordinadas a estos, que regularon todas las actividades en torno a las Indias; creando a ese respecto, un régimen jurídico especial cuyos orígenes debemos buscarlos en la capitulación de Santa Fe y en las bulas papales de Alejandro VI, dadas como prerrogativas para los Reyes Católicos, y cuya extinción se produce con la desaparición del dominio monárquico sobre los territorios indianos, pero cuya proyección alcanza, para nuestro interés, incluso hasta bien entrados los años de autonomía de las nacientes repúblicas americanas, durante la primera mitad del siglo XIX. Es precisamente una de las peculiaridades del Derecho indiano, el ser uno de los pocos sistemas jurídicos que puede ser estudiado en detalle, desde su origen, hasta su fin, contándose para ello con un gran acervo documental que sirve como fuente para su análisis.

De este modo, el Derecho indiano, de manera incipiente aún, llega al Perú con los primeros conquistadores, en su faceta justificatoria y promotora de la cruenta acción guerrera con que se inició el proceso de dominación española. Y a partir de los requerimientos, los repartimientos y las fundaciones de ciudades; a partir de los contratos y capitulaciones se irá dando forma al Derecho indiano en su etapa formativa.

En la aplicación del Derecho indiano sobre los territorios americanos, dos principios divergentes, el de la territorialidad del Derecho, por el cual se imponía éste en todo el territorio del reino o del imperio; y el de la personalidad del Derecho, que limitaba la aplicación de éste a un determinado grupo, en razón de su nacionalidad o credo religioso, se complementaron. En tal sentido, se aplica el principio de territorialidad, en razón que se considera a las provincias americanas como parte del reino de Castilla (aunque se les llamara indistintamente reinos o provincias); y se aplica en alguna medida el principio de personalidad del Derecho, cuando se distingue a los habitantes de los territorios indianos en: República de españoles y República de indios¹⁷. Aunque la miserabilidad (Gonzales Mantilla, 1996) atribuida a los indígenas y la sujeción directa de éstos a la Corona, bajo cuya protección estuvieron, en calidad de siervos, los hizo objeto de protección (que para alguna corriente histórico-jurídica, benefició al poblador nativo), antes que darles un trato igualitario.

Por otro lado, hay que destacar que el Derecho indiano ha sido eminentemente legalista. Las fuentes que han nutrido la creación del Derecho indiano, han sido: la normatividad castellana, la propia legislación e institucionalidad creada para las Indias, la producida en los territorios americanos, y por último, si cabía, el Derecho nativo, con su aplicación sobre la población indígena, en sus relaciones internas y en el trato con los españoles.

Un dato adicional es que el Derecho indiano ha coexistido durante las primeras décadas de dominación hispana conjuntamente con el Derecho andino, creándose en algunos casos una fusión, producto de la interacción entre ambos Derechos. Y además, en la medida en que, el Derecho indiano, ha estado dirigido a fines puramente mercantiles o de obtención de recursos materiales, fue un instrumento del poder monárquico español para dominar al pueblo nativo del territorio andino central.

Posteriormente, con el envío de La Gasca y con las Nuevas Leyes de 1542, que crean el virreinato del Perú, el Estado español y la legislación indiana empezarán a tener cohesión; más aún con la presencia de instituciones como la Audiencia y la presencia del virrey¹⁸; y con cédulas reales e instrucciones precisas respecto a la tarea que la burocracia indiana debía desempeñar en América. Todo ello apoyado por la creación de instituciones peninsulares que centralizaron el manejo de los asuntos indianos, como el Consejo de Indias y la Casa de Contratación¹⁹ (El destino de las Indias estuvo manejado, inicialmente por el monarca o rey y el Real y Supremo Consejo de Indias -del cual dependía la Casa de Contratación-, y desde 1734 se instituye a la Secretaría de Indias).

Así, la creación del Virreinato del Perú se produce en 1542, como consecuencia de la necesidad de implantar un sistema de gobernación desde España para las Indias, a efectos de organizar la mejor explotación de sus territorios, lo que supuso el control de la población hispana y la población indígena. Con la figura del virrey, un funcionario designado por el monarca, para que actúe en su representación, siendo la máxima autoridad presente en las Indias; y con la implantación de variadas instituciones políticas, culturales y religiosas, se instala a mediados del siglo XVI la estructura del sistema de gobernación por delegación, conocido como virreinato o gobierno virreinal. Es necesario acotar que las “Leyes Nuevas”, dentro de las cuales estuvo la que creaba el virreinato del Perú, fueron decisivas en el proceso de introducción del Derecho occidental en el territorio andino central.

De este modo, el dominio español en el territorio andino central, se produce como una permanente y violenta invasión de territorios ya ocupados por los nativos, quienes por milenios se desarrollaron en ellos, creando culturas de una gran eficacia frente a las vicisitudes que el medio les planteó. En este sentido el término “conquista”, se puede aplicar, desde un punto de vista del vencedor, pero no es totalmente válido desde el vencido, con el cual se aplica mejor otros términos como sometimiento, avasallamiento, dominación, invasión.

