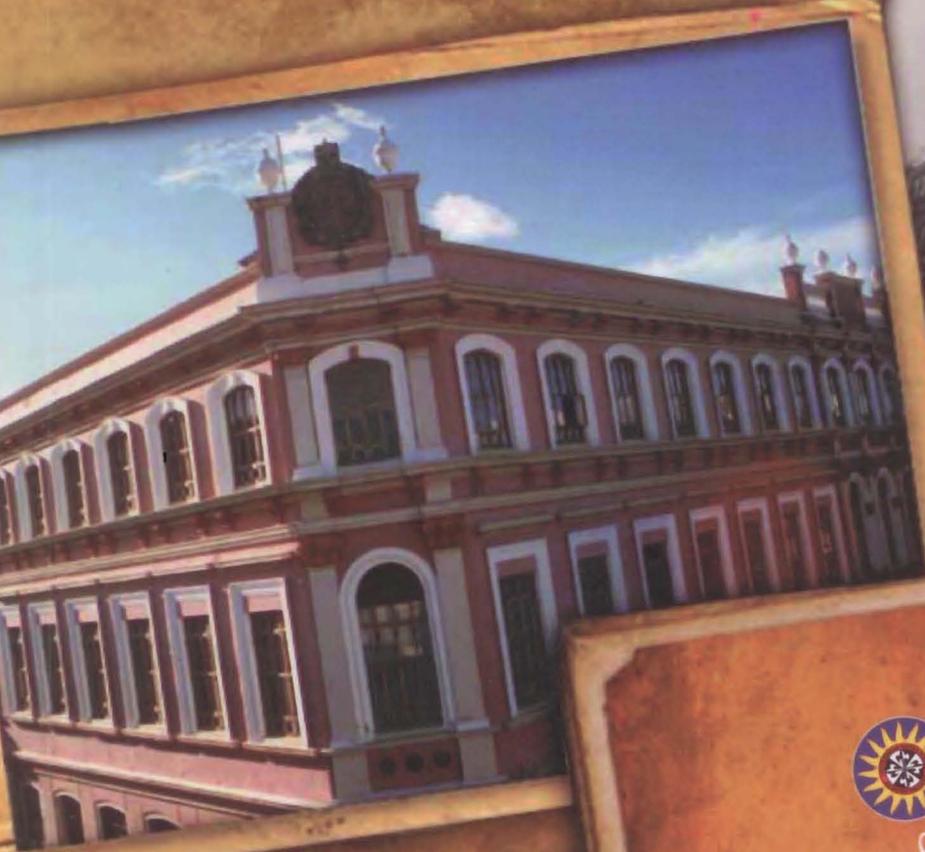


# Principia IURIS 15



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A  
*Experiencia y Calidad*

15  
AÑOS



FACULTAD DE  
DERECHO  
Acreditación de  
Alta Calidad  
Resolución MEN N° 3317  
del 25 abril de 2011

Principia IURIS Tunja Colombia N° 15 pp. 1 - 318 enero julio 2011 ISSN: 0124-2067

**CIS**   
Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA A  
COLCIENCIAS



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SECCIONAL TUNJA  
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO  
PRINCIPIA IURIS  
N° 15**

**Tunja, 2011-I**

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 15	pp. 1-318	Enero Junio	2011	ISSN:0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	----------------	------	----------------

---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**Director**

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

**Número de la revista**

QUINCE (15)

PRIMER SEMESTRE DE 2011

**Periodicidad**

SEMESTRAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 320

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co  
dhiguera@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:**

Magíster Andrea Sotelo C.  
Magíster Eyder Bolívar Mojica. Investigador facultad.

**Revisión inglés:** Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar, Diego Alejandro López Laitón, Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

**Estudiantes participantes:** Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva Tovar, Diego Alejandro López Laitón  
Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

---

## **MISIÓN INSTITUCIONAL**

*Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza - aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.*

## **VISIÓN INSTITUCIONAL**

*La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.*

## **MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.*

## **VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.*

---

*Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.*

*Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.*

### **MISIÓN DE LA REVISTA**

*Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultado definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.*

*En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.*

---

## TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN PRINCIPIA IURIS

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá entregarse la declaratoria de originalidad del artículo presentado, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse por el INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y éste tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor, quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados* podrán ser sometidos a una segunda evaluación por solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elabora un acta, en la cual se expresa el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso, sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. PRINCIPIA IURIS recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.



