

# DERECHOS INDÍGENAS

## 1. Derechos Indígenas: (Levaggi § 57)

### I. Concepto y ubicación cronológica.

Debemos precisar que nos referiremos a los Derechos indígenas como elemento “endógeno” del Derecho Indiano, específicamente y no a los existentes anteriormente a la dominación española, como un sistema prehispánico, pues estaríamos ya saliendo del campo de la historia para adentrarnos en la etnografía y la antropología. Aunque la presencia de elementos jurídicos de procedencia indígena ya se da en los años finales del siglo XV, en algunos casos, y todavía a partir del siglo XVII en otros, la inserción de los derechos indígenas en el Derecho Indiano es un fenómeno que debe situarse, sobre todo, en el siglo XVI.<sup>1</sup>

Cuando hablamos de “Derechos indígenas”, lo hacemos en plural, y no en el singular “Derecho indígena”, porque las culturas aborígenes que poblaban el Nuevo Mundo fueron múltiples, y tuvieron distintos grados de civilización y costumbres, aunque a menudo el legislador español, por desconocimiento de la realidad, tendió a considerarlas como costumbres generales. Fue, por otra parte, un Derecho de costumbres o un Derecho impuesto, legal, pero –en apariencia- no escrito, como sucedía, por ejemplo, en el Imperio de los Incas.

### II. La doctrina.

Los primeros en emprender la acción en favor de los indios, fueron los teólogos Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, que movió a la Corona a tomar en cuenta sus costumbres. Las Casas reclamó para los naturales un orden cristiano, asentando justas leyes y fueros y buenas costumbres donde faltase, y aprobando y declarando y confirmando las que, justas y razonables, tuviesen, y vituperando y prohibiendo las irracionales y malas, y todo lo demás que concierne la justa y legítima gobernación.

Clérigos y juristas, tal el caso de como Vasco de Quiroga –oidor de la Audiencia de México y obispo de Michoacán-, el oidor Alonso de Zorita, un activo pesquisador de las costumbres indígenas; Juan de Matienzo –oidor de la Real Audiencia de Charcas y autor de “Gobierno del Perú”- y Polo de Ondegardo –corregidor del Cuzco- en sus relaciones, se compenetraron, cada vez más, de la necesidad de respetar las costumbres de los aborígenes, y de no hacer nuevas leyes hasta conocer bien su idiosincrasia. Por otro lado, lamentaron que se las hubieran quitado, sin haberles dado nuevas leyes, porque en ese momento vivían sin un orden ni el otro.

### III. La legislación.

Por esta razón, Carlos I (1555), con relación a los indios de la Verapaz, en Centroamérica, aprobó y tuvo por buenas las buenas leyes y buenas costumbres que tenían antiguamente para su gobierno, y las que hicieron y ordenaron de nuevo, con la reserva de añadirles lo que le pareciese conveniente. Esta declaración supuso un reconocimiento global del Derecho indígena, la sujeción al principio de la personalidad del Derecho (§ 92). Salvo la religión, el Derecho natural y la jurisdicción del rey, el criterio fue el de respetar las “buenas leyes y buenas costumbres” indígenas. El soberano se reservó el derecho de hacerles añadidos, pero no de derogarlas. Podríamos decir que aquí se produce su reconocimiento por el derecho positivo.

La Recopilación de 1680 fijó el criterio definitivo y general en el asunto. Además de mandar a las autoridades que “reconozcan con particular atención” el orden y forma de vivir de los

---

<sup>1</sup> González San Segundo, Miguel Ángel. El elemento indígena en la formación del Derecho Indiano, pág 408. RHD n° 11. Buenos Aires, 1983.

indios, dispuso que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro señor y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos. De conformidad con esta ley, la vigencia del Derecho indígena quedó subordinada a la religión cristiana, al Derecho natural, a la jurisdicción del rey y, además, a las leyes de la Recopilación.

#### **IV. Las instituciones subsistentes.**

El nuevo criterio fue, decididamente, de subordinación del Derecho indígena al Derecho indiano. Por oponerse a alguna de dichas premisas, fueron expresamente abolidas costumbres tales como la poligamia, la antropofagia ritual, la esclavitud de indios por sus caciques, y la muerte de indios para ser enterrados junto con los caciques difuntos. Entre las costumbres que subsistieron, a veces modificadas por el Derecho indiano, figuraron el cacicazgo (gobierno del señor indígena sobre la tribu), la comunidad de bienes (propiedad colectiva), el tambo (depósito de provisiones situado en los caminos), la obligación de trabajar, el servicio de correo (chasqui). El Derecho indígena se aplicó, fuera por las autoridades españolas o por las propias autoridades aborígenes, solamente a los indios. Es decir, que de las dos repúblicas o comunidades que coexistían en el Nuevo Mundo, la de los españoles y la de los indios, únicamente integró el ordenamiento jurídico de la segunda.

Por excepción, el Derecho indiano extendió a los españoles la observancia de alguna ley o costumbre indígena. Un ejemplo, es el de la división y reparto del agua (§ 400).