Por lo demás, el status jurídico de los territorios americanos, para el Derecho indiano, fue indistintamente el de *provincias* (provincias de ultramar) dependientes

de Castilla, y el de *reinos*, denominación que derivó más bien de las crónicas y del entendimiento de que aquí hubo inicialmente monarcas o príncipes de su propia tierra, sobre los cuales se instaló el poder del monarca hispano. Pero, en cualquiera de las circunstancias, se trataba de territorios con cierta autonomía, por la lejanía del poder central y por la capacidad que tuvieron, sobre todo a partir de la instalación definitiva del virreinato, para autogobernarse.

Como ya adelantáramos, una consecuencia de la aplicación diferenciada de la legislación en razón de una distinta valoración del sujeto es la distinción que se hizo entre República de españoles y República de indios. Esta división se debe a cuatro razones fundamentales:

- 1) La concepción occidental del indígena como un menor de edad, con capacidad relativa y permanente, que es definida como “miserabilidad”;
- 2) La necesidad de organizar a la población indígena en reducciones o poblados separados, para mantenerlos organizados en torno a normas especiales, con sus propias autoridades; manejadas a su vez por autoridades españolas, y todo ello con el fin de lograr una mejor explotación de los recursos humanos;
- 3) La protección del indígena frente a los abusos de los españoles; y
- 4) La facilidad que esta división otorgaba para la tarea evangelizadora.

Por otro lado, la presencia de la Iglesia Católica en el Perú, desde su ingreso, con las huestes pizarristas, fue de una gran influencia en el manejo del gobierno y en el desarrollo de la vida civil en el virreinato. En ese sentido, la legislación eclesiástica virreinal jugó un rol de complementariedad con la legislación peninsular o la local, pues sus normas no se limitaron al clero o a la institucionalidad eclesiástica, sino, fueron dirigidas también al ciudadano español, mestizos y a los indígenas. Así pues, en mérito al Regio Patronato, el Estado ejerció algún control sobre la iglesia y el clero indios, pero a pesar de ello, la institución religiosa tuvo relativa autonomía, e incluso, como en el caso de los Jesuitas, pretendieron total autonomía²⁰.

No será sino hasta el arribo de Francisco de Toledo al Perú, que el sistema de gobernación hispano en las Indias se organizará plenamente, con un fin principal, la explotación de los recursos mineros, y dos metas secundarias, la justificación política del dominio español en las Indias, y el cumplimiento de la obra evangelizadora sobre la población indígena, con las posibilidades propagandísticas que tal encargo podía conllevar, sobre todo, para contrarrestar la permanente labor “satanizadora” de los enemigos de España: Inglaterra y los Países Bajos, que crearon una “leyenda negra” respecto a la acción española en las Indias²¹.

Pero entre la “leyenda negra” y la “leyenda dorada” que alimentó la imaginación de más de un historiador, e hizo crear versiones manipuladas de los hechos, el derecho no ha sido más que un instrumento y los funcionarios reales, los ejecutores -algunas veces voluntariosos, como Toledo- de los proyectos imperiales monárquicos.

La función de Toledo, quinto virrey del Perú, será la de un eficiente mandatario de la voluntad real, que, con la autoridad con que ya venía imbuido desde España, organizó a la población nativa y a la población peninsular, sobre la base de profusas normas, no poca doctrina y un aparato propagandístico, basado en informes, cartas y un recorrido previo por el territorio andino central, para apreciar “in situ” los problemas a resolver. Su objetivo central fue procurar que los frutos de la explotación de los recursos llegue a España y asegurar las Indias para la Corona, como un derecho ganado a Dios mismo, a expensas de la gracia pontificia.

“La política que los reyes de España quisieron aplicar en las Indias Occidentales, trasciende fundamentalmente de las instrucciones que entregaban a los virreyes, para el ejercicio del gobierno de los nuevos pueblos integrados en la Monarquía española. No obstante, el encargo introductorio de cada instrucción para todos los virreyes de lo que «habeis de hacer en servicio de Dios, nuestro, y bien de toda aquella república», parece ser algo más preocupante que una mera fórmula reiterativa de estilo protocolario e inicial, porque el contenido de un buen número de capítulos, incide, poniendo especial énfasis en ello, en los tres principios de atención a la expansión de la fe católica, al incremento del patrimonio real y al buen trato a los indios debido”²².

Las consecuencias en lo jurídico de los actos realizados por Toledo radican en el hecho que no sólo fue un eficaz impulsor del derecho Indiano, sino además porque contribuyó a crearlo, dándole un contenido “colonial” (Pérez Prendes y Muñoz de Arracó, 1989)²³, en el cual se reorganizó la explotación del indígena, en provecho de la Corona y en desmedro de los particulares (léase encomenderos). Implantó instituciones como la mita minera, las reducciones y organizó la minería. Asimismo resulta anecdótico la llegada, durante su gobierno del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que coadyuvó a crear un clima de represión que fue parte del “control social”, con que la Corona pretendió reestablecer su poder en las Indias, después del libertinaje habido. Hecho que sin embargo generó un fenómeno a tomar en cuenta, con relación al cumplimiento de las leyes venidas de Europa, y que de alguna manera explica las características del sistema jurídico peruano. Este se refiere a la imposibilidad de aplicar las normas dictadas en España y el vacío no sólo normativo sino además de poder que ello generó.