---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.**

Rector Seccional

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**

Vicerrector Académico

**Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.**

Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**

Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph. D. Ciro Norberto Güechá Medina**

Decano de Facultad

## **EDITOR**

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**

Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**Ph.D. Pierre Subra de Bieusses**

Universidad París X, Francia

**Ph.D. Pablo Guadarrama**

Universidad Central de las Villas, Cuba

**Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur**

Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph.D. Natalia Barbero**

Universidad de Estudios a Distancia, España.

Universidad de Sevilla, España.

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL.**

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**

Vicerrector Académico.

**Esp. Henry Sánchez Olarte**

Docente Departamento de Humanidades

**Mg. Andrea Sotelo Carreño.**

Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**

Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**

Madison University, Estados Unidos.

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**

Universidad de Antioquia, Colombia.

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**

Universidad Carlos III, España.

**CORRECTORES DE ESTILO**

**Mg. Andrea Sotelo C.**

**Mg. Eyder Bolívar Mojica**

Investigador en Derechos Humanos,

Universidad de Buenos Aires.

---

## **PARES ACADÉMICOS INTERNOS**

### **Ph. D. Ana Yasmín Torres Torres**

Abogada de la Universidad Santo Tomás. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente de Posgrados de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, investigadora del Centro de Investigadores Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Correo de contacto: anayasmint@hotmail.com.

### **Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas**

Abogado de la Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público de la Universidad de Nantes Francia, Docente investigador de la Facultad de Derecho. Teléfono: 7440404 - 3125430916 e-mail Alexisramirezarenas@hotmail.com

### **Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.**

Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Publico de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Docente investigador de la Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

### **Mg. José Helberth Ramos Nocua**

Abogado, Especialista en derecho procesal de la Universidad Libre, Especialista en derecho probatorio – Universidad Sergio Arboleda, Título didáctica nivel único – Universidad Libre, Docente investigador, Facultad de Derecho, Teléfono: 4341631-5621357, e-mail j.helvertramos@yahoo.es.

### **Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**

Decano de División de Derecho, USTA Tunja; Filósofo, USTA; Teólogo, Universidad Pontificia Bolivariana; Magíster (c) Derecho Público, USTA; Abogado, U. Católica, Línea de Derecho Constitucional y Construcción Democrática.

### **Mg (c) Héctor Julio Prieto Cely**

Abogado, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Procesal, Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia; Magíster (c) en responsabilidad, Universidad Externado de Colombia; Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

### **Mg Lina Marcela Moreno Mesa**

Abogada, Universidad Santo Tomás; Esp. en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás; Mg (c) Universidad Santo Tomás. Abogada Externa Banco Agrario. lina\_3m@hotmail.com.

---

## **PARES ACADÉMICOS EXTERNOS**

### **Ph. D. Javier Esteban de la Fuente**

Especialista en Derecho Penal, Doctor en Derecho, Profesor adjunto en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Mail: javier.delafuente@pjn.gov.ar

### **C. Ph. D. Jorge Luis Quintero Acevedo**

Licenciado en Ciencias Sociales y Económicas, UPTC; Abogado, Universidad Autónoma, Bogotá; Especialista en Derecho Médico Sanitario, Universidad del Rosario Magíster en Filosofía y Letras, Universidad de La Salle; Candidato a Doctor en Ciencias Históricas, Universidades de Santa Clara y de La Habana, Cuba. Docente de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, Facultad de Ciencias y Educación.

### **Esp. Horacio Leonardo Días**

Profesor Regular Adjunto de Derecho Penal, Facultad de Derecho, UBA; Subdirector de la Carrera de Especialización de Derecho Penal, Dirección de posgrado, Facultad de Derecho, UBA. – Juez der Cámara, ante el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 21, CABA, Poder Judicial de la Nación. – Ternado en el Ministerio de Justicia de la Rep. Argentina, para ocupar una vocalía en la Cámara de Casación Penal de Buenos Aires. – Jurista Invitado por el Ministerio Público Fiscal de la Nación, para la selección de magistrados. Jurista invitado para la selección de Jueces de Cámara Penal por el Consejo de la Magistratura de Chubut, Argentina. Docente de posgrado en distintas Facultades de Derecho, UBA, UB, USAL, UNMDP, UNR UCALSAL, entre otras, Colegio de Abogados de San Isidro. En el exterior, profesor invitado de la Universidad de Cuenca, Rep. del Ecuador. – Responsable de la página web de Derecho Penal de la editorial Rubinzal. – Miembro del Consejo de redacción, y responsable de la sección de Jurisprudencia Extranjera de la revista de Derecho Procesal Penal de la Editorial Rubinzal, de aparición semestral, que dirige Edgardo A. Donna. – Responsable de la sección de Bibliografía comentada de la revista de Derecho Penal de la Editorial Rubinzal, de aparición semestral, que dirige Edgardo A. Donna. – Autor de numerosas publicaciones y colaborador de otras tantas, bajo la dirección de Edgardo Donna. Disertante en numerosos Congresos y jornadas– e-mail: hldias@hotmail.com

