

Las ideas constantes en las Leyes de Indias.

Héctor Grenni¹

El autor presenta aquí un panorama de las ideas que se han mantenido en forma constante en los tres siglos de aplicación del Derecho Indiano en las colonias españolas de América. El presente escrito se detiene en la cuestión del lugar que debían ocupar los indios en el sistema social; por lo tanto, cuestiones como la dignidad de los indios y la idea de justicia en el sistema colonial merecen aquí un espacio importante. El escrito se detiene también en la cuestión de la encomienda como institución social colonial, porque en torno al debate que se suscitó a su alrededor se jugó buena parte del rumbo que tomó el Derecho Indiano.

1. Presentación.

Las siguientes líneas presentarán un panorama de las ideas que se han manifestado constantes en el Derecho Indiano a lo largo de los tres siglos de vigencia. Se trata de ideas primarias que tienen que ver con el lugar de las personas en la sociedad colonial a lo largo de los siglos XVI, XVII y XVIII en América española. En ese complejo mundo de indicaciones que normaron la vida social de la colonia, hemos seleccionado las ideas que tienen que ver con el lugar de los indios en el sistema social; por lo tanto, con la dignidad de los indios y con la idea de justicia. Nos hemos detenido especialmente en la cuestión de la encomienda como institución social colonial, porque entendemos que en torno al debate que se suscitó a su alrededor se jugó buena parte del rumbo que tomó esta inmensa obra jurídica.

Se trata, por lo tanto, de las Leyes, Decretos, Pragmáticas Sanciones, Reales Órdenes, etc., que conformaron ese copioso cuerpo jurídico que conocemos como Derecho Indiano o Leyes de Indias.

En sentido estricto, se conoce como Derecho Indiano al
“conjunto de leyes y disposiciones promulgadas tanto por los Reyes españoles como por las demás autoridades subordinadas

1. Director de la Biblioteca Rafael Meza Ayau, de la Universidad Don Bosco.

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”.²

En este inmenso *corpus jurídico* fueron tomando forma las ideas centrales del Derecho Indiano que dieron lugar a debates intensos y apasionados en el seno de la cultura española del siglo XVI. Este debate tuvo por escenario la cultura española de la península y el sistema colonial americano y tuvo momentos teóricos de gran altura, como el debate entre Las Casas y Sepúlveda a mediados del siglo XVI.³

En la Historia del Derecho se ha sostenido siempre que la legislación viene detrás de la práctica: la vida política y social va planteando nuevas exigencias y situaciones que deben ser afrontadas desde el Derecho. Así sucedió también en América en el siglo XVI. 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’⁴ que exigió respuestas más arduas fue la que planteaban los habitantes de América: el lugar de los indios en el sistema colonial español americano exigía respuestas que podían cuestionar la ‘tarea española en Indias’ desde sus fundamentos.

El intento por dar respuestas a estas cuestiones se hizo desde los dos grandes campos de reflexión del Derecho: desde el derecho natural⁵ y desde el derecho positivo⁶. L. Hanke así se expresa a este respecto:

2. Mayorga García, F., en *Boletín de Historia y Antigüedades*, Academia Colombiana de Historia, Nº 818, P. 592.

3. Para el debate entre el fraile dominico Bartolomé de Las Casas y el sacerdote Juan Ginés de Sepúlveda se puede consultar Héctor Grenni, *La controversia sobre los derechos en las Leyes de Indias: el debate entre Las Casas y Sepúlveda (1549-51)*, revista Teoría y Praxis 5, Universidad Don Bosco, enero de 2005.

4. El profesor Angel 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.

5. Se llama ‘derecho natural’ a los derechos que todas las personas tienen por el sólo hecho de ser tales. Son implícitos a las personas desde su nacimiento y no tienen límites de tiempo ni de espacio; un ejemplo claro es el derecho a la vida.

6. Se llama ‘derecho positivo’ al derecho escrito, 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.

*“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...”*⁷

Fueron naciendo, ante esta nueva situación, las dos ideas centrales del Derecho Indiano: la que tiene que ver con la dignidad de los indios y la que tiene que ver con el lugar que debían ocupar los indios en el sistema colonial. Ambas llevaban implícita la idea de justicia. La cuestión implicaba poner en tela de juicio los títulos que daban derecho a los reyes españoles a ocupar América.

El debate en España tuvo momentos de gran altura, decíamos más arriba. Este debate en América tuvo momentos de gran apasionamiento. A las novedosas y apasionadas experiencias pastorales de Las Casas en Cumaná y Guatemala, la de los ‘pueblos hospital’ en México de Vasco de Quiroga o de las ‘misiones’ jesuíticas en el Paraguay, es necesario oponer los no menos apasionados intentos del partido de los encomenderos de la familia Contreras de Nicaragua,⁸ o los menos conocidos intentos de numerosos funcionarios coloniales, para quienes las leyes dictadas en España debían acatarse pero no cumplirse, ya que ponían en tela de juicio los títulos españoles, el sistema colonial mismo y, sobre todo, los intereses personales.

Pensamos que las ideas centrales del Derecho Indiano quedaron definidas ya desde el siglo XVI. En efecto, después del siglo XVI los intentos se dirigieron al ordenamiento jurídico y al cumplimiento de las disposiciones. Prueba de ello son las grandes obras de recopilación de los siglos XVII y XVIII. Las Recopilaciones de 1680⁹ y de 1792 no aportaron ideas nuevas al debate. Sin embargo, ordenaron las ideas que surgían, frecuentemente de la praxis, en corpus jurídicos que posibilitaron su conocimiento y aplicación. Y, si bien la puesta en práctica dio lugar a enfrentamientos de intereses y de ideas, y con suma frecuencia prevalecieron los primeros, es indudable que la sola formulación de estas ideas tuvo efectos importantes en la humanización del sistema colonial.

Podemos resumir estas ‘ideas constantes’ en las siguientes las siguientes cuestiones: la cuestión de los títulos, la cuestión de la dignidad, la cuestión de la justicia y la controversia sobre los derechos. Todos ellos fueron objeto de un profundo debate en el seno de la sociedad española, que concentró todas estas cuestiones en una, sumamente álgida: la encomienda.

7. Hanke, L., *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Ed. Istmo, Madrid, 1988, P. 9.

8. La familia de los Contreras, que lideraba el partido de los encomenderos en Nicaragua, fue celosa defensora de la encomienda. Más allá de los intereses en juego, es necesario resaltar su participación en el debate jurídico, que terminó incluso con el asesinato del obispo de León Antonio de Valdivieso, mandado expresamente por el rey Carlos I para hacer cumplir las Leyes Nuevas de 1542, que abolían la encomienda.

9. Hay una buena edición en tres tomos de la Recopilación de 1680 en la Biblioteca de la Academia Salvadoreña de la Historia, en la casa de las Academias.

De hecho, la experiencia española en América durante los siglos XVI, XVII y XVIII, si bien dio lugar a numerosos atropellos y hasta genocidios, también posibilitó el mestizaje como en ninguna otra experiencia colonial y produjo el nacimiento de una cultura de gran riqueza. La cultura latinoamericana no podría haber tomado las características que luego adquirió sin el precedente del Derecho Indiano. En la encomienda indiana se juntaron todos estos elementos.

En este contexto, presentaremos a continuación tres ‘cuestiones’ del Derecho Indiano, que implicaron tres definiciones jurídicas con serias consecuencias en la vida colonial. Se trata de la cuestión de la legitimidad de los títulos, la cuestión de la dignidad de los indios y la cuestión de la justicia del sistema colonial. Luego, afrontaremos brevemente el caso particular de la encomienda, como caso emblemático, en cuya discusión se jugó gran parte del debate en torno a las cuestiones de dignidad y justicia. Pero veamos, primeramente, algunos momentos clave de su evolución.

2. Introducción: qué son las Leyes de Indias, los momentos clave, el contexto.

Mucho se ha hablado acerca de la conquista española de América, y del avasallamiento cultural y humano que trajo aparejado. En este debate apasionado, nacieron las diversas formas de leer la Historia colonial. Por un lado, una postura presenta la historia colonial como un inmenso avasallamiento de las culturas indígenas por parte de los españoles, que habrían venido sólo para enriquecerse a cualquier costo y que implicó genocidios, robos y atropellos. Otra postura presenta la misma historia como un bondadoso acercamiento de los españoles hacia los indios, a los cuales sacó de su salvajismo para introducirlos en la religión cristiana. Entre una ‘leyenda negra’ y otra ‘leyenda blanca’, una gran variedad de matices fue conformando la vida de los pueblos que vivieron en estas partes de América en ese tiempo, sin duda una ‘leyenda gris’, con héroes anónimos e intereses mezquinos, con solidaridades y egoísmos, con empresas colectivas y aventuras solitarias, con ‘luces y sombras’.

En este contexto, presentamos aquí algunos elementos que muestran el lado humano de esta conquista. Los indios fueron considerados, para el Derecho Indiano, personas con derechos, en condiciones de igualdad con los españoles de la península. Pero los juristas de la época, muchos de ellos imbuidos de un profundo espíritu cristiano, no dejaron de tener en cuenta la situación de desigualdad en que se encontraban los indios en el sistema. La destrucción de sus sistemas de producción para suplantarlos por nuevas relaciones de producción; el avasallamiento de su cultura, con frecuencia anulada y

sustituida por otra; la pérdida de la relación secular y a veces milenaria con la tierra; la sustitución de su religión por nuevas relaciones con lo trascendente; el violento cambio en los sistemas de autoridad y de relaciones sociales... Todo ello ponía a los indios en una inmensa desventaja en el sistema colonial español.

El Derecho Indiano trató de compensar estas desventajas concediendo algunos privilegios a los indios. En ese sentido, el Derecho Indiano bien puede considerarse como un primer y valioso antecedente jurídico de los derechos humanos.