Francisco de Toledo, es una de las figuras más controvertidas del período virreinal y de nuestra historia, por su obra organizadora del sistema de gobernación y justicia de la Corona española en el territorio andino central (léase virreinato), y por su decidida participación en la destrucción de la cultura inca y de la explotación del indígena en provecho de los intereses hispanos.

El Derecho occidental, cuya introducción en el territorio andino central se había producido con los primeros grupos de castellanos, tendrá con el virrey Toledo un impulso decisivo para su asentamiento definitivo, al punto que su vasta obra legislativa llegará incluso a tener aplicación muchos años después de concluido su mandato.

En el aspecto político, Toledo tuvo la misión de justificar ante el resto del mundo occidental, ante el Papa y la curia romana, ante los monarcas y príncipes e incluso ante la misma población hispana y nativa del virreinato a su cargo, la legitimidad de los títulos de España sobre estas tierras, de su descubrimiento, conquista y población, en suma de su legítima dominación y obtención de recursos.

Y para tal efecto se ocupó -por encargo directo del monarca- de tres tareas fundamentales:

- 1) Enterarse de las costumbres y formas de organización de las culturas nativas, fundamentalmente de la etnia inca (para lo cual realiza una extensa visita).
- 2) Sobre la base de ese conocimiento, manipularlo a fin de disminuir al máximo -vía una propaganda que utiliza cartas, crónicas, tratados y la difusión oral- las virtudes y cualidades de las civilizaciones nativas y que, en particular buscó desprestigiar a la etnia cusqueña (incas) y la validez de sus conquistas y dominios, creando una “contra leyenda negra” inca, que buscó contrarrestar la “leyenda negra” hispana.
- 3) Organizar la explotación de los recursos, principalmente minerales, del Perú, creando para ello instituciones y sistemas que hicieron más fácil el control de tal explotación y una mejor disposición de la población indígena para ello -con las reducciones y la mita minera-, lo cual contribuyó en gran medida al *etnocidio* que en pocas décadas eliminó a más de la mitad de los pobladores nativos²⁴.

Probablemente el gobierno de Toledo haya sido -entre los virreinales- el que mayores repercusiones ha tenido sobre la formación histórica del Perú. Viene a ser el primer momento, en ese proceso de cohesión que dio lugar posteriormente a la creación de una estructura política que más adelante reclamaría su autonomía, en función de los intereses distintos que los nuevos nativos de esta tierra (los criollos)

habrían de tener, frente a los distintos intereses de los invasores peninsulares, que sólo al final -pero ya muy tarde-, y viendo en peligro sus provincias de ultramar -por la invasión napoleónica, las continuas revueltas y sublevaciones nativas y la intrusión inglesa-, dieron algunas concesiones a los reclamos de los criollos y mestizos²⁵, por entonces, ya encaminados a tomar para sí el manejo de sus propias naciones.

Y es también, como ya señaláramos, la obra más controvertida, que como pocas tiene tantos detractores como defensores, pues de alguna manera Toledo encarna el *leit motiv* de la discusión entre “hispanófilos” e “hispanófobos”, en torno al valor de la denominada “Conquista española”, que durante el siglo veinte ha presentado encontrados enfoques en la historiografía nacional²⁶.

Francisco de Toledo, llamado por Solórzano “*El Solón del Perú*” y por Levillier como “*Supremo organizador del Perú*”, fue asimismo denominado por Valcárcel, “*tirano y destructor de la etnia indígena*”, por la innecesaria ejecución de Túpac Amaran, las reducciones y la implementación de la mita minera. En su momento Guamán Poma y Garcilaso; y en el siglo XX, Luis E. Valcárcel, Pablo Macera, Emilio Choy, Juan José Vega, Waldemar Espinoza, Guillén y otros tantos historiadores, antropólogos y arqueólogos (en su mayoría de raigambre sanmarquina o de universidades del interior del país), expresan este último parecer.

Sentimientos encontrados que generará Toledo desde su mismo arribo al Perú, a tal punto que el mismo virrey, en su último informe enviado a Felipe II, habrá de lamentar que debido a su dedicación al servicio del rey -en muchos casos con poca severidad-, se le haya acusado de “*tirano, mal cristiano y robador*”.

Lo cierto es que la obra de Toledo constituye un momento trascendental en la historia del Perú, por sus repercusiones en casi todos los ámbitos de la sociedad española, mestiza y nativa, que compartió en esta tierra el proceso de creación de una realidad política nueva: el Perú. Aunque también es cierto que no podemos llegar al punto de la exultación frente a su obra por las consecuencias destructivas de la misma.

En particular las repercusiones jurídicas se producen fundamentalmente en el ámbito normativo, dirigido a organizar el gobierno y la actividad de los españoles y especialmente de los naturales, bajo la premisa que, entonces la presencia del Estado era casi absoluta en todo los órdenes, quedando algún margen para la actividad privada, pero bajo el control del Estado. Y Toledo sentó las bases jurídicas para que este control fuera mucho más eficiente de lo que había sido.

Del mismo modo, fortaleció las instituciones e implementó las necesarias para que pueda funcionar la “maquinaria” del Estado español en las Indias.

