

## NOTAS DE DERECHO INDIANO

### I.—EL DERECHO INDIANO

La historia jurídica hispano-americana conoce bajo este nombre al conjunto de normas jurídicas vigentes, durante los siglos XVI a XVIII, en los dominios del rey de Castilla en el Nuevo Mundo, esto es el Derecho español aplicado a América.

Existe una vasta literatura española y americana sobre ese Derecho tanto referente al estudio de las leyes como de los jurisconsultos que las crearon y explicaron, que puede verse en los manuales de historia del derecho.

La expresión legal de ese Derecho es la recopilación titulada “Leyes de Indias”, promulgada en 1680. Los méritos y defectos de ella son reseñados por el historiador peruano Jorge Basadre en su “Historia del derecho peruano” (Lima, 1937) en las siguientes frases: “Se ha presentado a las leyes de esta Recopilación como fruto de una concepción admirable de un gran valor ético, jurídico, político, social y pedagógico sin precedentes, salvo el de Roma y con influencia evidente en gran parte de las leyes coloniales de otras potencias europeas que, a pesar del tiempo, no han podido superarlas en lo que respecta a la amplitud y al nivel humanitario... Sin embargo, los elogios, por subidos que sean, necesitan un límite. Hubo un gran atraso en esta legislación en una serie de puntos como en lo referente a los libros que debían publicarse o difundirse en América, a los extranjeros, al comercio, etc. La legislación de Indias fue, además, benévola para los indios, pero hostil a los criollos. Los juristas habían sido más avanzados al respecto... Cabe pues, hacer estas tachas, aunque se han disculpado como fruto del pensar de la época. La inaplicación de la legislación tuvo consecuencias funestas y malsanas, como por ejemplo la corrupción de los funcionarios y la situación del indio...” (p. 252-3).

En la ciencia jurídica destacó la “Política Indiana” del oidor español de la Audiencia de Lima, don Juan Solórzano y Pereyra. “La formación ideológica de los juristas indianos fue similar a la de los tratadistas peninsulares de su tiempo, pero los tipifica, con modalidades propias, su experiencia india que les obligó a contrastar con modalidades nuevas y a modificar y adaptar teorías... En el campo del derecho indiano, las realidades cotidianas llevan por lo común a los juristas, integrantes de las filas de la magistratura y alta burocracia, hacia las soluciones inmediatas y practicistas, encuadradas dentro del derecho positivo, pero no siempre concordes con los principios elevados y abstractos del derecho natural o de la pura justicia... A esa identidad de conocimiento práctico de los juristas indianos, obedece también su enfoque si-

milar de los mismos problemas y su conciencia social nacida, como es lógico, de la vida y de la experiencia personal" (Ella D. Temple, en *Documenta II-1*, Lima 1949-50, pp. 569-70).

Las fuentes del derecho indiano fueron las mismas que las del derecho castellano, es decir, derecho romano, leyes visigodas, el fuero juzgo, cédulas reales, usos castellanos y derecho canónico, a los que se añadieron la especial legislación de Indias como concilios limenses y mejicanos, cédulas reales dirigidas a estas tierras, la costumbre y el derecho indígena en cuanto no se opusiera a la legislación hispana y canónica.

"El derecho canónico —escribe Basadre—, tiene importancia histórica no sólo porque regula la organización del clero, fuerza tan importante en España y luego en América, sino además porque roza el problema de las relaciones de la Iglesia y del Estado, excepcionalmente interesantes en Castilla por haber sido la Iglesia la aliada del Estado monárquico y luego en América por el papel de la Iglesia como instrumento de la colonización; y además por haberse extendido la influencia canónica al campo mismo de las relaciones privadas y públicas más importantes. La esclavitud, el nacimiento, el matrimonio, las relaciones de familia en general, la condición de la mujer, la propiedad, la testamentificación, las sucesiones hereditarias en conjunto, el régimen de las prisiones, la penalidad, el tratamiento del pauperismo fueron influidos por las ideas cristianas" (op. cit. p. 223).

Para la historia del derecho eclesiástico americano es principalmente importante el libro primero de las "Leyes de Indias" que abarca los derechos del patronazgo real en todas las Indias y la minuciosa reglamentación acerca de fundación de iglesias, parroquias y monasterios, inventario de bienes eclesiásticos, prohibición de la entrada de sacerdotes extranjeros, normas sobre conventos, hospitales y cofradías, reunión de concilios provinciales, pase de bulas pontificias, nombramiento de obispos y doctrineros, erección de catedrales y canonjías, sistemas de diezmos y primicias, colegios y universidades, Tribunales de la Inquisición y de la Cruzada, conversión de los indios que es señalada como objetivo esencial de funcionarios y magistrados, extirpación de la idolatría, censura de libros, observancia de los preceptos cristianos, incluyendo el descanso dominical y fiestas de guardar, educación de los hijos de caciques. En el libro II se encuentra la disposición sobre el respeto a "las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía siempre que no se encuentren con la sagrada religión ni con las leyes de este libro". En el libro III se incluye la ley que determina la función de la Corona en la colonización de las Indias, derecho que descansa "en la donación de la Santa Sede Apostólica y en otros justos y legítimos títulos", lo mismo que la disposición de atraer a los indios alzados por buenos medios.