Destaquemos ahora algunas características del Derecho Indiano que puedan caracterizarlo. La primera característica a destacar es el acentuado casuismo, lo que traía como resultado una producción legislativa enorme. Con frecuencia, y especialmente en las primeras décadas del siglo XVI, la legislación respondía a casos planteados que requerían un urgente respuesta. Esto llevaba que ante casos similares, la legislación aportaba respuestas diferentes.¹⁰

Una segunda característica es la tendencia asimiladora y uniformadora: siendo de una misma corona los reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y maneras del gobierno de los unos y los otros debían asemejarse, en lo posible. Pero, ya que las circunstancias sociales, económicas y geográficas que imperaban en América eran tan distintas a las de España, y las distancias tan largas, y las comunicaciones tan difíciles, pronto las instituciones y la legislación fueron cambiando y diferenciándose profundamente unas de otras.

Una tercera característica es la gran minuciosidad reglamentaria: los monarcas españoles trataron de conservar todas las riendas de un mundo tan grande, tan amplio y tan lejano como el recién descubierto, y ello dio como resultado un profundo interés en conocer los más vastos problemas económicos, sociales y políticos de las grandes demarcaciones de todas las Indias. Este interés ese vio reflejado en la minuciosidad con que cada instrumento legislativo trataba cada situación, que los convertía en documentos sumamente extensos, meticulosos e incomprensibles para la mayoría.

Finalmente, y quizá la característica que otorga gran originalidad al Derecho Indiano, es el profundo sentido ético y religioso de que estaba impregnado: se podría declarar que, ya desde el gobierno de Isabel de Castilla en el siglo XV, la pauta general de la época era un marcado nacionalismo eclesiástico,

10. Una respuesta a esto fueron los intentos de recopilaciones que hubo durante toda la época de la colonia. Estos esfuerzos se concretaron en los inmensos trabajos que concluyeron con la Recopilación de 1680 en la época de Carlos II, y en la Recopilación de 1792, en la época de Carlos IV y cuando ya el sistema español daba claros síntomas de desmoronamiento. Hubo además, numerosos intentos de ordenamiento del sistema de ordenanzas, tanto regionales, como se dieron en el Virreinato de la Nueva España y en el del Perú, como otros que abarcaron períodos acotados de tiempo.

que convirtió a la religión católica en uno de los fines del Estado. Esta actitud no fue sólo una idea, sino que se vio reflejada en las Leyes de las Indias. La ética que impregnó el sistema colonial español fue la ética española de ese tiempo.

Repasemos brevemente los momentos clave de estas ideas.

2.1 Las primeras ideas.

En la España del siglo XVI el absolutismo cada vez más acentuado se manifestaba abiertamente en las relaciones sociales, donde los reyes concentraban todo el poder político. En este contexto, la profunda religiosidad de la reina Isabel de Castilla ejercía una influencia notable en todos los órdenes, que se volcaba profusamente en el ámbito jurídico. Su testamento del año 1504, marcó una tendencia del pensamiento jurídico posterior. Veamos algunos fragmentos de este testamento.

*“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”.*¹¹

La preocupación de la reina anticipaba ya algo que sería después recurrente en las Leyes de Indias: la preocupación por el buen trato que debía dársele a los indios en las nacientes colonias españolas de América, reafirmado con el mandato de ‘*remedien y provean*’, que revela la intención de que el mandato no se quede en el papel.

Pocos años antes, en 1501, la reina había hecho llegar unas Instrucciones al Visitador Nicolás de Ovando, que debía ‘visitar’ las tierras recién descubiertas, ante las noticias que llegaban a la Corona española acerca del mal trato de que eran objeto los indios. Un fragmento de esas Instrucciones revela conceptos similares a los del testamento.

*“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...”*¹²

11. González, J. C., *Influencia del derecho español en América*, Edición electrónica MAPFRE Tavera, Madrid, 1992, P. 155.

12. *Op.cit.*, P. 147.

En estas Instrucciones hay un elemento sumamente novedoso, del cual no hay antecedentes y que no volverá a repetirse en toda la historia del Derecho Indiano. Repasémoslo:

“Los tributos para el rey han de ser con ellos convenidos, de manera que ellos conozcan que no se les hace injusticia”.¹³

Esta inusitada recomendación de consultar los tributos con quienes han de pagarlos, no volverá a repetirse en el Derecho Indiano; quedará como valioso antecedente de la tendencia a impregnar el derecho de consideraciones que tomaran en cuenta la condición humana de los indios.¹⁴ Conocemos muy pocos intentos en esos tiempos en este sentido, fuera de este documento. En el siglo XII, los nobles ingleses habían intentado imponer sus condiciones en cuanto a los tributos al rey de Inglaterra, sin mayores resultados. Habrá que esperar hasta los comienzos del siglo XVII, cuando los primeros colonos ingleses en América dejen por escrito su compromiso de intervenir en la decisión de los tributos que habrán de obligarlos, para encontrar estas ideas plasmadas en compromisos políticos.¹⁵ Con posterioridad, los pensadores ingleses y franceses del siglo XVIII desarrollarán estas ideas, que encontrarán concreción en la independencia de Estados Unidos de 1776, plasmadas en la Constitución de 1787, y en la revolución francesa de 1789.¹⁶

2.2 El discurso de Antonio de Montesinos de 1511.

Quienes iniciaron este debate, que la sociedad española aceptó francamente, fueron los religiosos que tenían experiencia en las colonias nacientes. Aún con matices diversos, como los expresados por fray Toribio de Benavente y fray Bartolomé de Las Casas, pusieron en el seno de la discusión la cuestión de los derechos de los españoles. Con frecuencia, se limitaron a pedir que los indios recibieran buen trato, evitando violencias, atropellos y robos en su perjuicio; pero también numerosas veces cuestionaron hasta la posibilidad del sistema colonial.

Precisamente, un domingo de diciembre de 1511 los colonizadores españoles escucharon atónitos cómo desde el púlpito se les increpaba duramente:

“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 aquestos indios? Con qué autoridad habéis hecho tan detestables

13. *Op.cit.* P. 148.

14. Grenni, Héctor, *La idea de justicia en el Derecho Indiano*, revista Científica 6, Universidad Don Bosco, diciembre de 2005.

15. Se pueden consultar el Pacto del Buen Pueblo de Virginia y el Pacto del Mayflower de 1620 en Daniel J. Boorstin, *Compendio histórico de los Estados Unidos. Un recorrido por sus documentos fundamentales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

16. A este respecto, sugerimos consultar el original y sugerente escrito de Henry David Thoreau de 1856 sobre La desobediencia civil, en Boorstin, D. J., *op.cit.*, P. 259-277.

guerras que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muerte y estragos nunca oídos, habéis consumido?”.¹⁷

Hacia alusión al sistema de encomienda con el que los conquistadores españoles pretendían resarcirse de los esfuerzos y gastos que implicaba la conquista, enriqueciéndose con el trabajo de los indios. El religioso dominico Antonio de Montesinos, con el consenso de su comunidad, por primera vez en América, ponía en tela de juicio toda la ‘tarea española en Indias’. Quedaban así bajo sospecha el trato que los españoles daban a los indios, la legalidad de los títulos (‘¿con qué derecho...?’), la posibilidad de enriquecerse a costa del trabajo de los indios y hasta la misma presencia española en América. Se abría así en el sistema colonial y en la sociedad española toda el debate profundo sobre la humanidad de los indios, que habría de tomar cuerpo en el debate acerca de la encomienda. Continuaba el fraile dominico:

“¿Estos no son hombres? ¿Con éstos no se deben guardar y cumplir los preceptos de caridad y de la justicia? ¿Estos no tenían sus tierras propias y sus señores y señoríos? ¿Estos hannos ofendido en algo? ¿La ley de Cristo, no somos obligados a predicársela y trabajar con toda diligencia de convertirlos?... Todos estáis en pecado mortal, y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes”.¹⁸

Acusando desde el púlpito a quienes cometían abusos en contra de los indios de la Isla de Santo Domingo, Montesinos abría un amplio campo de discusión jurídica, que la Corona española no rehusó. Las repercusiones llegaron hasta España y hasta la Corona. Probablemente, esto influyó decididamente en la legislación que trató de ordenar la vida en las flamantes colonias americanas. En 1512 se celebraba una Junta en Burgos, donde se expidió una Ordenanza protectora de los indios.

2.3 La bula *Sublimis Deus* de 1537.

Mencionábamos más arriba el ‘encuentro’ -o ‘desencuentro’-¹⁹ intercultural que se dio a partir de 1492 en adelante, con la llega de los españoles a América. Este contacto tuvo tres protagonistas esenciales: los indígenas de América, la Corona española y el Papado. Los primeros, como protagonistas

17. Galmés, Lorenzo, *Bartolomé de Las Casas. Defensor de los derechos humanos*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1982, P. 31.

18. *Op.cit.*, P. 32.

19. No queremos aquí adentrarnos en el rico y polémico debate surgido alrededor de los términos ‘encuentro’ o ‘desencuentro’, para mencionar el contacto entre las culturas indígenas y españolas desde 1492, que cobró inusitada fuerza en ocasión de los 500 años de la llegada de los europeos a América. Este debate lleva implícitas posturas diversas para considerar la ‘tarea española en Indias’, abarcando todos los campos, incluso el del Derecho.

esenciales, ya que estaba en cuestión su cultura, su Historia y hasta su existencia. La Corona española, como protagonista secundario, era sin embargo quien tenía la iniciativa en este diálogo. Finalmente, el Papado como institución que representaba la ideología religiosa dominante, tuvo importancia creciente a medida que la Iglesia institucional fue cobrando forma como ente unificador del pensamiento medieval europeo.

El pensamiento español, y especialmente en lo que tiene que ver con la cuestión jurídica, estuvo fuertemente imbuido por ello. Las decisiones de la Corona tuvieron siempre en cuenta las repercusiones que pudieran tener en el Papado y en su pueblo cristiano. De allí que la Corona siempre sostuvo que la legitimidad de sus títulos se fundaban en las bulas del Papa Alejandro VI de 1493. La Iglesia y la Corona marcharon de la mano en esta ‘tarea española’ americana.²⁰

El pensamiento cristiano estuvo fuertemente influenciado por ello y se vio reflejado en el pensamiento jurídico. El Derecho Indiano es una manifestación clara de ello. Quizá la expresión más evidente de esto sea la bula *Sublimis Deus* de 1537, emitida por el Papa Paulo III.