A efectos de desarrollar mejor lo afirmado, a continuación vamos a identificar en forma detallada cada una de las consecuencias que trajo la obra de Toledo, con énfasis en los aspectos jurídicos:

- Su actividad política y normativa, estuvo dirigida mayormente hacia la población indígena.
- En tal sentido, Toledo contribuyó en gran medida a la destrucción de las culturas nativas y por ende de su estructura jurídica e institucional.
- Organizó la legislación en función de los ámbitos a los cuales estaba destinada. Es el caso de las Ordenanzas, cuyo énfasis regulador del mundo indígena en particular, representan una suerte de *Codex* precario.
- Realizó un registro, en libros separados²⁷, de las normas emitidas por la Corona, por su mandato mismo, y por los anteriores gobernantes, sea el virrey o la Audiencia, dejando un material muy valioso para las recopilaciones futuras.
- Fortaleció instituciones ya creadas a su llegada e implementó algunas otras en el orden político, económico y social.
- Dejó una vasta producción normativa que fue utilizada incluso durante los últimos gobiernos virreinales españoles.

Sin duda el análisis del período toledano resulta clave para comprender no sólo el proceso virreinal, sino en general, el proceso histórico peruano, porque, si pretendemos buscar las raíces de nuestra estructura política, cultural y sobre todo jurídica, es en este momento de la historia que probablemente la hallemos. Pero ello requiere un estudio más profundo del tema.

La introducción del Derecho occidental en el territorio andino central, es fundamentalmente un hecho social, dentro de lo cual, el elemento jurídico, y más extensamente el Derecho, juega un rol importantísimo, no sólo por su carácter instrumental, sino además porque el derecho es parte intrínseca de la conducta social humana. Y este proceso se produjo sobre culturas cuyos desarrollos eran distintos, en materia de tecnología de guerra y organización política, lo que conllevó para los occidentales una ventaja, que unida a la sorpresa, el manejo de las alianzas, los mitos y temores y las especiales coyunturas de ruptura que vivía el mundo andino, así como las enfermedades venidas de Occidente, hicieron posible la dominación española, así como lo hicieron respecto de otros reinos en el resto de América²⁸.

Como resultado se produce un variado fenómeno en el que la hibridación, el mestizaje, el sincretismo, el avasallamiento, la imposición e incluso la aceptación feliz de la nueva cultura y de su derecho, se entremezclan complejizando aún más este fenómeno. Ante las nuevas condiciones, no hubo una alternativa que, no sólo en el ámbito jurídico, sino además en todos los ámbitos de la vida en sociedad, reemplazara con éxito lo logrado después de muchos milenios.

Es un hecho evidente que, en la historia de nuestro país, existe una sensación de vacío, de carencia, de “incompletud”. La nuestra es una tarea inconclusa, es una empresa descomunal, es un destino no cumplido, un camino por recorrer. Y si bien el derecho es sólo una faceta de la situación descrita, es de las más importantes, y de su análisis podemos colegir las características de nuestro proceso.

El derecho occidental ingresa tanto en su vertiente hispana (propiamente castellana) y es introducido además, a partir del Derecho indiano, un Derecho español creado para las Indias; pero no ingresa con la intención de crear un sistema jurídico nuevo, que reemplace al anterior, porque del Derecho nativo, como sistema jurídico, no se tuvo noción, sólo de algunas normas aisladas y la idea de un orden social. El Derecho occidental ingresó al Perú expresado en el Derecho castellano, bajo cuyos dominios se encontraban los reinos o provincias indianas. El carácter “colonial” de la actividad estatal sobre el Perú le fue dando peculiaridades que lo caracterizan como un Derecho creado para la dominación peninsular minero-agrícola.

De este modo, hablamos de introducción del Derecho, y no de recepción o imposición; porque no hubo recepción en el sentido de un Derecho que recibe a otro y se fusiona, se sincretiza o se somete libremente, ni tampoco hubo total imposición, puesto que muchos sectores, generalmente dirigentes (curacas), fueron muy receptivos por conveniencia personal. Aunque finalmente dejaron de lado «su derecho» para asumir el recién llegado. Este modo en que se produce la introducción del Derecho occidental y su encuentro con un Derecho andino prehispánico autóctono, sin duda han marcado la forma y esencia de la organización social del Perú. Las características del Derecho occidental y de su introducción a través del Derecho indiano, determinaron las condiciones de las futuras relaciones al interior de la población occidental u occidentalizada (criollos y mestizos) y la población nativa, lo que constituye la génesis del “ser peruano”.

Un aspecto, sin duda, negativo (o positivo, según el cristal con que se mire) del Derecho occidental, es que buscó sobreponerse o en todo caso mantenerse al margen del Derecho andino, al que reconoció un carácter subsidiario e inferior. Este contribuyó a destruir muchas instituciones andinas nativas; y a pesar de

todo, el Derecho nativo supo subsistir a la acción destructora del orden andino que institucionalizó el Estado español.