#### **V. El orden de prelación en la aplicación de los DD.II. desde la Recopilación de 1680.**

Dentro de la república de los indios, el Derecho se aplicó, desde la Recopilación y en principio, de conformidad con el siguiente orden de prelación:

- 1) Derecho indiano;
- 2) costumbres indígenas admitidas; y
- 3) Derecho castellano.

El criterio era el mismo que se había seguido en España con los fueros (§ 32), a los cuales se asimilaban los usos y costumbres de los indios. Así como en la península, en defecto de la legislación real, representada en el Nuevo Mundo por las leyes de Indias, se acudía a los usos y costumbres de la tierra. Sólo en subsidio de éstos, pudo recurrirse al Derecho castellano. Sin embargo, aun después de la Recopilación, hay indicios de que las “buenas costumbres” de los indios, p. ej., en materia de sucesión de los cacicazgos (§ 249), prevalecieron sobre las leyes indianas.

#### **VI. Tratados con los Indios (Levaggi § 57 bis):**

Una fuente singular del sistema jurídico de las Indias fueron los tratados, capitulaciones, pactos o “pases” que desde el siglo XVI celebró la Corona, por medio de sus funcionarios (adelantados, gobernadores, comandantes de armas, comisionados), con las comunidades indígenas situadas allende la frontera interior de la monarquía, es decir, en tierras sobre las cuales ejercía sólo una soberanía nominal. Tratados similares habían sido celebrados por los españoles con los aborígenes canarios antes del descubrimiento de América, y su aplicación en el Nuevo Mundo se vio favorecida desde que los reyes adoptaron la política de conquista

pacífica, en reemplazo de la inicial, que no descartaba el uso de la fuerza. Dicha política se basaba en las enseñanzas de Francisco de Vitoria (§ 39) sobre la “verdadera y voluntaria elección” por la que los indios podían someterse a la soberanía de los reyes españoles, y tuvo su consagración en las Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos y Poblaciones, de Felipe II (1573). La ordenanza 140 mandó a los gobernadores y pobladores que mostrándolos mucho amor y acariciándolos, y dándoles algunas cosas de rescates a que ellos se aficionaren, y no mostrando codicia de sus cosas, asiéntese amistad y alianza con los señores y principales que pareciere ser más parte para la pacificación de la tierra. Según las ideas de Vitoria, las comunidades indígenas constituían naciones, en los términos del Derecho de gentes (§ 370), y a estas normas debían ajustarse sus relaciones con los españoles, aun cuando habitaran el territorio de esta monarquía. Como naciones libres, tenían el derecho de perseverar en esa condición. Por tanto, si unas veces, mediante el tratado, se constituyeron en vasallos del rey de España, y aceptaron el cristianismo, otras veces el fin de su celebración se limitó a asegurar la convivencia pacífica, las relaciones comerciales, y la ayuda mutua en caso de guerra con terceros, además del intercambio de cautivos, si los había. No debe suponerse que los tratados respondieran, exclusivamente, a una práctica europea, y que su contenido fuera sólo determinado por el Derecho indiano. También los indios tenían incorporada la institución a sus costumbres, y los venían practicando entre sí desde tiempo inmemorial. Fue, pues, una institución mixta, en la que confluyeron ambas culturas, y ambas le dejaron su impronta. Verbales al principio, ya en el siglo XVIII fueron, por lo general, escritos y solemnes, y gracias a los mismos las fronteras interiores (de Chile, el Río de la Plata, Nueva España) gozaron de períodos de paz. Tan arraigada estuvo esta práctica, que se continuó, después de la independencia de España, por los gobiernos republicanos.

### **Bibliografía básica de referencia**

- Manzano y Manzano, Juan. Las Leyes y Costumbres Indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho Indiano. RHDRL n° 18, Primer Congreso del Instituto Indiano de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1973, págs. 65-71.
- Levaggi, Abelardo. “Notas sobre la vigencia de los derechos indígenas y la doctrina indiana”. Revista Complutense de Historia de América n° 17. Editorial Universitaria Complutense, Madrid, 1991, páginas 79-91 (En línea en la página de HDA-Fuentes indirectas: artículos de Abelardo Levaggi.)
- Levaggi, Abelardo. Manual de Historia del Derecho Argentino, Tomo I, 2ª edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Levaggi, Abelardo. Paz en la Frontera. EMSA, Buenos Aires, 2000.
- González de San Segundo, Miguel Ángel: “El elemento indígena en la formación del Derecho Indiano”. Revista de Historia del Derecho n° 11, IIHD. Buenos Aires, 1983, páginas 434-437.
- Díaz Couselo, José María. “El *Ius Commune* y los privilegios de los indígenas en la América Española”. Revista de Historia del Derecho n° 29, IIHD, Buenos Aires, 2001, páginas 267-306.
- Zorraquín Becú, Ricardo. “Los derechos indígenas”. Revista de Historia del Derecho n° 14, IIHD. Buenos Aires, 1986, páginas 427-451.