Cabe citar como antecedente cercano a esta bula el escrito que le hizo llegar al Papa un año antes Julián Garcés, obispo de Tlaxcala, México. Intentaba aquí poner en evidencia la capacidad de los indios para recibir la fe cristiana, que estaba en discusión. Cuestionar esta capacidad implicaba poner en tela de juicio la justificación que los españoles intentaban para legitimar su presencia -con todo lo que ello implicaba- en América. Transcribimos sólo un fragmento de la bula papal.

*“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”.*²¹

Esta intervención del Papado iba a marcar profundamente y para siempre la reflexión y el debate en torno a esta cuestión. Desde entonces, la cuestión de la humanidad de los indios se transformó en una cuestión de estado. El

20. Grenni, H., *op.cit.*, P. 20-21.

21. Galmés, L., *op.cit.*, P. 110.

espíritu español, profundamente cristiano y católico, no podía ignorar esta intervención. En adelante, todos los elementos legislativos tuvieron como punto de partida el hecho de que ‘los indios son verdaderos hombres’, y por consiguiente, tienen alma.

Si bien esta declaración de derechos podía haberse aceptado, ya que era susceptible de interpretaciones desde los más diversos ángulos, tenía una consecuencia directa: ponía en tela de juicio la práctica de las encomiendas, que sustentaba todo el sistema colonial español en América: la supresión de las encomiendas lesionaba directamente el sistema productivo español y numerosos intereses personales. La recomendación de que los indios sean bien tratados provenía ahora desde la Corona misma. Veamos algunas ordenanzas en este sentido.

“...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 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...”²²

Y la siguiente disposición 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”.*²³

Tanto los defensores de la encomienda y la conquista, como los defensores de la libertad de los indios y del buen trato que debía dárseles, en adelante hicieron pesar esta idea. Para los primeros, fue un argumento que justificaba la presencia española en Indias: la ‘salvación de los indios’, ‘ahora que tenían alma’, era una tarea encomendada por Dios a la Corona española y legitimaba su presencia en América. Para los otros, era un argumento que abogaba por el buen trato de los Indios: eran verdaderos hombres, por lo tanto, debían ser tratados como tales. El debate iniciado adquirió así un apasionamiento a veces inusitado: en el nombre de estas ideas se justificaron discursos, excomuniones, genocidios, explotaciones, atropellos, experiencias apasionantes y asesinatos.²⁴

Citamos tan sólo un incidente de este debate. En 1538, un año después de la bula citada, el también obispo Juan Fernández de Angulo escribía al rey diciéndole acerca de los indios:

22. 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.

23. Aguirre, J., *op.cit.*, P. 113.

24. En 1455 el obispo de León, en Nicaragua, fue asesinado a golpes por el partido de los encomenderos liderado por la familia de los Contreras, ante el intento del obispo de hacer cumplir su mandato de abolir la encomienda, como se lo había encomendado el rey Carlos I de acuerdo a las Leyes Nuevas de 1542.

“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 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”²⁵

Es en estos tiempos que Francisco de Vitoria²⁶ comienza a elaborar sus tesis en las que somete a juicio crítico la conquista de América desde la perspectiva de los derechos de las personas. De esta manera, 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.²⁷ Sin duda alguna, las ideas de Vitoria se vieron influidas por la bula papal. Citamos brevemente algunos conceptos suyos:

“En verdad, si los indios no son hombres si no monas, non sunt capaces iniuriae. Pero si son hombres y prójimos, et quod ipse prae se ferunt, vasallos del Emperador, non video quomodo excusar a estos conquistadores de última impiedad y tiranía...”²⁸

La postura de Vitoria llegó a cuestionar los derechos del papa a otorgar tierras, pero legitimaron la influencia en el campo del pensamiento acerca del lugar de los indios en el sistema colonial.

“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”²⁹

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

26. 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. 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.

27. Grenni, H., *La controversia sobre los derechos en las Leyes de Indias: el debate entre Las Casas y Sepúlveda (1549-51)*, revista Teoría y Praxis 5, Universidad don Bosco, enero de 2005.

28. De Vitoria, F., citado por García, R. D., *La primera evangelización y sus lecturas*, Ed. Centro Salesiano de Estudios “San Juan Bosco”, Estudios Proyecto N° 1, Buenos Aires, 1990, P. 39.

29. Zavala, S., *op.cit.*, P. 8.

Vitoria ponía de esta manera 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.

La legislación posterior a 1537 no dejó de sentir la influencia de esta bula pontificia.³⁰ Un ejemplo de ello son las citadas tesis de Francisco de Vitoria; otro ejemplo es el Código Ovandino de 1571.³¹ Uno de sus argumentos que citamos aquí tiene que ver con la vida cotidiana: los encomenderos, quienes debían encargarse del adoctrinamiento de los indios, con frecuencia impedían su participación en las sesiones de adoctrinamiento, hasta hacer casi imposible la evangelización, en el decir de Julián Garcés, obispo de Tlaxcala, a mediados del siglo XVI. El Código, en un claro intento de proteger la humanidad de los indios como ésta era entendida en el siglo XVI, resalta que

*“Los encomenderos y otras personas que impidieren y estorbaren a los yndios que en los días y horas señaladas no vayan a oyr y aprender la doctrina Christiana por los ocupar en sus labores o por otra razon y no por prohibir derecha y principalmente la predicación del evangelio y enseñamiento de nuestra santta fe católica y conuersion de los yndios y estrouaren a las personas que los an de enseñar las nuestras justicias los castiguen rigurosamente conforme a la qualidad de su exceso y provean como los yndios vayan libremente a aprender y oyr la doctrina y los ministros della la enseñen”.*³²

La humanidad era entendida aquí como la incorporación al sistema colonial y la adhesión al cristianismo, con derechos iguales a los de los españoles.

La realidad histórica puso de manifiesto que esta riquísima legislación no bastó para poner todo en orden. Siguieron dándose atropellos a la dignidad. La realidad superó con creces a los ideales de los legisladores y probablemente también de la Corona, que sin duda no contaban con la codicia y ambiciones de los conquistadores y colonizadores. Los testimonios posteriores a la bula

30. No se puede dejar de lado la influencia beneficiosa en el sentido de la humanidad de los indios, ejercida por esta bula. A este respecto caben las palabras de Luciano Pereña: *“Las leyes, y más cuando se urgen periódicamente, acaban por forjar una opinión, una conciencia, una norma de conducta, y esto, indudablemente, se dio también en las Indias Occidentales en un grado apreciable, especialmente cuando, después de las primeras guerras, se entró en un período de paz y prosperidad relativa”*, en Pereña L., *La idea de justicia en la conquista de América*, versión electrónica de la Ed. MAPFRE América, Madrid, 1992, P. 214.

31. El Código Ovandino o Recopilación de Felipe II, debía constituirse en un código de leyes. Juan de Ovando escribió el primer libro sobre la Gobernación Espiritual de Indias, y tenía listas las anotaciones para escribir el segundo libro, sobre la Gobernación Temporal, pero no alcanzó a terminarlo. El primero estuvo terminado en 1569, y fue aprobado y publicado parcialmente en 1571.

32. González, A. M., *Gobernación espiritual de Indias. Código Ovandino. Libro I°*, Ed. Del Instituto Teológico Salesiano, Guatemala, 1977, P. 137. Este trabajo, si bien idealiza la tarea recopiladora de Juan de Ovando, tiene el mérito de haber comparado las distintas versiones de la obra en sus manuscritos originales. Su trabajo presenta la transcripción de los originales.

sobre los abusos contra los indios son numerosos, y no disminuyeron con posterioridad a la misma. El obispo de Charcas, el dominico fray Domingo de Santo Tomás, escribe al rey en 1560, una carta terrible:

“...acerca de la desorden pasada desde que esta tierra en tan mal pie se descubrió, y de la barbarería y crueldades que en ella ha habido y españoles han usado, hasta muy poco ha que ha empezado a haber alguna sombra de orden...; desde que esta tierra se descubrió no se ha tenido a esta miserable gente más respeto ni aun tanto que a animales brutos...”.³³

Decíamos más arriba que estas ideas abrieron un amplísimo debate en el seno de la sociedad española. Este debate tomó forma en la confrontación para la cual la Corona dio espacios, entre 1549 y 1551. Buena parte de la intelectualidad española de esos tiempos tomó partido. El debate giró acerca de la legitimidad de los títulos que ostentaba España para ocupar América, y derivó hacia la humanidad de los indios y su lugar en el sistema colonial. Los principales ponentes fueron el dominico Fray Bartolomé de Las Casas y el sacerdote Juan Ginés de Sepúlveda. El primero abogaba por el trato humanitario de los indios y la abolición de la encomienda. El segundo sustentaba que la evangelización justificaba el derecho español a ocupar América. Ambos sustentaban la humanidad de los indios -la bula de 1537 no podía ser dejada de lado-, aunque los caminos para hacerla efectiva fueran muy diferentes.

Es de destacar la influencia que ejercieron en este debate las ideas de Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca.

La cuestión a resolver era si

“la mejor forma de predicar y evangelizar a los aborígenes del Nuevo Mundo era después de dominarlos por la fuerza de las armas, de manera que el dominio de los habitantes de América, con la finalidad de predicarles la fe cristiana, se convertía en un ‘Justo Título’ de dominio de las Indias”.³⁴

Se quería dilucidar, en el fondo, acerca de si el indio era un ser nacido para la esclavitud, por lo que sólo era posible concederle alguna libertad cuando conociese el cristianismo, o podía considerársele como persona en igualdad de condiciones y derechos con los españoles.

El debate se inició en agosto de 1550, en Valladolid, sede en ese entonces de la Corte real. Domingo de Soto, como presidente y moderador del debate fue el encargado de introducirlo:

33. Citado por Egaña del Castillo, F., *Historia Natural y Moral del Reyno de Nueva Granada*, Colección MAPFRE Tavera, en *Textos Clásicos de la Literatura Jurídica Indiana I*, versión electrónica, Madrid, 1992.
34. Blanco Odio, A., *Derecho de gentes en la Colonia*, Ed. Porrúa, México, 1985, P. 112.