Otro aspecto igualmente negativo y que ha estigmatizado al ser nacional, es el relacionado con la contradicción moral que representa el tener convicciones religiosas basadas en el respeto mutuo y la solidaridad, y el realizar la explotación descarnada de la condición humana por su propio semejante, que también representa una transgresión de la norma social. Esta es una herencia occidental, que aún hoy conlleva un complejo de culpa en el dominador histórico y un complejo derrotista en el dominado histórico y que disminuye la capacidad del hombre y de la sociedad para emprender cualquier tarea. La génesis de esta situación puede hallarse en el momento en que el encomendero español se ve ante el dilema de explotar como bestias a los indígenas, habiendo recibido de la Iglesia Católica la recomendación de un trato cristiano a los naturales, y habiendo sido, incluso prohibido por el rey de tal maltrato mediante normas escritas; decidiéndose sin embargo por esa forma de trato y por tanto un envilecimiento de la propia existencia en función de las riquezas materiales.

Así, Occidente no sólo nos trajo sus normas y su forma de organización social y política, sino además, sus propias contradicciones religiosas, morales y sociales. Lo que ha generado una suerte de permanente confusión, confusión muy occidental, desde el momento en que se laicizó la sociedad europea y lo religioso pasó a ser un asunto privado.

Pero por otro lado, se comprueba también una contradicción en cuanto al cumplimiento de las normas jurídicas durante el siglo XVI, sobre todo de aquellas venidas de la metrópoli, incumplimiento o cumplimiento diferido (“Se acatan pero no se cumplen”), que se fundamenta en la lejanía de la fuente productora de la norma, en la inaplicabilidad de estos preceptos por no atender a la realidad sobre la cual se legisla, y por ese espíritu de independencia frente al poder monárquico que predominó en América.

Nuestra condición de Estado multinacional se conformará durante el siglo XVI, en los momentos en que de la confrontación, a pesar de los intentos por destruir a las etnias locales, surgen éstas últimas sobreviviendo al “etnocidio” realizado.

El “etnocidio” o destrucción étnica de las culturas del territorio andino central, ha sido un factor determinante, en la aplicación de la política virreinal. Y la verificación, durante el mismo siglo XVI, de esta inmensa disminución de la población influyó en el sistema jurídico indiano que sustentó sus normas en mantener protegida a

esta población tanto por las implicancias morales que de ello derivaba, cuanto porque -y era lo más importante para España- siendo la economía española en América, una exclusivamente basada en la extracción minera con mano de obra semiesclavizada, el sufrir la pérdida total de población, hubiera significado el quiebre de la actividad extractiva y el fracaso de la empresa americana para España.

En suma, como resultado del choque cultural ocurrido en el territorio andino central a partir de la primera mitad del siglo XVI, se han producido una variedad de fenómenos, en el orden jurídico, que dan respuesta al conflicto: en algunos casos un sincretismo, en otros un mestizaje, y en los más, un proceso de hibridación que no reproduce aspectos culturales propios, por que los crea endebles o sin permanencia.

Y en conclusión podemos señalar que el Derecho occidental llegado a nuestras tierras a partir del siglo XVI, el mismo que se ha proyectado casi invariablemente hasta el siglo XIX, y apenas se ha modificado en el último siglo (en función de nuevos modelos económicos o políticos, mas no sociales), ha implantado su marca sobre la conciencia social peruana; y se constituye en uno de esos puntos de partida para analizar los orígenes de nuestra condición actual; pues si en algo podemos coincidir es que el carácter actual del Derecho peruano (¿hay un Derecho peruano?), y de su propia cultura, dependen mucho del momento histórico que hemos revisado y que seguramente habrá de requerir un análisis más profundo y sobre todo un compromiso con una propuesta futura: la creación de un sistema jurídico nacional, sin calco ni copia, y tampoco como creación heroica, sino más bien con un puro y disciplinado esfuerzo científico por comprendernos a nosotros mismos y encontrar los medios para nuestro propio desarrollo social. □

Notas

- 1 En este punto cabe aclarar que cuando nos estemos refiriendo al mundo o territorio andino central, no sólo será en sus connotaciones geográficas, sino fundamentalmente culturales, y lo estaremos haciendo también respecto a la costa y a la selva alta adyacente que, a pesar de las diferencias geográficas o culturales que puedan hallarse en sus pobladores, es notable que en los intercambios que realizaron, éstos crearon un modo de vida único y diferenciado de otras culturas en otras partes del orbe, y seguramente, de no haberse presentado el conquistador español, los grupos nativos iban en camino de una integración cultural muy valiosa, pero eso ya es hacer ucronía.*
- 2 El Derecho es el instrumento a través del cual se organiza el poder y se expresa cotidianamente en una sociedad; a este respecto, la relación entre poder y derecho, que es expresada como una relación dialéctica indisoluble, es analizada con propiedad por Herman Heller en su obra Teoría del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.*