El sabio arzobispo quiteño, mons. González Suárez, observa que "las iglesias de la América española, aunque unidas estrechamente con la Santa Sede y muy obedientes a la autoridad apostólica en todo, desde su fundación se erigieron y gobernaron no por el Derecho canónico común, sino por un derecho

especial, que muy bien merecería ser llamado Derecho hispanoamericano” (Historia general de la República del Ecuador, III, Quito 1890, p. 403). Hubo leyes indianas nacidas de las circunstancias, como señalaba ya a 9 de setiembre de 1570 Felipe II a su embajador en Roma: “... porque en cada flota y navío de los que vienen de Indias se representan grandes necesidades espirituales a que conviene proveer luego, con mucha brevedad, y si se hubiese de ocurrir a Roma, se dexarían de proveer o si se proveyesen vienen a tiempo que ya son partidas las flotas y navíos, y cuando llegan en otras, ya son mudadas las cosas, de manera que no tienen remedio; y así o se han de quedar sin él o le han de poner los de nuestro Consejo o los Virreyes y Audiencias y Gobernadores de las Indias”. Las disposiciones dadas en virtud de indultos pontificios o dentro del título de protector de la Iglesia, impartido por el Concilio de Trento (Sess. 25, cap. XX, de reform.) a los príncipes católicos, entre los cuales era eminente la figura del Rey católico de España, eran lícitamente acatadas; las que se hubieran promulgado en contra del derecho canónico eran objetadas por obispos y religiosos, como consta de una frondosa literatura. Pero existieron numerosas brotadas “*praeter ius canonicum*” que se basaban en el reconocimiento de la fe y religiosidad del monarca español, no dudándose de su autoridad, por lo que prelados y religiosos acudían al rey para que hiciera ejecutar decretos conciliares, proveyera a necesidades de orden religioso o moral, compusiera sus querellas, etc. A esto debe agregarse la dificultad en aquel régimen político-religioso de trazar la línea divisoria de los dos poderes y precisar en asuntos misionales hasta dónde llegaba la autoridad real.

El derecho de alternativa en las elecciones conventuales, para que un año fuese elegido un peninsular y al siguiente un criollo, fue ya propuesto a fines del siglo XVI por el virrey conde del Villar y aceptado por la Corona. En las controversias sobre posesión de doctrinas y privilegios de religiosos que enfrentaron durante siglos a prelados episcopales y regulares; en la aplicación de patronato con extralimitaciones frecuentes de parte de las autoridades civiles indianas en problemas muy concretos y que hicieron famosas las querellas de santo Toribio con virreyes y corregidores; en las discusiones académicas entre el regalista Solórzano y el defensor de los derechos pontificios, Antonio Lelio, fueron surgiendo soluciones para remediar casos reales que llegaron a formar un cuerpo legal elogiado aún en 1819 por un franciscano, el padre Matraya y Ricci, como obligatorio estrictamente a los americanos españoles porque “es único en la República literaria en su especie, porque es un código de derecho eclesiástico-secular en que ambos se hallan tan amigablemente vinculados, que sin violencia se guardan a cada uno sus respectivos fueros; resultando de su co-adunación una admirable armonía que la constituye la obra más consumada que el mundo tiene en su especie. *El moralista filaléthico americano o el confesor imparcial* (Lima 1819, I, 12, n.º 44).

Esta alabanza informó a eclesiásticos y laicos durante el virreinato y se prolongó en la república hasta el Concilio plenario latino americano de 1899; la difusión prolongada de tales concepciones explican diversos aspectos de la situación actual del derecho eclesiástico peruano.