*“...si es lícito a S, M., hacer guerra a aquellos indios antes que se les predique la fe, para sujetarlos a su imperio, y que después de sujetados puedan más fácil y cómodamente ser enseñados y alumbrados por la doctrina evangélica. El doctor Sepúlveda sustenta la parte afirmativa, el señor obispo defiende la negativa”.*³⁵

Se delinearon así dos posturas frente al problema, que se tradujeron en posturas ‘a favor de los indígenas’ y ‘a favor de los españoles’. El apasionamiento llevó a posiciones extremas. Unos presentaban a los indígenas como inocentes que vivían en un estado de bondad natural y libertad, donde todo era compartido y no existía el mal; los españoles habrían llegado a pisotearlos, robarles y explotarlos, en una búsqueda ambiciosa de riquezas y poder. Otros presentaban a los indios como personas viciosas y perezosas. Así los presentaba ya Colón:

*“...esta generación de los indios es muy mentirosa y de poca constancia... no pueden ser apartados de vicios y malas costumbres e inclinaciones a algunos”.*³⁶

Y Gonzalo Fernández de Oviedo, en su Historia General y Natural de las Indias,

*“...esta gente de estos indios de sí misma es para poco, y por poca cosa se mueren o se asustan y van al monte; porque su principal intento (y lo que ellos siempre habían hecho antes de que los cristianos pasasen), era comer y beber y holgar y lujuriar e idolatrar y ejercer otras muchas suciedades bestiales...”.*³⁷

Esta postura se nutría también de elementos que tenían su origen en un concepto de superioridad racial por parte de los españoles. Como sostiene Bonfill Batalla,

*“La visión del otro, la del europeo sobre América, se encuadró dentro del contexto de dominación colonial... Por ello, los pueblos recientemente descubiertos ya estaban dentro del contexto de la historia europea: como marginales, excéntricos, paganas, inferiores”.*³⁸

Si bien esta controversia tuvo una importante resonancia en el ámbito jurídico, y en general, en el mundo del pensamiento español y europeo, se puede

35. Citado por Céspedes del Castillo, *La ideología de la colonización*, Ed. Biblioteca de Autores Españoles (BAE) volumen 110, Madrid, 1993, P. 293.

36. Citado por *Historiadores de Indias*, recopilación del Instituto Gallach, Ed. Océano, Barcelona, 1993, pág. 29.

37. Citado en *Historiadores de Indias, op.cit.*, pág 34.

38. Bonfill Batalla, E., *Identidad y pluralismo cultural en América Latina*, Fondo Editorial del Centro de Estudios Históricos, Antropológicos y Sociológicos (CEHASS), Editorial de la Universidad de Puerto Rico, impreso en Buenos Aires, 1988, P. 163. Esta misma postura presenta Ricardo Danilo Dardón Flores en un artículo titulado *El indio: perspectiva histórica. La visión del otro*, en la Revista de Antropología, Arqueología e Historia de julio de 2003 de la Escuela de Historia de la Universidad de San Carlos de Guatemala. El autor añade que el indio era considerado como un ser inferior destinado a ser elevado y redimido gracias a la acción del colonizador español. Se mencionan los argumentos que serán esgrimidos por Sepúlveda en la controversia que presentamos aquí.

decir que ‘no hubo vencedores ni vencidos’, ya que ninguna de las dos posturas quedó desautorizada. Pero su repercusión en la legislación posterior fue sumamente importante.³⁹

Otro momento importante en esta reflexión acerca de la humanidad de los indios en el Derecho Indiano es el intento de recopilación de leyes ordenado por Carlos I y promulgado en 1542 con el nombre de Leyes Nuevas.

2.4 Las Leyes Nuevas de 1542.

La bula de 1537 vio plasmado su intento en las ‘Leyes Nuevas’ de 1542. Éstas constituyeron más bien un nuevo cuerpo legislativo, ya que no sólo recopilaba elementos legislativos anteriores, sino que sumaba a ellos una serie de disposiciones nuevas. Sin duda, la bula de 1537 marcó un hito en la historia del Derecho Indiano. El rey Carlos I el Católico no podía permanecer indiferente ante ella, por su repercusión, por su acentuado catolicismo, por el momento histórico que vivía y por el alcance que tenía para el sistema colonial en América.

Se trataba de remediar los abusos, cumplir con el mandato evangelizador de las bulas de 1493 dando así legitimidad a la conquista y colonización españolas, consolidar la conquista y el dominio español en las Indias: o sea, se trataba de hacer posible el sistema colonial cuestionado. Pero, sobre todo, se intentaba dar legitimidad jurídica a la ‘declaración de humanidad’ de los indios. Si, desde 1537 ‘los indios eran hombres y tenían alma’⁴⁰, no podían ser esclavizados, se ponía en tela de juicio el sistema de encomiendas, y con ello, todo el sistema colonial español.

Sin duda, además, estaba la intención de formular cuerpos legislativos susceptibles de ser cumplidos a miles de kilómetros de distancia, sin dejar de lado el espíritu de aventura y de cruzada que con frecuencia impregnó la ocupación española de Indias; al fin de cuentas, la conquista había sido una obra de aventureros con mayor o menor beneplácito por parte de la Corona. Probablemente, se trataba asimismo de establecer los controles

39. Cfr. Héctor Grenni, *La controversia sobre los derechos en las Leyes de Indias: el debate entre Las casas y Sepúlveda (1549-51)*, en revista Teoría y Praxis 5, Universidad Don Bosco, enero de 2005.

40. Eduardo Galeano ha acompañado la postura de una visión de la historia sintetizada en la ‘leyenda negra’, que concentró la atención especialmente en la violencia y la explotación que sufrieron los indígenas en manos de los europeos en la época del descubrimiento, la conquista y la colonia. Para esta visión, toda esta parte de la historia está manchada por aspectos negativos. Como sostiene E. Galeano, “*La cruz y la espada marchaban juntas en la conquista y el despojo colonial... La economía colonial estaba regida por los mercaderes y los grandes propietarios de las tierras, quienes se repartían el usufructo de la mano de obra indígena y negra bajo la mirada celosa y omnipotente de la Corona y su principal asociada, la Iglesia. Al mismo tiempo, no faltaban las justificaciones ideológicas. La sangría del Nuevo Mundo se convertía en un acto de caridad o una razón de fe. Junto con la culpa nació todo un sistema de coartadas para las conciencias culpables... y sin embargo, el Papa había resuelto que los indios tenían alma*”, haciendo alusión aquí a la bula papal de 1537, en Galeano, E., *Las venas abiertas de América Latina*, Ed. Abril, Buenos Aires, 1983, P. 45-46.

necesarios para acallar las quejas y de lograr el aprovechamiento de las nuevas tierras en beneficio de los intereses imperiales. Conjugar todos estos elementos no era tarea fácil.

Sin duda, la idea acerca de la ‘humanidad’ de los indios americanos, nacida ya desde la llegada de los españoles, y alimentada por medio siglo de intentos legislativos, perdura en todo este riquísimo siglo XVI y adquiere formas concretas en el trabajo legislativo.

Uno de los intentos más logrados fue lo que se denominó Leyes Nuevas de 1542. Éstas se convirtieron así en la primera recopilación de la ya copiosa documentación que reglamentaba la vida de las colonias españolas en América. Se trataba del primer intento de ordenamiento jurídico de la legislación indiana. Algunos párrafos que citamos a continuación, intentaron sintetizar lo legislado hasta ese tiempo.

*”7. Y porque nuestro principal intento y voluntad siempre ha sido y es de la conservación y agmento de los indios y que sean instruidos y enseñados en las cosas de nuestra sancta Fé cathólica y bien tratados como personas libres y vasallos nuestros, como lo son, encargamos y mandamos a los del dicho nuestro Consejo [de las Indias] tengan siempre muy gran atención y espeçial cuidado sobre todo de la conservación y buen gobierno y tratamiento de los dichos indios y de saber cómo se cumple y executa lo que por Nos está ordenado y se ordenare para la buena governaçión de las nuestras Indias y administración de la justiçia en ellas, y de hazer que se guarde, cunpla y execute, sin que en ello haya remisión, falta, ni descuido alguno”.*⁴¹

Quedaban así planteadas dos cuestiones a las que había que dar respuestas mientras se hacía la historia de América española. La primera tenía que ver con la viabilidad del sistema colonial y era de índole económica: si los indios eran personas, como afirmaba la bula de 1537, tendrían todos los derechos inherentes a ello y no podían ser esclavizados, pues eran súbditos de la Corona. Esto implicaba afrontar el problema de la mano de obra en la colonia: ¿quién trabajaría para los españoles, entonces, que habían venido a conquistar, si los aborígenes no podrían ser esclavizados? La firme postura de la Corona española a este respecto no pudo evitar que los funcionarios americanos encontraran muchas formas de eludir las disposiciones reales, y por lo tanto el Derecho Indiano, encontrando nuevas formas de esclavitud disimulada, como la ‘mita’ y la ‘encomienda’.

41. 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.

La segunda cuestión tenía que ver con los títulos y era de orden jurídico en el ámbito del Derecho Natural: si los aborígenes ‘eran personas’, ‘que tenían alma’, tenían los mismos derechos que los habitantes españoles de la península, y no sólo no podían ser esclavizados, sino que podían participar en las decisiones, de la misma manera que los otros súbditos de la Corona. Por lo tanto, podían poseer tierras, tributar, decidir en cuestiones comunales, conquistar, ejercer cargos públicos, etc. Esto replanteaba hasta la misma razón de ser de la conquista. Pero además, situaba la discusión en un ámbito más alto: el de los derechos humanos y la igualdad de las personas de todo el mundo. Si los aborígenes americanos eran personas, Europa dejaba de ser el centro del mundo, porque la Historia se podía escribir también desde otros lugares.⁴²

Estas fueron las dos cuestiones fundamentales que afrontó la legislación de 1542, y sin duda, los dos elementos clave en la reflexión jurídica del Derecho Indiano. Los siguientes esfuerzos legislativos se encuadraron dentro de estas dos cuestiones y abonaron a las ideas centrales del siglo XVI, perdurando a lo largo de los tres siglos de la colonia. Constituyen, sin duda, un valioso antecedente a la reflexión acerca de los derechos humanos en la Historia.