---

## CONTENIDO

Editorial ..... 13

### SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL

Derecho laboral: del tripartidismo al bipartidismo (evolución, innovación, mercado y servidumbre) ..... 17  
Mg. Robinson Arí Cárdenas

Naturaleza y posición de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios: una débil atadura de “Ulises” frente a las “sirenas” ..... 39  
Mg. (c). Miguel Andrés López Martínez

La regulación del turismo. Un asomo socio-jurídico de los sujetos integrantes del sector (primera parte)..... 51  
Mg. (c). Daniel Rigoberto Bernal Gómez

La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en Colombia: ¿una vulneración flagrante al derecho de propiedad?..... 61  
Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Relectura estructural del bloque de constitucionalidad en Colombia: elementos críticos para aplicación del control de constitucionalidad ..... 85  
Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

### SECCIÓN II. TEMA CENTRAL – “EL ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS”

La corresponsabilidad de la víctima en la comisión de la conducta punible ..... 121  
Ph. D. (c). Fabio Iván Rey Navas

Principia IURIS	Tunja, Colombia	Nº 15	pp. 1-318	Enero Junio	2011	ISSN:0124-2067
-----------------	-----------------	-------	-----------	-------------	------	----------------

---

La tortura en derecho internacional .....	139
Ph. D. Natalia Barbero	
Crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional .....	159
Mg. Eyder Bolívar Mojica	
Filosofía de las funciones de la pena de prisión .....	177
Esp. José Luis Suárez Parra	
Filosofía del derecho penal iusnaturalismo – finalismo .....	195
Mg. Carlos Gabriel Salazar	
Bioética, transplante de órganos, y derecho penal en Colombia .....	207
Ph. D. Yolanda M. Guerra García	
Ph. D. Álvaro Márquez Cárdenas	

### **SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS**

Estatuto jurídico del indígena en el derecho indiano .....	227
Abg. Alejandro Samuel Birman Polanco	
Los obstáculos institucionales al desarrollo del MERCOSUR .....	259
B.A. Dominic Tetu	
El consejo de estado colombiano y el consejo de estado francés, aproximaciones y diferencias .....	279
Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez	

---

## EDITORIAL

**PRINCIPIA IURIS** es la revista institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, un espacio de alta calidad para la presentación de los resultados investigativos de docentes, profesionales y posgraduados, en áreas jurídicas y afines, dirigida a la comunidad profesional e intelectual, configurándose como un espacio para el diálogo de ideas y conocimientos.

En este orden de ideas y con ocasión de feliz reconocimiento de la Acreditación de alta calidad para la Facultad de Derecho, se ha establecido como tema central de la presente edición **PRINCIPIA IURIS 15** “*el análisis científico de la afectación a los derechos humanos*”, un escalón más en la continua labor del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, después de todo nuestra labor es científica, claro, pero una ciencia que se eleva desde las bases en roca sólida de la filosofía de nuestra institución, es decir, la formación integral y el humanismo.

La historia universal está llena de tristes ejemplos en los cuales los monstruos educados han infligido vejámenes sin nombre a la humanidad, un genio que utiliza su talento para el mal sólo merece la cárcel o el manicomio, pero el hombre bien intencionado sin las herramientas será a lo sumo una víctima del oprobio ajeno.

Virtud y fuerza nos dirían los antiguos, la justicia sostiene la balanza de la igualdad y la espada, el derecho es a la vez pretensión de lo correcto, pero también coercitividad, son las declaraciones de derechos, pero también instituciones y decisiones judiciales.