## II.—ABANDONO

En el siglo XVIII la tendencia europeizante que dominó a España bajo la dinastía de los Borbones dejó de lado el tradicional derecho que se desarrolló en América después de su hallazgo por el mundo occidental. “La obsesión de imitar —observa Jorge Basadre— existía ya en América desde antes, desde los primeros tiempos coloniales; pero entonces orientada hacia la metrópoli hacia lo español. Los siglos XVI y XVII fueron los más cerrados y radicales en este sentido. Ya en el siglo XVIII aparece el sentimiento que se llama “neofilia”, amor a lo nuevo y la obsesión de imitar se desplaza hacia lo francés. En el siglo XIX, nuestro Derecho, al mismo tiempo que se nacionaliza, se extranjeriza. Se nacionaliza al concretarse a lo peruano, perdiendo el carácter americano o “indiano”; pero se extranjeriza al convertirse paulatinamente en un mosaico de importaciones...” (*Historia del derecho peruano*, Lima 1937, p. 39).

Esto origina la desaparición del término “indiano” y el uso normal del apelativo americano, tanto que en los años de la emancipación desaparecen de los registros parroquiales los calificativos de “naturales y españoles” que son sustituidos por “peruanos y americanos”; se comprenden bajo la primera denominación a los descendientes de las razas precolombianas y en la segunda a los criollos y afines, para que pasada la euforia antihispana reaparezca el apelativo de “españoles”.

El 27 de agosto de 1821 el Protector San Martín al abolir el tributo indígena y el servicio personal decreta que “en adelante no se denominarán los aborígenes, “Indios o Naturales”; ellos son hijos y ciudadanos del Perú, y con el nombre de “peruanos” deben ser conocidos”.

En plena ilusión liberal el Congreso Constituyente de 1822, a 10 de octubre, dirige una proclama en quechua “a los Indios de las provincias interiores”, en que afirma enfáticamente “Vosotros indios, sois el primer objeto de nuestros cuidados. Nos acordamos de lo que habéis padecido, y trabajamos por haceros felices en el día. Váis a ser nobles, instruídos, propietarios, y representaráis entre los hombres todo lo que es debido a vuestras virtudes”. Para llevar a efecto estos deseos, el libertador Bolívar por los decretos de 8 de abril de 1824 y 4 de julio de 1825 dispone la repartición de las tierras comunales porque “la mayor parte de los naturales han carecido del goce y posesión de ellas” y porque “la Constitución de la República no conoce la autoridad de los Caciques sino la de los Intendentes de provincia y Gobernadores de sus respectivos distritos”.

Se abolieron las labranzas de comunidad para repartirlas en propiedades individuales, pero éstas vinieron a acrecentar el patrimonio de los blancos y mestizos, que se convirtieron en latifundistas. Los indígenas “quedaron iguales ante la ley, pero esclavos de la miseria”.

La hispanización iniciada en el siglo XVII para introducir la enseñanza del castellano a través de los doctrineros, según órdenes del Rey secundados

por los obispos, a pesar de las dificultades que presentó el Arzobispo criollo Arias de Ugarte, se intensificó en el siglo XVIII con la represión de la sublevación de Túpac Amaru, que impuso el cambio de vestidos y consiguiente desaparición de la indumentaria propiamente indígena.

Son ejemplo de ello los mandamientos episcopales de preladados progresistas, como el Obispo de Trujillo, Martínez de Compañón, que en Huancabamba dispone: "que el cura procure hacer general en el curato la lengua castellana, tanto por el interés de sus feligreses como el del suyo propio y de los Prelados cuando vengan a sus visitas, por ser conforme al decoro y a la pública utilidad de estos reinos, que sea uno mismo el lenguaje que en ellos se hable".

La legislación eclesiástica se encamina por el mismo rumbo y el VI Concilio limense de 1772 carece de especiales disposiciones para los indios, a los que considera solo como la última clase en la sociedad, asimilándolos casi exclusivamente a los otros cristianos. Durante el siglo XIX no hubo ni sínodos ni concilios y solo se reimprimieron los textos de la era virreinal con excepción del progresista obispo de Puno, Juan Ambrosio Huerta, que en su primer Sínodo diocesano se preocupa de la gran masa indígena; sin embargo las constituciones sinodales fueron vetadas por el Gobierno en nombre del patronato.

"Durante muchos años del siglo XIX —observa Basadre— se constata que no llega al Perú la influencia de la "escuela histórica" de Savigny... No ocurrió aquí como ocurriera en España misma que, al calor de la dicha escuela histórica, algunos publicistas defendieran la supervivencia de las costumbres locales frente a la invasión del Derecho codificado, centralizador y de inspiración extranjera. Los primeros legisladores del siglo XIX al ir, por ejemplo, en contra de la comunidad indígena, no sólo actuaban dentro de un sentido individualista sino también dentro de un sentido racionalista, es decir anti-historicista del Derecho. No fueron luego, ajenos a ese mismo orden de ideas los autores del Código Civil de 1852... (Este) declaró que las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso... Sólo cuando la costumbre suple la falta de convenio entre las partes, no cuando trate de suplir la falta de ley, la recoñoció y autorizó el C.C. en algunos casos. Otro aspecto interesante tiene este cambio de actitud. La figura del indio no aparece en ninguna de las páginas del C.C. de 1852" (cit. p. 41-2, 275).