2.5 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*,⁴³ fue publicada en 1680 por iniciativa del rey Carlos II. Ésta dedica a la cuestión de los indios todo el Libro Sexto del Segundo Tomo. Se recopilaron en este inmenso esfuerzo jurídico las leyes anteriores que se refieren a la situación de los indios en el sistema colonial español, y señala el intento de la Corona española de darle continuidad y orden a la legislación que ponía en relieve la humanidad de los indios en la colonia.

La Recopilación, al presentar todas las leyes anteriores referidas al trato de los indios, pone en evidencia los altibajos de las Leyes de Indias: recopila tanto las leyes que favorecen a los indios como las que guardan los derechos de los encomenderos. La resistencia de los encomenderos en el cumplimiento de las leyes obligó a dar marcha atrás en muchas de las disposiciones anteriores, incluidas las de 1542. Esta resistencia llegó incluso hasta la

42. Grenni., H., Las Leyes de Indias. Un intento por considerar a los indígenas como personas con derechos, en revista Teoría y Praxis 4, Universidad Don Bosco, 2004, P. 116.

43. Hay un original de esta Recopilación, conocida como la Recopilación de 1680, en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que ha servido para la reproducción de esta obra en facsímil editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado español, en Madrid en 1998. 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.

rebelión armada como en Perú, y hasta al asesinato de funcionarios y obispos, como en el caso del obispo de León, Nicaragua. Con todo, la insistencia en este aspecto hace evidente la intención de la Corona de favorecer a los indios.

Ya desde sus primeras disposiciones, la Recopilación 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...”.⁴⁴

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.

Se nota asimismo, una preocupación ‘pedagógica’: intenta hacer que los indios convertidos sean educados en el trabajo. Así lo da a entender esta ley:

“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”.⁴⁵

Y lo mismo se entiende 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

44. 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.

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

*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”.*⁴⁶

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.

Es necesario poner en relieve la intención de la Recopilación por salvar los elementos culturales.⁴⁷ Las disposiciones en este sentido presentan al Derecho Indiano como un antecedente valioso de los derechos humanos ‘de segunda generación’, que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales. Sin duda, legislaciones en este sentido en el siglo XVII resaltan aún más su profundo humanismo. Por ejemplo, la disposición de que *los Gobernadores de Indios de Tlaxcala sean naturales* y que puedan escribir al rey directamente, como lo prescribe Felipe II en 1585 y 1594, abriendo la posibilidad de que los indios se comuniquen directamente con la Corona; 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.

Probablemente, estos derechos y prohibiciones quieren crear las condiciones para la inserción de los indios en el sistema colonial. De aquí se pueden generar dos lecturas: primeramente, el atropello cultural que implica la presión jurídica para obligar a la inserción de una multitud de personas en una cultura que no le es propia. Por otra parte, el intento insertar a los indios en el sistema colonial en condiciones que dejen de lado su marginalidad.

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

46. Leyes de Carlos I en Madrid, 1552 y Felipe III en Madrid, 1618, en *op.cit.*, Libro Sexto, Ley xxj, P. 194.
47. Grenni, H., *La encomienda en el Derecho Indiano: las propuestas de Las Casas y la Recopilación de 1680*, en revista *Teoría y Praxis* 7, Universidad Don Bosco, enero de 2006, P. 113-116.

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.

El intento de que los indios reciban un buen trato fue una preocupación constante de la Corona. Así lo demuestran las constantes disposiciones a lo largo de los tres siglos del Derecho Indiano, que insisten una y otra vez en ello y así quedó en evidencia en la Recopilación de 1680. Es preocupación implicaba la conversión al cristianismo y el uso de la libertad. Posiblemente, se pueda rastrear razones para este intento de humanización del sistema colonial en el profundo cristianismo de la dinastía reinante en España, la Casa de Austria, que iba acompañado de una 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”.*⁴⁸

En general, la Corona insistió siempre en que los indios, por ser vasallos de la Corona, eran libres; por lo tanto, no podían estar sujetos a ninguna servidumbre. Esto ha sido objeto de numerosas disposiciones ya desde principios de la colonia. La Recopilación de 1680 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

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

*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”.*⁴⁹

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.

Las disposiciones acerca de la libertad de los indios, y 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, un año antes de la promulgación de la Recopilación:

*“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...”*⁵⁰

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...”*⁵¹

3. Las ideas.

Presentamos en este apartado cuatro argumentos acerca de los cuales se dio una reflexión constante en los tres siglos de la colonia española. Primeramente, se presenta un breve panorama de la discusión acerca de los títulos que daban legitimidad a la Corona española en su ‘tarea americana’. Luego, se

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

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

51. Idem, P. 206.

pasa revista a la reflexión acerca de la dignidad de los indios en el sistema colonial y a la idea de justicia. Finalmente, se plantean algunos argumentos acerca de institución colonial en la que se jugaban todos los elementos anteriores: la encomienda.

3.1 La cuestión de los títulos.

La cuestión acerca de la legalidad de los títulos españoles que justificasen su presencia en América fue objeto de discusiones apasionadas. Son numerosos los antecedentes jurídicos que sirvieron como basamento erudito para este debate, que comenzó ya desde los primeros años de la presencia española en América. 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 al alcance que tuvo el debate en el contexto jurídico colonial español, en la cuestión indiana.

Nos detendremos aquí brevemente en los argumentos que consideramos que más han influido en este debate. En este contexto, los primeros argumentos fueron expuestos en las bulas del Papa Alejandro VI de 1493: las dos bulas *Intercaetera*, completadas por el Tratado de Tordesillas entre España y Portugal, repartían entre esas dos coronas las tierras descubiertas o por descubrirse a partir de esos años: 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.

El derecho a colonizar y apropiarse de las tierras iba junto a la obligación de llevar el cristianismo a las personas que habitaban esas tierras, y que con ello quedaban sujetos a la dominación. La evangelización quedaba así como sustento legitimador de la apropiación, 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 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”.⁵²

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

En este documento 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,⁵³ que confirmaban y completaban esta concesión. Y al Tratado de Tordesillas siguieron otros, entre las coronas de España y Portugal. España se anexionaba los territorios americanos a medida que iba llegando a ellos y tomaba posesión, siempre basándose en la concesión papal; y siempre se consideró que la concesión papal justificaba las conquistas.

El debate tuvo un momento álgido cuando en 1511, el monje benedictino Fray Antonio de Montesinos pronunció su famoso sermón discurso de 1511, que citamos también arriba, y provocó gran revuelo: desde el seno mismo de la iglesia -en una Misa, en la primera iglesia construida en América!-, 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. En esas Cortes se discutieron y quedaron establecidos los siguientes principios:

- que los indios sean tratados como hombres libres, de acuerdo al testamento de Isabel;
- que debían ser 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 Valladolid (u Ordenanzas de Burgos), que el rey promulgó en 1513.

Estas leyes abordaban por primera vez en esta instancia 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 legitimidad de los títulos se afrontaba de manera implícita: la prioridad 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.

Si bien el debate por los ‘justos títulos’ españoles abarcó toda la época de la colonia, los argumentos fundamentales se dieron en el siglo XVI, coincidiendo

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

tcon la llegada española. Cabe destacar aquí los aportes de Francisco de Vitoria⁵⁴ desde el derecho internacional, y de Fray Bartolomé de Las Casas desde el derecho de los indios a la evangelización.

Los cuestionamientos abarcaron dos aspectos: primeramente, el cuestionamiento de los títulos españoles que legitimarían la 'primera entrada' en Indias. Entran aquí en cuestión las bulas papales de 1493, aceptadas generalmente como el origen de la justicia de los títulos. Los reinos conquistados son '*no nuestros, sino ajenos, de los reyes y señores naturales*'. Sin embargo, Las Casas no profundizará en este argumento, y quedará como una simple afirmación. Tocaré a Francisco de Vitoria llevar este cuestionamiento hasta el fondo. En los años en que se desarrolla el debate con Sepúlveda ya Vitoria había enunciado su 'duda indiana'.

Con respecto a los títulos reales, Vitoria nunca acusó al rey Carlos I de agresión contra los indios. Daba por sentado la justicia de los títulos del rey, basada en las bulas papales. La legitimidad -y por lo tanto la justicia- de la conquista estaba fuera de discusión para Vitoria: '*supongo que lo puede hacer strictísimamente*'. El cuestionamiento de Vitoria iba dirigido principalmente a los métodos para llevar a cabo esta conquista. Con respecto a la justicia de los títulos del rey, opinaba que

*“La legitimidad de la conquista de Las Indias parece materia segura ya resuelta. Porque los reyes de España ocupan aquellos territorios en pacífica posesión y de buena fe, porque es de creer que reyes tan justos y cristianísimos tienen por muy averiguado y remirado todo lo que se refiere a la seguridad de su estado y conciencia, y porque eminentes juristas y consejeros vienen juzgando positivamente el gobierno y administración de Las Indias”.*⁵⁵

Como se ve, la postura aquí es pragmática: la justicia de los títulos está basada en la suposición de que el rey cristiano no puede proceder en forma injusta, y en el juicio que '*eminentes juristas*' hacen de la administración real.

Si bien la crítica de Vitoria no iba dirigida al cuestionamiento de la legitimidad de los títulos reales, la 'duda indiana' y la exigencia de justicia iban dirigidas a la actuación de los españoles en Indias: la 'tarea española en Indias' quedaba ahora en cuestión:

“De todo lo dicho se desprende claramente que los españoles no tenían justa causa para declarar la guerra (a) los indios tanto

54. Francisco de Vitoria planteó su 'duda indiana' desde 1537 en adelante, desde su cátedra de la Universidad de Salamanca, en la que presenta su cuestionamiento a la legitimidad de los títulos españoles que justificasen la conquista y con ello, la colonización y hasta la evangelización. Su punto de partida será siempre el derecho natural.