LA INTRODUCCIÓN DEL DERECHO OCCIDENTAL EN EL TERRITORIO ANDINO

- 3 *Creemos que el término introducir, a pesar de sus connotaciones fisiológicas o mecánicas, responde mejor al sentido que pretendemos darle a nuestro análisis; pues palabras como recepción, adopción, penetración, inserción o imposición son menos exactas. Ya que, en un sentido u otro, se introdujeron en este país personas, ideas e instituciones, con una violencia extrema, sin mayores miramientos, y con un desprecio por las culturas aquí existentes, como cuando, sin mayor prevención, se fuerza la penetración de un objeto en una cavidad, desplazando aquello que desde tiempo atrás, con esforzada precisión, venía ocupándolo, y por esto la palabra introducción tiene un sentido más preciso. Puede decirse que en este caso hubo algo así como la introducción forzada de un objeto cúbico y encallecido, en el interior de una cavidad cilíndrica, poco flexible y de agudo diámetro... de ahí el inmenso sufrimiento que no termina aún (y puede decirse además que, en gran medida, la génesis del ser mestizo, se encuentra en una masiva y sistemática violación de la mujer nativa por el dominador castellano, que encarna la tragedia de la cultura andina y su condición de hibridez que perdura aún).*
- 4 Altamira, Rafael. Los elementos de la civilización y del carácter españoles. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1950, p. 279.
- 5 Basadre Grohmann, Jorge. Historia del Derecho peruano. Lima: Edit. San Marcos, 1997 y Los fundamentos de la historia del Derecho. Lima: Editorial Universitaria, 1967. Trimborn, Hermann. El delito en las altas culturas de América. Lima: UNMSM, 1968.
- 6 Pease G. Y., Franklin. "Notas sobre elite y derecho entre los incas". Separata del Tomo XXIII del Anuario de Estudios Americanos, Sevilla, 1966. Trazegnies Granda. Fernando de. "¿Hay un 'derecho' prehispánico?", Ius et Veritas. Revista de la Facultad de Derecho de la UCP, Lima, No. 3: 44-49.
- 7 Trimborn, Hermann, Op. cit.
- 8 Pease G. Y., Franklin, Op. cit., p. 507.
- 9 Respecto a la aplicación de la concepción, antes que a la validez del término, Fernando de Trazegnies señala que, para evitar toda proyección de una sombra europea sobre las realidades precolombinas, mejor es negar la existencia de un Derecho prehispánico y evitar de este modo que nuestra noción de Derecho, eminentemente occidental, se aplique al mundo andino y se pervierta por ello nuestro conocimiento de él. Aceptando, en todo caso que, si bien no hubo un Derecho en el mundo andino prehispánico, sí hubieron formas de regulación social de extraordinaria efectividad. Posición que resulta práctica pero no del todo válida, pues también tendríamos que revisar otras concepciones que nos acercan al mundo andino y por ende también las terminologías, pero afortunada o desafortunadamente es todo lo que tenemos y con ello debemos defendernos. Trazegnies Granda, Fernando de. Op. cit., p. 49.
- 10 Recuérdese que la papa salvó de la hambruna a muchas partes de Europa y que el maíz, el cacao, el maní, el tomate, las menestras y otros productos le dieron a los europeos una variedad alimenticia como nunca antes habían tenido. A lo que se junto el exotismo del tabaco y, gracias a las tierras caribeñas, la posibilidad de industrializar el azúcar.
- 11 Históricamente se reconoce que la unidad española se inicia a partir de la alianza matrimonial de los Reyes Católicos, pero la unidad política, no será lograda sino hasta el siglo XVIII.
- 12 Ladero, Miguel Angel. Andalucía en torno a 1492. Madrid: Colecciones MAPFRE, 1992.

- 13 *José Manuel Pérez Prendes y Muñoz de Arracó, en su obra La monarquía indiana y el estado de derecho, señalan que la historia del Derecho público indiano comprende los siguientes períodos:*
- *Período de fundamentación (1492-1556)*
 - *Etapa de preparación (1492)*
 - *Etapa de acomodo (1493-1518)*
 - *Período de consolidación (1556-1680)*
 - *Período de reformas (1700-1810).*
- 14 *García Gallo, Alfonso. Metodología de la historia del derecho indiano. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 18.*
- 15 *García Gallo, Alfonso, Op. cit., pp. 18, 19.*
- 16 *Ricardo Levene señala que "la historia externa de la Legislación de Indias comprende el estudio de las fuentes legales, de los textos y códigos dictados para regir en América. No penetra pues en el estudio de las instituciones jurídicas y del derecho vivo, que son materias propias de la historia interna; se limita a fijar la autoridad legal o política de que están investidas las leyes, la concurrencia de causas que explican históricamente su promulgación, la relación cronológica que guardan entre ellas, y las diferencias en la técnica, en el método, en el plan". Levene, Ricardo. "Notas para el estudio del derecho indiano" en Los Anales de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires: Imp. y Casa Edit. Coñi, 1918, Tomo XIX, p. 10.*
- 17 *La palabra República era usada entonces, como hoy es usada la palabra pueblo, en un sentido más bien social que jurídico o político, para referirse a un grupo de población, a un sector social.*
- 18 *El cargo de virrey -ya existente desde antes del descubrimiento de América- y la institución del virreinato en las Indias, surgen de la necesidad que tiene el monarca de hacerse representar por una persona de su completa confianza y rodeada de las más altas calidades personales y con los conocimientos y el prestigio suficiente para actuar en nombre del rey, con las mismas prerrogativas y poderes que éste. Y surge además como consecuencia de un clima de desorden y abusos denunciados especialmente por los miembros de la congregación religiosa de los Dominicos, entre ellos el padre Bartolomé de las Casas. De este modo, Carlos I, el 20 de noviembre de 1542 promulga las "Leyes Nuevas" (las mismas que fueron completadas oficialmente en Valladolid, el 4 de junio de 1543). En el mencionado texto legal se crea el virreinato del Perú y se anota: "...ordenamos y mandamos que en las provincias o reinos del Perú resida un visorrey y una audiencia real de cuatro oidores letrados..., la cual residirá en la ciudad de los Reyes".*
- 19 *El Real y Supremo Consejo de Indias, fue creado en 1523, exclusivamente para atender los asuntos referentes a los dominios de ultramar, que era como se le llamaba a los territorios de la Corona española situados en América y en Filipinas. La competencia del Consejo era de la mayor amplitud, y tenía incidencia sobre todas las áreas de gobierno: legislativa, judicial, comercial y militar, teniendo incluso alguna incidencia sobre lo eclesiástico. La Casa de Contratación, es otro organismo de importancia para la administración de los territorios indianos, creada en 1503, tuvo su sede en la ciudad de Sevilla, fue el ente regulador de las relaciones comerciales entre la metrópoli y las Indias, y administrativamente se encontraba subordinada al Consejo de Indias.*