"Entre las secciones del Derecho Peruano —apostrofa Riva Agüero—, hubo una descuidada por el extranjerismo de la República en el siglo XIX, y que hoy goza de singular favor: me refiero al Derecho Prehispano, a la organización incaica y preincaica, sobreviviente en los ayllos o comunidades indígenas, cuyas propiedades colectivas reconocen y amortizan en calidad de inalienables nuestras dos últimas Constituciones. El desvío de las precedentes generaciones de juristas liberales por estas curiosas supervivencias aborígenes, se ha trocado en fervorosa predilección, fuente de abundancia y elogiosos ensayos" (Obras completas VI, pp. 422-3).

Los constituyentes de 1920, presionados por la campaña dirigida por la "Asociación pro-indígena" de Pedro Zulen, incluyeron una declaración lírica

en el art. 58: "El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades". En la siguiente Asamblea constituyente de 1932 el diputado socialista Hildebrando Castro Pozo, antiguo estudioso de "Nuestra comunidad indígena", logró incorporar un título sobre "comunidades indígenas" (arts. 207 a 212) con otro artículo bien intencionado, pero no llevado a la práctica: "El Estado procurará de preferencia dotar de tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, tierras de propiedad particular, previa indemnización" (art. 211). No se aceptó la propuesta de la comisión redactora del ante-proyecto que decía: "La Constitución reconoce la autoridad de los funcionarios indígenas elegidos en la forma en que acostumbran las poblaciones campesinas; ejercerán funciones municipales en los "ayllos" y serán amigables componedores en la forma consuetudinaria"; era un principio fundamental y consecuencia lógica del reconocimiento de las comunidades.

Derivación de lo anterior fue la inclusión en el Código Civil de 1936 de un título "de las comunidades indígenas" (arts. 70-4). Dentro del ordenamiento jurídico peruano, estos títulos constitucionales y civiles dan la impresión de constituir figuras jurídicas sobreañadidas que no encajan en el sistema y con apariencias exótica como el título "de los bienes de familia" (arts. 456-73), copiado de una institución extraña al medio y que resultó totalmente ineficaz. Las disposiciones sobre comunidades no están trabadas con el resto de la legislación civil, en espera de la legislación que deberá dictarse por precepto constitucional.

En la legislación eclesiástica el VII Concilio limense de 1912 trata de aplicar las normas dictadas por el Concilio plenario latinoamericano de 1899, al medio nacional y el VIII de 1927 pretende lo mismo con los cánones del Código piano-benedictino de 1917; parecida misión tuvieron los sínodos diocesano en las diferentes circunscripciones eclesiásticas, tratando de uniformar la situación al derecho común universal de la Iglesia católica, con enternecidas consideraciones al estrato social indígena y procurando asimilarlo a la vida nacional, pero sin reconocimiento de sus costumbres tradicionales que en el fondo se trató de hacerlas desaparecer.

A pesar del afán europeizante de los siglos XVIII y XIX y de las tímidas intenciones de constituyentes y codificadores de los años treinta del presente, todos los que trabajan en nuestro país perciben la persistencia de costumbres profundamente arraigadas en las masas populares que no corresponden exactamente a la legislación canónica: las rocas andinas son más sólidas y persistentes que las enjabelgaduras hispánicas, los artificios rococó y el cemento anglo-sajón.

### III.—RAICES INDIGENAS

Las "Leyes de Indias" dieron cabida al derecho consuetudinario y admitieron las leyes y costumbres indígenas que no fueren contrarias a la fe cató-

lica (Ley 4, tit. 1, libro 2). El licenciado Polo de Ondegardo escribió una "Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros" en 1571, y el padre Acosta s.j. en un capítulo de su *De Procuranda Indorum salute* titulado "las costumbres de los indios que no repugnan al evangelio se deben conservar" lo justifica diciendo: "Oficio nuestro es ir poco a poco formando a los indios en las costumbres y la disciplina cristiana, y cortar sin estrépido los ritos supersticiosos y sacrílegos y los hábitos de bárbara fiereza; mas en los puntos en que sus costumbres no se oponen a la religión o a la justicia, no creo conveniente cambiarlas; antes al contrario, retener todo lo paterno y gentilicio, con tal que no sea contrario a la razón, y fallar así en derecho como lo ordenan las disposiciones del Consejo de Indias. En lo cual no poco yerran algunos, ya por ignorancia de los estatutos municipales, o por celo exagerado y prematuro de comunicarles nuestras cosas y usos" (trad. Mateos, Madrid 1952, p. 317).