55. Pereña, V., *op.cit.*, P. 88.

si se quiere fundar su título de legitimidad en que empapa donó aquellos reinos al Emperador como si se invoca el poder universal del Papa que no quieren reconocer.”⁵⁶

Los planteos de Vitoria abrieron una nueva etapa en el cuestionamiento de la conquista española de las Indias, y un profundo espacio para la reflexión acerca de la humanidad de los indios, la justicia de los títulos, la praxis del derecho y la viabilidad del sistema colonial.

En el fondo, la postura de Vitoria está sustentada en el hecho que la situación indiana no puede ser regida por el derecho positivo. Esta situación nueva hace necesario recurrir a una instancia jurídica superior, que abarque el problema en forma global.

Con todo, el rey ‘católico’ no podía permitir el cuestionamiento de sus derechos sobre las Indias. Por ello, ni los indudables abusos de los conquistadores, ni las polémicas sobre los métodos de evangelización debían servir para ello. Pero la insistencia de las denuncias y las dudas morales determinaron la firme decisión de castigar a los culpables. De allí la abundancia de elementos legislativos en este sentido.

La evangelización -entendida como la propagación del cristianismo entre los indios de las colonias españolas-, fue el elemento jurídico e histórico que daba legalidad a la conquista, justificándola y legitimando el dominio político y económico de las Indias: la Iglesia proveía así una sanción moral al hecho histórico: la conquista y colonización se convertían así en una ‘tarea española’ en América. Ya desde las primeras bulas papales otorgadas a fines del siglo XV, que concedían a España el derecho a la conquista con la obligación de llevar la evangelización, ésta se había constituido en un deber para la Corona española, que se veía obligada a cumplir.⁵⁷ Este modo de pensar se volcó al derecho y tuvo su expresión más acabada en el campo jurídico en el Código Ovandino, que adquirió fuerza legislativa a partir de su publicación en 1571.⁵⁸ En la Prefación del Libro de las Leyes, que hace de introducción a su obra, Ovando refiere que

“Reconosciendo la obligacion en que Dios nos ha puesto en hauernos dado tantos Reynos y Senorios, y sobre ellos milagrosa mente hauernos dado y encargado el Reyno y Senorio y descubrimiento adquisicion y conuersion a su santta ffe catholica, e incorporacion del gremio de su santta yglesia de todo el nueuo mundo delas Yndias Occidentales que estuuu incognito y fuera de la ley de gracia de su unico hijo...”⁵⁹

56. Pereña, V., *op.cit.*, P. 89.

57. De Blas Zabaleta, P., De la Puente Brunke, J., Serviá Reymundo, M. J., Roca Cobo, E., Rivas, A., Historia Común de Iberoamérica, Ed. EDAF, Madrid, 2000, P. 9.

58. El Código Ovandino fue un intento de recopilación de las numerosas leyes que componían la legislación indiana; fue encargada a Juan de Ovando, que sólo alcanzó a publicar su primer volumen, referido a la Gobernación Espiritual. Hay un buen estudio del Código Ovandino hecho por Ángel Martín González, Gobernación Espiritual de Indias. Código Ovandino. Libro 1°, editado en Guatemala por el Instituto Teológico Salesiano en 1977: si bien idealiza la labor de Ovando, tiene la virtud de haber consultado los originales de la obra.

59. González, A. M., *op.cit.*, P. 127.

3.2 La cuestión de la dignidad.

La discusión acerca de los ‘justos títulos’ acarreó otra discusión, de más largo alcance: la cuestión de la dignidad de los indios. Con ello iban aparejadas las cuestiones acerca de la posibilidad de la esclavitud, el lugar de los indios en el sistema colonial, sus derechos y obligaciones y su cultura.

En las colonias americanas de España 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. Esto dio lugar a numerosos conflictos, como el que se generó constantemente en las regiones de frontera, como 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.⁶⁰

En 1542 el rey Carlos I promulgaba las Leyes Nuevas que citábamos más arriba. 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.

El Consejo de Indias publicó las Leyes Nuevas en 1542. 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:

60. 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.

“...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 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...”.⁶¹

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”.⁶²

La dignidad de las personas estaba ligada a la religión cristiana en el sistema colonial español. Ello daba sentido a su lugar en el sistema y a sus derechos. Todo ello implicaba el buen trato que debían recibir. Citamos aquí una ley de 1680, que 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 entrecerse 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

61. 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.

62. Aguirre, J., op.cit., pág. 113.

*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”.*⁶³

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”.*⁶⁴

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.

La cuestión acerca de la dignidad de los indios se dirimió en el debate acerca de su lugar en el sistema colonial, que estuvo fuertemente marcado por la cuestión de la encomienda. A ello nos abocamos más abajo.

3.3 La cuestión de la justicia.

La justicia que debía regir en las relaciones con los indios tiene antecedentes notables en el debate jurídico español, y fue una constante preocupación de la Corona española. Tengamos presente a ese respecto la decisión de la reina Isabel, que citábamos arriba, de que los tributos que debían pagar los indios debían ser consultados antes con ellos, *de manera que ellos conozcan que no se les hace injusticia.*

Creemos que, partir de la lectura de los numerosos elementos jurídicos y de los escritos que influyeron en el pensamiento español de la época, como

63. Leyes de Felipe II de 1563 y 1580, y de Felipe III de 1635, ley iij, 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. 273-4.

64. 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.

los de Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitoria y Juan Ginés de Sepúlveda, se puede decir que la idea general de justicia en la legislación española de Indias emanaba de la misma concepción de ley: en las colonias españolas de América en la época de la colonia, se entendía que las leyes del Estado son justas y lícitas, por lo tanto, susceptibles de ser cumplidas, cuando han sido promulgadas para promover el bienestar de todos los ciudadanos, y se ajustan al interés de la comunidad a la que deben regir.⁶⁵

Las Casas sostuvo constantemente una postura decidida en favor de los derechos indígenas. Esto lo llevó a tener un fuerte protagonismo en el famoso debate con Sepúlveda de mediados del siglo XVI. En el memorial que envió al príncipe Felipe, después de esos debates, insiste en sus ataques ya presentados anteriormente contra las conquistas y los repartos de indios para el servicio de los españoles, presentándolos como

“dos especies de tiranías con que hemos desolado aquellas tan innumerables repúblicas: la una nuestra primera entrada, que llamaron conquista en aquellos reinos no nuestros, sino ajenos, de los reyes y señores naturales, en cuya pacífica posesión los hallamos. La otra fue y es la tiránica gobernación, mucho más injusta y más cruel que aquella con que el Faraón oprimió en Egipto a los judíos, a que pusieron por nombre repartimientos o encomiendas, por la cual a los reyes naturales habemos violentamente contra toda razón y justicia despojado a los señores y (a los) súbditos de su libertad y de sus vidas, como todo el mundo sabe”.⁶⁶

La idea de la ‘guerra justa’ estaba centrada en la cuestión acerca de si la propagación del cristianismo justificaba la guerra, y con ella, el sometimiento de los pueblos conquistados. Al respecto, las ideas de Francisco de Vitoria, si bien no se vieron actuadas en el sistema colonial español, especialmente en el siglo XVI, el siglo de las conquistas, sin duda influyeron fuertemente en el pensamiento de su tiempo. Veamos algunas de estas ideas.

En carta fechada el 8 de noviembre de 1534 a su superior y amigo Miguel de Arcos, expresaba:

“(En) cuanto al caso de Perú, digo a V(uestra) P(aternidad) que ya, no me espantan ni me embarazan las cosas que vienen a mis manos, excepto trampas de beneficios y cosas de Indias, que se me hiela la sangre en el cuerpo en mentándomelas... Aquí, pues, esta hacienda fue ajena, no se puede pretender otro título a ella sino jure belli. Primum omnium, yo no entiendo la justicia de aquella guerra; neo

65. Pereña Vicente, L., *La idea de justicia en la conquista de América*, Ed. MAPFRE América, versión electrónica, Madrid, 1992. P. 98.

66. Zavala, S., *Por la senda hispana de la libertad*, Ed. MAPFRE América, versión electrónica, Madrid, 1992, P. 107.

disputo si el Emperador puede conquistar las Indias, que supongo que lo puede hacer strictísimamente. Pero a lo que yo he entendido de los mismos que estuvieron en la próxima batalla de Tabalipa,⁶⁷ nunca Tabalipa ni los suyos había hecho algún agravio a los cristianos ni cosa por donde los debiesen hacer la guerra.”⁶⁸

A continuación, de Vitoria reflexiona acerca de la responsabilidad jurídica de quienes efectivamente cometieron el asesinato y los robos:

“Sed, responden los defensores de los peruleros, que los soldados ni eran obligados a examinar esto, sino seguir y hacer lo que mandaban los capitanes. Accipio responsum, para los que no sabían que no había ninguna causa más de guerra más de para robarlos. Y creo que más ruines han sido las otras conquistas después acá...”⁶⁹

Vitoria no incursiona en este punto en la cuestión de las responsabilidades individuales. Por ello, no deslinda responsabilidades entre quienes dieron la orden de cometer la injusticia, y quienes la cometieron efectivamente. Toma como objeto de estudio el hecho en sí: la injusticia en sí misma. Aquí, la mirada jurídica parte del hecho de que los indios son personas, aludiendo a la bula de 1537: si los indios son hombres, entonces no pueden ser sujetos de injusticias.

Luciano Pereña comenta estos conceptos diciendo que Vitoria

“opinaba que parecían injustas las sanciones y el botín, el reparto de oro y la esclavitud que los conquistadores imponían por derecho de guerra. No habría más solución que indemnizar y restituir a los incas. El remedio de la ‘composición’ o concertación canónica no era más que un mero subterfugio para aquietar conciencias, y él no estaba dispuesto a aceptar esta solución, demasiado laxa y conformista, ‘aunque la determine Roma o el Papa’, porque el robo de los tesoros del Perú no eran restitución incierta”⁷⁰

Este pronunciamiento de Vitoria no ofrece lugar a dudas: ‘impiedad’ y ‘tiranía’ son los calificativos que usa para definir a los conquistadores. Estos conceptos sirvieron de amplio respaldo a las tesis de Las Casas en la controversia de Valladolid, pero no se vieron reflejados en el Derecho Indiano de esta forma: la Recopilación de 1680 ofrecerá todavía espacios para interpretaciones diversas.