LA INTRODUCCIÓN DEL DERECHO OCCIDENTAL EN EL TERRITORIO ANDINO

- 20 *Hay que recordar el caso de las reducciones que en la América hispana organizaron los jesuitas, en las cuales pretendieron poner en práctica un reino «utópico», basado en el evangelio y en los principios y valores cristianos, aprovechando la supuesta «pureza» de los nativos, lo cual para la Corona representó una forma de insubordinación, pues dentro de estas reducciones no se conocía a la autoridad civil o pública, sólo a la autoridad eclesiástica.*
- 21 *Respecto al virreinato, Jorge Basadre ha señalado que “el Perú fue, como España, un conjunto de provincias mal gobernadas, con un soberano nominal al frente. En las provincias, el despotismo tomó distintas formas subordinadas al modo de proceder de los corregidores, intendentes, hacendados, etc. Al mismo tiempo se hizo difícil la uniformidad en las costumbres, en los usos, en la vida propia de las provincias”. (Basadre Grohmann, Jorge. “La multitud, la ciudad y el campo en la historia del Perú”, citado en Clases, estado y nación en el Perú. Cotler, Julio. Lima: IEP, 1986, pp. 45, 46). Por otro lado, Raúl Porras Barrenechea, califica al virreinato como edad media peruana, “no en el tono peyorativo de tal interpretación, sino en un alto sentido ejemplificador. La época colonial tiene de la edad media europea rasgos que la dignifican y enaltecen en la historia de la cultura: quietud fecunda de tiempo de gesta, presencia de Dios, valoración cristiana del mundo, ideal ético-caballeresco, anhelo de ordenación ante el choque de impulsos bárbaros y civilizadores, cultura eclesiástica exteriorizada en el predominio del silogismo y del latín, desprecio por la técnica de la economía y del lucro y estilo moral que antepone el deber ser al hecho consumado y a la razón de Estado” (Porras Barrenechea, Raúl. “La colonia edad media peruana”. Fanal, Lima, 1955. T. X, No. 43).*
- 22 *Salcedo Izu, Joaquín. “Instrucciones para los virreyes de México, bajo los Austrias (1535-1701)” en Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII). Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericano, 1984, pp. 291-292.*
- 23 *José Manuel Pérez Prendes y Muñoz de Arracó, señala respecto a la calificación de colonial que se ha dado al sistema de gobernación Indiano: “me atrevo a sugerir que nos encontramos a presencia de cierto tipo de colonialismo directo de Estado, que actuó como un motor de aceleración del Estado moderno y en el cual la Corona introdujo algunas piezas estructurales a las que más tarde se considerará como imprescindible en la configuración del Estado de derecho”.*
- 24 *Pierre Clestres señala que el Etnocidio es “la destrucción sistemática de los modos de vida y de pensamiento de gentes diferentes a quienes llevan a cabo la destrucción” “toda organización estatal es etnocida, el etnocidio es el modo normal de existencia del Estado”. A su vez Robert Jaulin señala que el etnocidio es «la negación del otro” (la negación de la cultura indígena por la cultura dominante de occidente). Sills, Marc. El etnocidio: un análisis de interacción Estado-Nación en América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, Vol. 39.*
- 25 *Las cortes de Cádiz y la constitución política de la monarquía española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, son consecuencia de ese afán tardío por recuperar el favor de las colonias. Esta constitución decía en su artículo 1º “La nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” .*
- 26 *Las investigaciones históricas en nuestro país, se encuentran segmentadas. Se trabajan “parcelas” de nuestro pasado -en términos temporales-, sin duda, buscando la*