Esta prudente y sagaz observación del jesuita misionero debe ser norma a seguir aún hoy en día; sería erróneo buscar únicamente en las fuentes españolas el origen del derecho indiano sin considerar al derecho consuetudinario indígena.

"Las leyes y costumbres indígenas se conservan en todo lo compatible con la civilización cristiana. La herencia y atribuciones de los Curacas a pesar de los intentos de don Francisco de Toledo, se respetaron escrupulosamente a modo de derecho de mayorazgos, lo que no sucedía en otros virreinos y gobernaciones españolas de América. En la costa del Perú era antiquísimo uso, acatado por el gobierno castellano, la sucesión de las mujeres en los curacazgos, cuando probaban preferencia de grado y líneas sobre el varón" (Riva Agüero, Obras VI, pp. 359-60). Una real cédula de 1557 había dispuesto: "Algunos naturales de las Indias eran en tiempo de su infidelidad caciques y Señores de pueblos, y porque después de su conversión a nuestra santa Fe, es justo que conserven sus derechos, y el haber venido a nuestra obediencia no los haga de peor condición, mandamos a nuestras reales Audiencias que si estos caciques o principales descendientes de los primeros, pretendieren suceder en aquel género de señorío, y sobre esto pidieren justicia, se les haga". Se les permitió a los caciques percibir un moderado tributo y una limitada jurisdicción civil y criminal, que era mayor en los indios aun no reducidos a poblaciones (Leyes de Indias, lib. 6, tit. 7, leyes 1, 8, 13 y 24).

En las reducciones establecieron Alcaldes indios escogidos por los mismos indígenas "que a su modo, y según sus costumbres, administran justicia entre ellos" (lib. 6, tit. 3, ley 16). Su jurisdicción era ante todo civil, pues la criminal estaba limitada.

De la jurisdicción del Tribunal de la Inquisición estaban eximidos los indios "por su rudeza e incapacidad y que muchos de ellos aún no están bien instruidos", reservándose sus causas a los obispos, los cuales procedían con mayor benignidad y clemencia (lib. 6, tit. 1, ley 35).

Para vigilar la asistencia a la santa Misa y aprender la doctrina cristiana la legislación indiana confirmó la designación de algunos indios que nombra-

dos por los prelados, después de haberlos instruido, serían propuestos al Virrey: “si el pueblo fuere hasta de cien indios, haya un Fiscal que los junte y convoque a la doctrina, y si pasare de cien indios, dos Fiscales, los cuales han de ser de edad de cincuenta a sesenta años, y los curas no los podrán ocupar fuera de su oficio” (lib. 1, tit. 3, ley 7). También se les encargaba “de recoger los naturales, y evitar las borracheras e sacrificios, e hacer todas las demás cosas que por los religiosos os fueren mandadas... que para entender en lo susodicho e traer vara de justicia os doy poder cumplido” como reza alguna fórmula de nombramiento y de ahí el nombre de “varayoc” usado aún en la actualidad. En cuanto a la edad eran escogidos cuando ya no pagaban tributos, lo que correspondía a la antigua distribución incaica, pues hasta los 50 años era un hombre capaz, jefe de familia, guerrero y que trabaja, y luego era medio viejo, que hace labores ligeras, según el oidor Santillán (cit. por Basadre, op. cit., p. 127).

Este reconocimiento de autoridades indias en los escalones más bajos de la jurisdicción indiana, no se extendió al estado clerical. El II Concilio limense de 1567 prescribió terminantemente: “Siente el Concilio, y así lo manda guardar, que estos indios nuevamente convertidos a la fe, no deben ser iniciados en ningún orden sacro...; que los indios no se ordenen de ningún orden de la Iglesia, ni se vistan algún ornamento, aunque sea para cantar la epístola; pero pueden con sobrepelliz y aderezo decente servir en las iglesias” (const. 74). Esta disposición por Reales cédulas se extiende enérgicamente a los mestizos; solo en el siglo XVIII habrá un cambio al opinar Joaquín de Ribadeneira: “Y aun a mi juicio, en concurso de unos y otros, europeos o americanos, deberían ser preferidos, “caeteris paribus”, los indios naturales de aquellas regiones” (*Manual compendio del regio Patronato indiano*, Madrid 1755); parecer adoptado por Carlos III que abre la puerta de los seminarios diocesanos a mestizos e indígenas.