El sacerdote José de Acosta realizó también aportes importantes en este campo de la discusión, en el siglo XVI. Desde su experiencia en América intervino en el debate acerca de si la evangelización justificaba la guerra.

67. De Vitoria menciona a Atahualpa como Tabalipa.

68. De la carta de Francisco de Vitoria a Miguel de Arcos en 1534, citado por Rubén Darío García, *op.cit.*, P. 38.

69. Ídem. P. 38.

70. Pereña, Vicente, *op.cit.* P. 78.

*“Y sea el primer argumento en favor de los barbaros que no hay que hacer el mal para que resulte el bien... Si, pues, la guerra e injusta, no hay que hacerla aunque parezca que ha de traer la salvacion segura incluso a la mitad del mundo. Por tanto, si constase cierto que no queda otro camino para predicar la fe e a los indios que acudiendo a la guerra de conquista no justificada, habria que pensar que les estaba cerrada la puerta del Evangelio antes que entrar por la fuerza a predicarles la observancia de esa ley, violando la ley de Dios...”*⁷¹

Queda claro que la guerra es injusta. Esta postura de Acosta influyó poderosamente en la legislación emanada desde la Corona, especialmente en las recopilaciones posteriores, que culminaran en la gran recopilación de 1680. Sin embargo, los escritos que cuestionaban la justicia de los títulos y de la acción española en Indias continuaron. Esta cita que sigue data de fines del siglo XVI:

*“Cosa averiguada es, por derecho divino y por derecho humano, que la guerra que los españoles hicieron, asi a los naturales destas islas (de Canarias), como a los indios en las occidentales regiones, fue injusta sin tener razon alguna de bien en qué escribir, porque, ni ellos poseían tierras de cristianos, ni salían de sus límites y términos para infestar ni molestar las ajenas. Pues decir que les traían el Evangelio había de ser con predicación y amonestación, y no con atambor y bandera, togados y no forzados, pero esta materia ya está ventilada en otras partes”*⁷²

Estos numerosos escritos contribuyeron al debate y no dejaron de influir en el ánimo de la Corona, que buscó constantemente hacer de su ‘tarea en Indias’ un instrumento evangelizador, que justificase la conquista de los territorios y favoreciese un sistema en el que los indios tuviesen participación en los beneficios.

La dominación española tuvo un fuerte carácter religioso. La propagación del cristianismo a los indios fue la razón que constantemente legitimaba la ‘tarea española en Indias’. La cruz acompañó a la espada en este proceso: la primera fase de la conquista estuvo fuertemente marcada por la interdependencia de la cruz y la espada. Pero, si bien el cristianismo oficial legitimó constantemente la dominación española, podemos afirmar que fueron religiosos -cardenales, obispos y frailes- los primeros defensores de la justicia en el trato de los indios.

71. Acosta, J. de, *De procuranda indorum salute*, en *Corpus Hispanorum de Pace*, vol. XXIII, Madrid, 1992, P. 253-5.

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

El cristianismo, entendido desde la cultura española del siglo XVI, se volvió así indicador de la justicia. Por ello, la adhesión a la cultura española coincidió con la adhesión a la justicia, tanto para los españoles como para los indios. Ovando, refiriéndose a los sacramentos, cita en su obra que

“se a recebido por los naturales dellas y la regeneracion del baptismo y han sido libertados de la Tyrania y seruidumbre del demonio y de los vicios y peccados en que estauan y para los dottrinar en la fe y mantener en justicia y reducir a vida politica...”.⁷³

3.4 Una cuestión álgida: la encomienda.

El lugar de los indios y de los españoles en el sistema colonial español 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 Perú,⁷⁴ las misiones jesuíticas del Paraguay, los repartimientos y la encomienda.

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 la 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.

Un notorio jurista de la colonia, Juan de Solórzano y Pereira, definía 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”.⁷⁵

73. Citado por González, *Gobernación espiritual de Indias*. Código Ovandino. Libro 1º, Ed. Instituto Teológico de Guatemala, 1977, P. 131.

74. La ‘mita’ fue 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. 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.

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

En 1522 Hernán Cortés repartió indios entre sus soldados como premio por sus esfuerzos. Consideraba justicia el reparto en mérito a los esfuerzos que sus soldados, y él mismo, habían realizado en la conquista. Veamos cómo cuenta este reparto de personas 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...”*⁷⁶

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.

La encomienda dio lugar a relaciones muy diversas entre los conquistadores españoles y los indios repartidos. Los malos tratos abundaron, y de ello hay pruebas suficientes y conocidas. Baste mencionar aquí la insistencia a lo largo de los tres siglos de colonia, 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; 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 testimonio del encomendero español Juan de Ortega, residente en Santa Fe de Bogotá en 1583. Una de sus cláusulas dice:

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

“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”.⁷⁷

Como puede verse aquí, el encomendero español Juan de Ortega, habiendo heredado la encomienda de su tío, también llamado Juan de Ortega, 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’*.

Para medir la importancia de la encomienda 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’*.⁷⁸ 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.

El fraile dominico Bartolomé de Las Casas fue un asiduo cuestionador del sistema de encomiendas. Así comienza su escrito *El octavo remedio*, dirigido al rey Carlos I:

“que Vuestra Majestad ordene y mande y constituya con la susodicha majestad y solemnidad en solemnes Cortes, por sus premáticas sanciones e leyes reales, que todos los indios que hay en todas las Indias, así los ya sujetos como los que de aquí en adelante sujetaren, se pongan e reduzcan y incorporen en la corona real de Castilla y León, en cabeza de Vuestra Majestad, como súbditos y vasallos libres que son, y ningunos estén encomendados a cristianos ni españoles, antes sea inviolable constitución, determinación y ley real, que ni ahora ni ningún tiempo jamás perpetuamente pueden ser sacados ni enajenados

77. 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.
78. Muro Orejón, A., *Lecciones de historia del derecho indiano-hispano*, Escuela libre de Derecho Miguel Ángel Porrúa, México, 1983, P. 281.

*de la dicha corona real, ni dados a nadie por vasallos o encomendados, no dados en feudo, ni en encomienda, ni en depósito ni por ningún otro título ni modo o manera de enajenamiento o sacar de la dicha corona real por servicio que nadie haga, ni merecimientos que tenga, ni necesidad que ocurra, ni causa o color alguna otra que se ofrezca o se pretenda”.*⁷⁹

Las Casas planteaba aquí la abolición de la encomienda para permitir que los indios pasen a depender directamente de la Corona. Destacamos aquí el argumento que da sustento a la postura de Las Casas para defender el buen trato debido a los indios: el hecho de ser súbditos y vasallos libres del rey, ‘*como súbditos y vasallos libres que son*’, tan libres y sujetos a derecho como cualquier otro español de la península.

El argumento esencial de Las Casas para sostener la abolición de la encomienda es que la presencia española en Indias se fundamenta en la concesión papal de 1493, y que ésta obligaba a la Corona española a tener cuidado de la cristianización de los indios. Esta obligación no puede ser delegada en nadie, ya que

*“no es en mano de los ínclitos reyes de Castilla dejar de ser inmediatos administradores y apóstoles desta dicha predicación y conversión ...- y que esta no la pueden delegar, ni cometer, ni fiar de nadie como dicho es por precepto divino”.*⁸⁰

Se sostiene aquí que, si el mandato de cristianizar es de origen divino y va dirigido a la Corona, no puede ser encomendado por los reyes españoles a nadie, precisamente por su origen divino. Por ello, la justificación más importante para la existencia de la encomienda -la evangelización de los indios de la que debían ocuparse los encomenderos-, quedaba sin efecto.

Son veinte los argumentos de Las Casas en este escrito. Destacamos aquí solamente su quinto argumento:

*“...el señorío y jurisdicción que Vuestra Majestad sobre aquellas gentes tiene (es) provecho y utilidad espiritual y temporal de todos aquellos pueblos, y éste es el privilegio a ellos y no a Vuestra Majestad concedido... y según razón y derecho el privilegio concedido a favor de alguno no deba ser retorcido o convertido en disfavor...”*⁸¹

79. Bartolomé de Las Casas, *Octavo remedio*, en *Tratados, Tomo II*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, P. 645, citado por Jesús Antonio De la Torre Rangel, *El Derecho en la colonia: Las Casas y las Leyes Nuevas*, Revista Vínculo Jurídico 5, México, enero-mayo 1991.

80. Ídem, P. 653.

81. Ídem, P. 681.

Las Casas se basa aquí en la concesión inicial de las bulas de 1493, que conceden a los reyes de España las tierras de América con la obligación de evangelizar a los indios. Con todo, es de destacar aquí la transferencia del sujeto del derecho: los sujetos detentadores del derecho son los indios y no los reyes: los indios tienen derecho a ser evangelizados por la Corona; ésta, por su parte, no es detentadora de un derecho sino de una obligación, que no puede trasladar a otro. En todo caso, los mismos indios podrían hacerlo: podrían solicitar que sean otros los encargados de su evangelización.

Los escritos y las acciones de Las Casas tuvieron eco en la legislación: las Leyes Nuevas de 1542 prohibían la encomienda. Sin embargo, las reacciones provocadas por los inmensos intereses en juego hicieron dar numerosas marchas atrás: la encomienda fue legitimada y prohibida varias veces a lo largo de los tres siglos de la colonia, y numerosas veces la legislación se vio cargada de matices y excepciones.

La Recopilación de 1680, que citábamos arriba, 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 favorecerían a los indios, como es el caso de muchas de las disposiciones de las Leyes Nuevas de 1542.

4. Conclusión.

El Derecho Indiano, en sus tres siglos de existencia, recorrió un camino intenso. Fue el espacio para que las diversas formas de concebir la 'tarea española en Indias' se expresaran con apasionamiento. El riquísimo debate que se dio puso en tela de juicio todo lo concerniente a la presencia española en América: la legalidad y justicia de los títulos españoles en Indias, la justicia de las personas que debían actuarlo, los resultados de sus acciones y hasta las relaciones humanas.