especialización del tema, pero esta parcelación es además consecuencia del enfoque tradicional que ha tenido nuestra historia. Sin embargo no resulta del todo inadecuado, por sus características tan especiales, trabajar de manera diferenciada sobre el período prehispánico, el período virreinal o sobre la República, precisamente, este distinto abordaje ha creado sectores en pugna. Bastiones del incario, frente a defensores de las bondades occidentales. A principios de siglo, indigenistas frente a conservadores tradicionalistas. En particular, el estudio del proceso de ruptura que produce la imposición de la cultura occidental por sobre la nativa es probablemente el que mayores controversias y del más variado enfoque ha generado. Desde el momento mismo de producida la migración española surgen voces oponiéndose a las consecuencias de este acto. La historiografía ha dejado traslucir esta distinta posición; historiadores como Porras Barrenechea o Del Busto, no parecen estar del todo de acuerdo con historiadores como Edmundo Guillén o Juan José Vega (aunque hay también posiciones intermedias como las de Vargas Ugarte, o ahora indefinidas como las de Pablo Macera, que en su momento fue discrepante a la de su maestro Porras Barrenechea). Sin embargo, consideramos que el camino a seguir no va por continuar con esa controversia, sino más bien por aceptar los hechos consumados, pero de manera crítica, analizando sus consecuencias, sin maquillar ni exagerar el pasado, replanteándolo para obtener respuestas a interrogantes nunca resueltas y aceptar que no somos más una nación inca o un reino hispano, somos diversos en un territorio también variado, que en esa diversidad debe buscar su unidad, sin ocultar nada.

27 *Registro ordenado por el rey en las instrucciones dadas el 19 de diciembre de 1568 (Ver: Hanke, Lewis. Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la casa de Austria, p. 84).*

28 *“En los actuales estudios aún se acostumbra mencionar la incidencia de varios factores en la catástrofe demográfica ocurrida en las Indias durante el siglo XVI: destrucción física por las guerras de conquista, ruptura de los sistemas nativos de producción y distribución, sobreexplotación, hambre. Pero en verdad, ellos atribuyen ese desastre a la acción de un factor único: ...la propagación de las epidemias traídas por los europeos. ...Las últimas investigaciones interpretan que las epidemias introducidas por los europeos fueron la causa fundamental o única del colapso de la población indígena. Frente a la teoría moderna sostendré que los hombres del siglo XVI apreciaron correctamente los factores esenciales que fueron provocando la grave despoblación ocurrida en el Perú entre 1528-1530 y 1550. Todos los observadores directos o inmediatos a aquella fase de destrucción demográfica percibieron que el proceso obedeció a la codicia y a las guerras desatadas por los conquistadores” Assadourian, Carlos Sempat. Transiciones hacia el sistema colonial andino. Lima: IEP, 1994, p. 19.*

Un elemento adicional a la catástrofe poblacional ocurrida es lo que Nathan Wachtel ha llamado “desgano vital”, y que se traduce en la serie de suicidios y muertes por inanición, así como la pérdida absoluta de expectativas de vida que hizo más fácil la difusión de las enfermedades.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRA, Rafael
1903 *Historia del Derecho español*. Madrid: Biblioteca de Derecho y Ciencias Políticas.
- 1948 *Manual de investigación de la historia del Derecho*. México: Instituto Panamericano de Geografía e Historia.
- 1950 *Los elementos de la civilización y del carácter españoles*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A.
- ASSADOURIAN, Carlos Sempat
1994 *Transiciones hacia el sistema colonial andino*. Lima: IEP.
- BASADRE GROHMANN, Jorge
1967 *Los fundamentos de la historia del Derecho*. Lima: Editorial Universitaria.
- 1997 *Historia del Derecho peruano*. Lima: Editorial San Marcos.
- COTLER, Julio
1986 *Clases, estado y nación en el Perú*. Lima: IEP.
- GARCÍA GALLO, Alfonso
1971 *Metodología de la historia del Derecho Indiano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GONZALES MANTILLA, Gorki
1996 "La miserabilidad del indio en el siglo XVI", *Themis*, PUCP, 1996, No. 34: 291-298.
- HANKE, Lewis
1978-80 *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*. Madrid: Editorial Atlas. 7 Tomos.
- HELLER, Herman
1963 *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- LADERO, Miguel Ángel
1992 *Andalucía en torno a 1492*. Madrid: Colecciones MAPFRE.
- LEVENE, Ricardo
1918 "Notas para el estudio del Derecho Indiano", *Anales de la facultad*

de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo XIX. Buenos Aires: Imprenta y Casa Editorial Coñi.

PEASE G. Y., Franklin

1966 “Notas sobre elite y derecho entre los incas”, *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla. Separata del Tomo XXIII

PÉREZ PRENDEZ Y MUÑOZ DE ARRACÓ, José Manuel

1989 *La monarquía indiana y el Estado de Derecho*. Valencia: Asociación Francisco López de Gómara, T. 3.

PORRAS BARRENECHEA, Raúl

1955 “La Colonia, edad media peruana”, *Fanal*, Lima, T. X, No. 43.

SALCEDO IZU, Joaquín

1984 “Instrucciones para los virreyes de México, bajo los Austrias (1535-1701)” en *Estructuras, gobierno y agentes de administración en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericano.

SILLS, Marc

“El etnocidio: un análisis de interacción Estado-Nación”, *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Vol. 39.

SILVA SANTISTEBAN, Fernando

1986 *Antropología. Conceptos y nociones generales*. Lima: Editorial de la Universidad de Lima.

STAVENHAGEN, Rodolfo (comp.)

1990 “Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América”, *América Indígena*, México, Vol. No. 39-1, 388 pp.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de

“¿Hay un ‘Derecho’ prehispánico?”, *Ius et Veritas*, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, No. 3.

TRIMBORN, Hermann

1968 *El delito en las altas culturas de América*. Lima: UNMSM.