Don Simón Bolívar invocando a la Constitución política de la República “que radica el progreso de la hacienda en el fomento de ramos productivos a fin de disminuir las imposiciones personales” decretó el repartimiento de “las tierras llamadas de comunidad... entre todos los indios que no gocen de alguna” (decreto de 8.4.1824) y urgió su ejecución por decreto de 4.7.1825, en el que expresa “que la Constitución de la República no conoce la autoridad de los Caciques sino la de los Intendentes de provincia y Gobernadores de sus respectivos distritos”, entrega a “los Caciques de sangre... la propiedad absoluta de las tierras que en repartimiento les hayan sido asignadas”. Con tales disposiciones del Congreso Constituyente de 1822 y del Libertador desaparecen los antiguos curacazgos pre-hispánicos.

Los Alcaldes de indios de hecho continúan ejerciendo gran influencia, en especial en las comunidades alejadas de los distritos, como aparece de las figuras delineadas en los “cuentos andinos” por López Albújar y en “el mundo es ancho y ajeno” por Ciro Alegría, que literariamente los magnifican y embellecen. “Alcalde pedáneo —según el primero— es el elegido por el ayllu o comunidad, con amplias facultades para gobernarla y administrarle justicia,

pero sin perder de vista la tradición". Los "varayoc" de Chincheros en el Cuzco son conocidos en todo el mundo y los cargos religiosos y cívicos en las poblaciones andinas conservan la antigua nomenclatura indiana: alferazgos, alguaciles, regidores, campos, fiscales, escribanos, etc.

Esa persistencia fue razón para la propuesta de la comisión que redactó el proyecto constitucional en 1931, presidida por el Dr. Manuel Vicente Villarán, sobre el reconocimiento de las autoridades indígenas con el fin de evitar duplicidad con los concejos municipales, extraños al medio comunal: "La Constitución reconoce la autoridad de los funcionarios indígenas elegidos en la forma en que acostumbran las poblaciones campesinas; ejercerán funciones municipales en los "ayllos" y serán amigables componedores en la forma consuetudinaria". Era el reconocimiento de una jurisdicción "preter legem" que no fue aceptada por los constituyentes de 1933; estos se limitaron a disponer la incorporación en los Concejos distritales de "un personero designado por las comunidades indígenas en la forma que señale la ley" (art. 205). Como la ley nunca lo señaló, este dispositivo constitucional quedó inoperante, a pesar del pedido de Víctor Andrés Belaunde: "La situación de la raza indígena exige que se mantengan aquellas autoridades porque esas autoridades los conocen mejor y los tratan mejor" (*El debate constitucional*, Lima 1933, p. 227).

Sería interesante hacer un estudio comparativo de las funciones y atribuciones, incluyendo las edades, de los cargos cívico-religiosos de las poblaciones andinas con las que tenían los funcionarios en la época incaica para determinar las supervivencias que quedan; posiblemente bajo el manto católico se encuentran vestigios de antiquísimas funciones preincaicas.

Los usos y costumbres precolombinos adoptan formas hispánicas para subsistir, y son desconocidos oficialmente por la estructura jurídica republicana, que a lo más pretende suprimir algunos abusos sin conseguirlo. El decreto dictatorial de Bolívar, promulgado en el Cuzco el 4 de julio de 1825, dispone "que ningún individuo del estado exija directamente o indirectamente el servicio personal de los peruanos indígenas sin que preceda un contrato libre del precio de su trabajo" y prohíbe a los Prefectos de los departamentos, Intendentes, Gobernadores y Jueces, a los Prelados eclesiásticos, Curas y sus tenientes, Hacendados, dueños de minas y obrajes, que puedan emplear a los indígenas contra su voluntad en faenas séptimas, mitas, pongueajes y otras clases de servicios domésticos y usuales". Reiteración del similar decreto protectoral de San Martín de 28 de agosto de 1821, según el cual "queda extinguido el servicio que los peruanos, conocidos antes con el nombre de Indios o Naturales, hacían bajo la denominación de mitas, pongos, encomiendas, yanaconazgos y toda otra clase de servidumbre personal; y nadie podrá forzarlos a que sirvan contra su voluntad". Lírica declaración, que a "cualquiera persona, bien sea eclesiástica o secular, que contravenga a lo dispuesto en el artículo anterior, sufrirá la pena de expatriación, no se la impuso a nadie y que, a pesar del Sesquicentenario que se celebra, bajo una forma u otra, todavía persiste. Usos y abusos desafían a las leyes y a los años.