Los derechos, en particular los más preciados, como lo son los derechos humanos y los derechos fundamentales, están para reivindicarse y pelear por ellos, no con nuevos monstruos, sino siendo cada vez más coherentes con nuestra humanidad y la sensación de justicia que todos llevamos marcada en el espíritu, producto de las enseñanzas de los que estuvieron antes, por eso debemos estudiarlos, pensarlos, enseñarlos y sentirlos.

A todos los que hicieron posible esta publicación, sólo queda decirles: ¡Gracias Totales!

**Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Editor



---

SECCIÓN III.  
TEMÁTICAS INTERNACIONALES,  
EXTRANJERAS O COMPARADAS

---



# ESTATUTO JURÍDICO DEL INDÍGENA EN EL DERECHO INDIANO

## LEGAL STATUS OF THE INDIAN IN THE INDIAN LAW

Lic. Alejandro Samuel Birman Polanco\*

Fecha de recepción: 23-03-2011

Fecha de aprobación: 31-05-2011

### RESUMEN\*\*

La investigación tiene como objetivo analizar las distintas posturas en la historia del derecho, en relación con el tratamiento de los indígenas, durante la llegada y permanencia del español en América, ya que se encuentran numerosas discusiones sobre el tema. Lo que se busca es dilucidar si en las indias las personas poseían derechos o meramente facultades a través de los distintos estatutos jurídicos, pero enfocándonos especialmente en los del indígena. La tesis también incluye las características más importantes de los estatutos jurídicos de la sociedad desde el momento de la conquista y como estos dieron paso a una nueva comunidad político-social dentro de la unidad monárquica.

Teniendo en cuenta que el tema y sus fenómenos se desarrollaron utilizando los métodos de investigación pertinentes como lo son: el método bibliográfico, hermenéutico y descriptivo. Así la información encontrada se clasificó, se interpretó y se diagnosticó, caracterizando los rasgos más peculiares que se usan en estudios, cuyo objetivo es examinar la naturaleza general de los fenómenos.

---

\* Este tema fue realizado como tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Dirección de Investigación y tesina Dra. María Francisca Elgueta. Investigadora del Centro de pedagogía y didáctica del derecho. Correo electrónico: [fmelgueta@yahoo.es](mailto:fmelgueta@yahoo.es). Santiago, Chile Julio de 2011. Universidad Central de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho. Estatuto Jurídico del indígena en el Derecho Indiano. [alebirman@gmail.com](mailto:alebirman@gmail.com)

\*\* Artículo de investigación empírica. Proyecto de investigación finalizada "Estatuto Jurídico del Indígena En El Derecho Indiano". Universidad Central de Chile.

Método: Mediante una metodología claramente empírica hemos desarrollado el trabajo de orden sociológico, con miras a la fijación de datos directos y originales que nos permitan establecer verdades más allá del caso concreto.

Los resultados obtenidos fueron estudios cualitativos que nos proporcionan una gran cantidad de información ya que su significado varía para las diferentes personas, épocas y contextos; que contribuyeron a identificar los factores más importantes y relevantes.

### **PALABRAS CLAVES**

Derecho indiano, Indígena, Conquista, Monarquía.

### **ABSTRACT**

The research has to analyze the different positions in the history of law regarding the treatment of Indians during the arrival and stay of Spanish America, as are many discussions on the subject, what is sought is whether in the Indian people had rights or powers only through the different legal status in Indias, but focused especially on the Indian. The thesis also includes the most important characteristics of the legal status of the society from the time of conquest and as such gave way to a new community social policy within the monarchical unity.

About the entire subject and its phenomena, this is achieved using the relevant research methods as are the bibliographical method, hermeneutic and descriptive. So we will find the information is sorted, interpreted and diagnosis, characterizing the most peculiar features. Used in studies which objective is examining the general nature of phenomena.

The results obtained out qualitative studies that provide a wealth of information and its meaning varies for different people, times and contexts that helped to identify the factors most important and relevant.

### **KEYWORDS**

Indian law, Indian, conquest, monarchy.

### **SOMMAIRE**

Cette recherche vise à analyser les différentes positions dans l'histoire du droit concernant le traitement des Indiens, lors de l'arrivée et le séjour des Espagnols en Amérique, et a trouvé de nombreuses discussions sur le sujet. Le but est de savoir si le peuple indien avait des droits ou simplement pouvoir à travers différents statuts juridiques dans les Indes, mais en se concentrant en particulier sur ceux des Indiens. La thèse comprend également les fonctionnalités les plus importantes des statuts juridiques de la société de l'époque de la conquête et que ces cédé la place à une nouvelle communauté politique et sociale au sein de la monarchie unitaire.