En este breve recorrido por el Derecho Indiano en los siglos XVI a XVIII se han presentado las ideas que han marcado una constante en la evolución de la legislación que normaba el sistema colonial español. Se trató, fundamente, de definir el lugar de los indios en el sistema. 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.

Si, a pesar de las recomendaciones de gran envergadura jurídica y moral, como las mencionadas en el apartado sobre el *Octavo remedio*, y de la insistencia de la Corona en humanizar el sistema, el Derecho Indiano nunca logró suprimir 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. Suspender el sistema de encomiendas implicaba poner en cuestión el mismo sistema colonial.

La idea de justicia estuvo fuertemente ligada al trato que se dio a los indios en las colonias, y al lugar que éste tenía en el sistema colonial. La idea de dignidad estuvo ligada fuertemente a idea de igualdad con respecto a los españoles, y a la libertad de que gozaron en la colonia, por lo menos en las leyes escritas.

Creemos que la idea de justicia tuvo dos contextos como marco. El primero de ellos es el contexto coyuntural, que tiene que ver con numerosas situaciones en las que estaba en juego la dignidad de los indios, manifestada especialmente en el trato más o menos humanitario por parte de los españoles, especialmente encomenderos o funcionarios. Aquí, la intervención de numerosos religiosos marcó fuertemente este contexto, influyendo decididamente en la legislación.

El otro contexto es el marco estructural: el derecho escrito -el 'derecho positivo'- que dejó sentado en las estructuras jurídicas un sistema que intentaba incluir a los indios en el sistema colonial en paridad de derechos con los españoles. Numerosas causas -la distancia entre el centro del poder político y los lugares en que debía ponerse en práctica este derecho, los intereses particulares, las costumbres, la novedad de la propuesta- hicieron que estas leyes no se cumplieran con demasiada frecuencia.

La idea de dignidad, en cambio, estuvo fuertemente condicionada por el debate acerca de la encomienda, que a la postre definió el lugar de los indios en el sistema.

Con todo, creemos que bien pueden tomarse como antecedentes valiosos para las elaboraciones del concepto de justicia en los siglos posteriores. Algunas disposiciones que en los siglos de la colonia estaban enunciadas ya

en el derecho positivo, y que en su tiempo despertaron polémicas, hoy ya no se ponen en duda. Entre éstas, por ejemplo, la necesidad del 'buen trato' en las relaciones o de consultar los impuestos con quienes han de pagarlos.

Sin embargo, su mayor grandeza radica en el campo de las relaciones humanas: el haber llevado a abrir con sinceridad un debate acerca de la dignidad de las personas, haciendo con ello un dramático llamado a la igualdad, constituye un antecedente valioso a la consideración de los derechos humanos que se dio con posterioridad.

Ello llevaba implícito una postura sin prejuicios de raza. El mestizaje resultante, tanto étnico como cultural, es una muestra de ello.

La nueva relación de fuerzas, tanto dentro de las nuevas naciones que iban naciendo en el siglo XIX, como en las relaciones internacionales, no mejoró la situación de los indios. Las nuevas naciones plantearon la cuestión en otros términos: la incorporación al sistema era la condición *sine qua non* para la supervivencia. Así, las comunidades indígenas vieron cómo iban desapareciendo sus tierras, su cultura, su lengua y su identidad. Aquello que había sido motivo de profundas reflexiones y debates durante tres siglos, era ahora dejado de lado por la nueva situación: los indios no tuvieron cabida en los nuevos estados.

5. Bibliografía.

1. Academia Colombiana de Historia, *Boletín de Historia y Antigüedades*, N° 815, Bogotá, 1983.
2. Academia Colombiana de Historia, *Boletín de Historia y Antigüedades*, N° 818, Bogotá, 1985.
3. Héctor Grenni, *Le encomienda en el derecho Indiano: las propuestas de Las Casas y la Recopilación de 1680*, en *Teoría y Praxis* 7, Universidad Don Bosco, San Salvador, 2006.
4. Héctor Grenni, *La dignidad de las personas en el Derecho Indiano*, en *Teoría y Praxis* 6, Universidad Don Bosco, San Salvador, 2005.
5. 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.
6. Héctor Grenni, *Las Leyes de Indias: un intento por considerar a los indios como personas con derechos*, en *Teoría y Praxis* 4, Universidad Don Bosco, San Salvador, junio de 2004.

7. Héctor Grenni, *La idea de justicia en el Derecho Indiano*, en Científica 6, Universidad Don Bosco, San Salvador, 2005.
8. Lewis Hanke, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Ed. Istmo, Madrid, 1988.
9. Jesús Antonio De la Torre Rangel, *El Derecho en la colonia: Las Casa y las Leyes Nuevas*, Revista Vínculo Jurídico 5, México, enero-mayo 1991.
10. Silvio Zavala, *La encomienda indiana*, Ed. Porrúa, México, 1973.
11. Juan Carlos González, *Influencia del derecho español en América*, Edición electrónica de MAPFRE Tavera, con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, Madrid, 1992.
12. Rubén Darío García, *La primera evangelización y sus lecturas*, Ed. Centro Salesiano de Estudios San Juan Bosco, Estudios Proyecto 1, Buenos Aires, 1990.
13. Hernán Cortés, *Cartas de Relación*, Ed. Porrúa, México, 1983.
14. Alberto Muro Orejón, *Lecciones de historia del derecho indiano-hispano*, Escuela Libre de Derecho Miguel Ángel Porrúa, México, 1983.
15. Lorenzo Galmés, *Bartolomé de Las Casas. Defensor de los derechos humanos*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1982.
16. Bartolomé de Las Casas, *Octavo remedio*, en *Tratados*, Tomo II, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
17. *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias, mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey don Carlos II. Nuestro Señor*, 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.
18. José Aguirre, *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, en versión electrónica de la Ed. MAPFRE Tavera, con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, Madrid, 1992.
19. Humberto Briseño Sierra, *Derecho Procesal*, Tomo II, Ed. Auras, México, 1977

20. De Blas Zavaleta, de la Puente Brunke, Serviá Reymundo, Roca Cobo, Rivas, *Historia Común de Iberoamérica*, Ed. EDAF, Madrid, 2000.
21. Rubén Darío García, *La primera evangelización y sus lecturas*, Ed. Centro Salesiano de Estudios “San Juan Bosco”, Estudios Proyecto N° 1, Buenos Aires, 1990.
22. Ángel Martín González, *Gobernación espiritual de Indias. Código Ovandino. Libro 1º*, Ed. Instituto Teológico de Guatemala, 1977.
23. Juan Carlos González, *Influencia del derecho español en América*, Edición electrónica con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, MAPFRE Tavera, Madrid 1992.
24. Fernando Murillo Rubiera, *América y la dignidad del hombre*, Ed. MAPFRE América, versión electrónica con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, Madrid, 1992.
25. Juan Olaechea Labayen, *El indigenismo desdeñado*, Ed. MAPFRE América, versión electrónica con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, Madrid, 1992.
26. Luciano Pereña Vicente, *La idea de justicia en la conquista de América*, Ed. MAPFRE América, versión electrónica con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, Madrid, 1992.
27. Juan Ginés de Sepúlveda, *Apología*, Edición de Ángel de Losada, Madrid, 1955, en versión electrónica de la Fundación MAPFRE Tavera con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, Madrid, 1992.
28. Silvio Zavala, *Por la senda hispana de la libertad*, Ed. MAPFRE América, versión electrónica con el título *Textos clásicos de literatura jurídica indiana*, Madrid, 1992.
29. José de Acosta, *De procuranda Indorum salute, Hábeas Hispanorum de Pace*, volumen XXIII, CSIC, Madrid, 1984.
30. Alfredo Blanco Odio, *Derecho de gentes en la Colonia*, Ed. Porrúa, México, 1994.
31. Guillermo Bonfill Batalla, *Identidad y pluralismo cultural en América Latina*, Fondo Editorial del Cehass, Universidad de Puerto Rico, Buenos Aires, 1988.

32. Guillermo Céspedes del Castillo, *La ideología de la colonización*, Ed. Biblioteca de Autores Españoles (BAE) volumen 110, Madrid, 1993.
33. Ricardo Danilo Dardón Flores, *El Indio: perspectiva histórica. La visión del otro*, en la Revista de Antropología, Arqueología e Historia de julio de 2003 de la Escuela de Historia de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
34. F. Egaña del Castillo, *Historia Natural y Moral del Reyno de Nueva Granada*, Colección MAPFRE Tavera, en Textos Clásicos de la Literatura Jurídica Indiana I, Madrid, 1992.
35. Gonzalo Fernández de Oviedo, *Historia General y Natural de las Indias*, Edición de Juan Pérez de Tudela, Biblioteca de Autores Españoles, Atlas, Madrid, 1989.
36. Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*, Ed. Abril, Buenos Aires, 1983.
37. Rubén Darío García, *Documentos para la historia de las colonias españolas en América*, Ed. Abril, Buenos Aires, 1984.
38. Instituto Gallach, *Historiadores de Indias*, Edición conmemorativa, Ed. Océano, Barcelona, 1993.
39. Juan Olaechea Labayen, *El mestizaje como gesta*, reproducido en versión electrónica por Fundación MAPFRE América, Ed. MAPFRE, Madrid, 1992, P. 11.
40. Eduardo O’Gorman, *La invención del otro*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977.
41. Luciano Pereña Vicente, *El proceso a la conquista de América*, en Corpus Hispanorum de Pace XII, Edición de la Escuela Española de Paz, Madrid, 1993.
42. Juan Ginés de Sepúlveda, *Democrates segundo, o de las justas causas de la guerra contra los indios*, Colección MAPFRE TAVERA, en versión electrónica, N° 17, Edición de la Comisión del Sesquicentenario, Gobierno de España, Madrid, 1992.
43. Juan de Solórzano Pereira, *Política Indiana*, Biblioteca de Autores Españoles, Atlas, Madrid, 1994.
44. UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA, Revista de Antropología, Arqueología e Historia, Escuela de Historia, Universidad San Carlos de Guatemala, julio de 2004.