## IV.—VIGENCIA

Durante la Colonia el derecho consuetudinario indígena permaneció bajo tres formas: “1.º la influencia indígena en la legislación que tiene más importancia de lo que se cree en la mita, en el tributo, etc. Los apologistas del virrey Toledo, aluden justamente a que este virrey se inspiró en el derecho indígena; 2.º la facultad para que funcionasen los usos indígenas no opuestos a la legislación o a la religión católica; 3.º la vigencia de las costumbres indígenas en contra de la ley, en lo que se refiere a la propiedad, derecho familiar, etc.” (Basadre, *Historia del derecho peruano*, Lima 1937, p. 274).

En el siglo XIX bajo capa de la igualdad de los ciudadanos se ignora al derecho indígena y se procura la desaparición de sus instituciones peculiares. “Después de la abolición legal de las comunidades indias, en virtud de los decretos de 1824 y 25, la ley de 1828 y el Código Civil de 1852, el colectivismo de los ayillos supérstites ha adoptado diversos y atenuados aspectos. La genuina repartición periódica en lotes se halla en apartadísimos rincones, como en las serranías del Apurímac, y en plazos que varían de cinco a doce años (Revista Universitaria del Cuzco, 1925, n.º 47). El modo de repartición más generalizado es de por vida, siendo los individuos o padres de familia usufructuarios vitalicios de sus porciones mediante un canon al ayillo, en dinero o frutos. Reconocen que no pueden enajenar ni transmitir que después de la muerte los lotes. A veces ocurre que, por ausencia, renuncian voluntariamente. Entonces la comunidad los adjudica a otros. Pero en muchísimos puntos acontece que los antiguos comuneros, al amparo de la ley preexistente, se han perpetuado en sus parcelas de padres a hijos, por varias generaciones, y las han vendido o menoscabado por división (Véase el interesante libro de don Hildebrando Castro Pozo, *Nuestra comunidad indígena*, p. 10). Del colectivismo no subsiste en los referidos casos sino el recuerdo, la asociación para las fiestas, o en las faenas comunes de puentes, caminos y acequias (“mingas”). Reconstituir allí la propiedad colectiva, fuera de las tareas cooperativas acostumbradas, sería un tiránico capricho arqueológico. En otros lugares, los propietarios nominales son los santos patronos del pueblo, las iglesias, los párrocos o las ánimas de los difuntos; pero bajo el disfraz de esta propiedad eclesiástica, que constituye en lo rústico una de las últimas reliquias de ella, existe el ayillo, cuyos miembros se dividen la mayor parte de los productos, dejando una porción o erogación para los fines piadosos” (Riva Agüero, Obras VI, pp. 424-5).

En 1920 la Asamblea Nacional se rinde ante la evidencia más que centenaria: “La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que le corresponden” y al par que los bienes del Estado y de las instituciones públicas declara que los pertenecientes a las “comunidades de indígenas, son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y forma que establezca la ley” (arts. 58 y 41). Después de estas disposiciones constitucionales surgió un des-

medido deseo de reestructurar comunidades de indígenas sin tener en cuenta que hubo zonas donde no funcionó el ayllu como ciertas regiones aisladas o lejanas del imperio, o por poseer características propias de pesquería, caza o ganadería, o por necesidades de cultivo, o por una tradición que los Incas no llegaron a destruir (Basadre cit., p. 103). La constitución de 1933 extiende las medidas protectoras de las comunidades de indígenas (arts. 193, inc. 10; 205, 207 a 212) lo mismo que el Código Civil de 1936 (arts. 70 a 74), creándose en el Ministerio respectivo una Dirección de asuntos indígenas”.

La colectividad agraria en el Incario tenía a su cargo la asistencia social cotidiana, esto es el cuidado de ancianos, inválidos, ciegos, mancos, ausentes, viudos, etc., evitándose así la miseria “y por eso, cuando aparecieron los primeros mendigos después de la llegada de los españoles, los indios los recibieron con repudio, desdén o burla (Basadre cit. 193). Hubo medidas impuestas por el estado incario a la colectividad como la propagación del quechua y la obligación de llevar el vestido correspondiente a la región respectiva (id., p. 196) que posteriormente fueron también asumidas por la Corona castellana al pretender imponer el uso obligatorio de la lengua española y cambiar la antigua indumentaria indígena por vestidos castellanos.

“La prolongación histórica del régimen de propiedad colectiva dio a la realidad jurídica peruana un sentido especial. El derecho de propiedad vigente en el sistema jurídico importado por los españoles y que ha perdurado hasta la época actual, tiene su origen en Roma... Entre los indios peruanos, este concepto no octuó. Los indios identificaron propiedad con posesión... La propiedad no significó autoridad pura, sino estuvo impregnada de deberes con la familia, los vecinos, la comunidad y, más tarde el Estado... Esa aprobación estuvo relacionada, en primer lugar, con el trabajo. “El que no trabajaba en sembrar no llevaba parte en coger”, cuenta Polo de Ondegardo... En el Perú de los Incas no se trataba del trabajo en cualquier sentido, sino de un trabajo planeado o señalado, en conexión con intereses superindividuales, los de la comunidad, más tarde del Estado. Comunidad agraria y Estado convivieron en el caso de los Incas: he aquí... la originalidad histórica del Perú antiguo. El ayllu fue utilizado por el Estado en provecho propio. A su vez, el Estado recibió la influencia del espíritu de cooperación, de solidaridad y de asistencia característica del ayllu” (id., p. 117-8). Motivos de reflexión para la aplicación de la reforma agraria por la supervivencia de mentalidad y usos no occidentales, sin embargo, hay que tener en cuenta el influjo cuatricentenario del individualismo español y la imagen del propietario todopoderoso que inciden en el deseo de ser “dueño de una parcela” para afirmar la propia personalidad o de “no trabajar” al haber entrado en la condición de propietario en los complejos agro-industriales de la costa y contratar peones. ¡La ilusión de ser propietario es similar a la que tiene el pueblo de creer que un diploma universitario dará posición sólida económica y socialmente!

La sucesión en el trono incaico fue interpretada por los cronistas según el modelo castellano y se difundió la tesis de la herencia de Huáscar por su hijo legítimo y el repudio de Atahualpa por su bastardía. Franklin Pease en *Los*

*últimos incas del Cuzco* (Lima 1972) ha demostrado que las reglas eran otras, lo que exige una revisión de la enseñanza histórica tradicional.

“El modo común de testar fue, según Santillán, llamar al pariente más cercano o al curaca para disponer verbalmente sobre los bienes, costumbre que se usó aún después de llegados los españoles y que éstos utilizaron en provecho de sus propios intereses, dando lugar a muchos pleitos. A propósito de los indios comunes, dicen Castro y Ortega Morejón, que era llamado el sucesor y tenido por tal “y este mismo uso guardan el día de hoy y lo hacen muy fielmente de manera que bibiendo un indio se tiene entendido por el caso que este hace de aquella persona quien le ha de suceder en hacienda aunque muere sin llamar aquella persona”... En los valles costeros, según Castro y Ortega Morejón, “si era indio común y tenía hijos hombres dejaba su hacienda a aquel que le parecía más hombre y este amparaba a los demás... Si no tenía hijo iba la herencia al hermano o hermana o pariente más cercano o amigo de quien más se confiaba”... En el Derecho consuetudinario actual, según Guevara (*Derecho consuetudinario de los indios del Perú y su adaptación al Derecho Moderno*; Cuzco 1924) el padre hace la distribución de su herencia. Asigna el cuasi dominio que tiene en las tierras a los hijos varones principalmente; y el ganado también lo reparte, dando una porción a las mujeres, menor que la asignada a los hombres... Entre los indios actuales las formalidades testamentarias suelen consistir en la enunciación verbal que, a la mujer y a los hijos, hace el padre con ocasión de la enfermedad o de algún vaticinio grave y a presencia de los parientes respetables e indios más importantes del ayllu, que guardan en la memoria el testamento con admirable fidelidad” (Basadre cit. 169-70; 179).

“Los españoles —afirma con leve ironía José Durand— no acababan de entender la moral sexual del indígena, y hablaban, como el pacificador del Perú, don Pedro de la Gasca, de la poca estima que los naturales tenían de su honra. Por otra parte, los hidalgos se enorgullecían de su sangre española, y si bien es cierto que nunca vacilaron en mezclarla con la sangre americana —a diferencia de otros colonizadores europeos—, y aunque algunas veces llegaran a casarse, siempre ese orgullo dificultaría las uniones cristianas, debidamente sacramentadas. De allí las protestas de Las Casas. Según él, sus compatriotas engañaban a los padres de las desdichadas mancebas, pues los padres creían que los españoles “las tenían por sus legítimas mujeres, y con esta opinión se las daban”; por lo visto, el bueno de Las Casas pensaba que los indios tenían una idea occidental acerca del matrimonio” (*La transformación social del conquistador*, 2.ª ed., Lima 1958, p. 36-7).

Estos ejemplos demuestran que la integración con el Occidente, que algunos escritores han propagado, evidentemente no ha resultado. Nuestra situación nos obliga a formar un pensamiento jurídico y comportamiento específico práctico, porque en el ordenamiento jurídico occidental, del cual son copia y reflejo nuestros códigos civiles, no podemos encontrar una respuesta adecuada a nuestros problemas ancestrales.

† JOSÉ DAMMERT BELLIDO  
*Obispo de Cajamarca*