Étant donné que le sujet et de ses phénomènes, ont été développés en utilisant des méthodes de recherche appropriées telles que: la méthode bibliographique, herméneutiques et descriptives. Ainsi, l'information trouvée est triée, interprété et le diagnostic, la caractérisation des caractéristiques les plus particulières qui sont utilisées dans les études visant à examiner la nature générale des phénomènes. Les résultats ont été les études qualitatives qui fournissent une mine de renseignements et de sa signification varie selon les personnes, les temps et les contextes qui ont contribué à identifier les plus importants et pertinents.

### **MOTS-CLÉS**

La loi indienne, les indiens, la conquête, la monarchie.

## SUMARIO

*INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I. Presentación del problema. Fundamentos del problema. Objetivos generales y específicos. Hipótesis. Metodología de investigación. CAPÍTULO II. Breve historia del derecho indiano. Elementos del derecho indiano. Características del derecho indiano. Objetivos del derecho indiano. Fuentes del derecho indiano. El sistema Premial de la Corona. La encomienda. CAPÍTULO III. Los estatutos jurídicos de los españoles. Los estatutos jurídicos de los mestizos. Los estatutos jurídicos de los negros. Los estatutos jurídicos de los indígenas. CAPÍTULO IV. Distintas posturas en relación a la teoría de los estatutos jurídicos y al tratamiento de los indígenas. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA*

## INTRODUCCIÓN

Los estatutos jurídicos que se desarrollaron en la época de la colonia nos dan una vista de la estructura social que se desarrollaba en ese momento, se debe tener en cuenta que cuando se habla de la sociedad indiana nos referimos a un todo, destacando patrones generales de la organización social indiana, que en esencia son dos grupos: el mundo español y el mundo indígena, y de estos surge el mundo mestizo.

La sociedad indiana era bastante desigual, ya que a la llegada del español a América, surgen distintas clases, debido a las diferentes mezclas interétnicas que clasificaban a la población, entre blancos, indios, libres, negros y esclavos, a partir de las clasificaciones que surgieron en ese entonces y por medio de la jerarquización de la época se generan diferentes estatutos para las personas que hacían parte de la comunidad indiana. Estos estatutos creados de acuerdo mayormente a la pigmentación de la piel, trajeron consigo consecuencias sociales, económicas y religiosas. Esta tipificación de personas son las que formaron la sociedad indiana.

Se pretende demostrar la desigualdad de condiciones, en la que claramente se

observa que es una comunidad totalmente racista, en la que se desenvuelve la sociedad de las castas cuando el color de la piel es un prejuicio social, la legislación de la época es un reflejo de la discriminación, esta misma era diferenciada entre la de los indígenas y la de los españoles, aclarando que es una estructura social dual ya que ambos mundos conviven y se yuxtaponen uno con el otro.

La evangelización juega un rol muy importante en la dominación por parte del español al indígena, manera de la cual, se va a valer, para lograr sus fines, que son también el apoderamiento de oro y mano de obra, por cuanto va a fomentar una institución muy importante en la América indiana, llamada la famosa encomienda dicha institución la vamos a entender, como el español a través del trabajo, que ocultamente se esconde una clara esclavitud, va a hacer uso del indígena y de esta forma va a ir transformando su estilo de vida. También, no debemos olvidar al negro que cumple gran importancia en la sociedad indiana, en relación a su traida como un supuesto alivio al trabajo del indígena, por Bartolomé de las Casas, siendo de esta forma tomados prisioneros en África, y tratados como cosas y no como seres humanos, los cuales se podía

realizar cualquier clase de actos jurídicos sobre ellos.

En este trabajo se desarrollará un método de investigación bibliográfica y hermenéutica la cual pretende analizar, si realmente el indígena tuvo un protectorado por parte de la corona española, en el sentido de cuidarlos y evangelizarlos como muchos autores mencionan, especialmente la escuela chilena de historia del derecho, o si el indígena fue nada más que una herramienta de trabajo y mirado como un ser, al cual se le podían realizar, cualquier clase de vulneraciones a sus derechos como persona humana, residente en las indias.

En relación a los capítulos que forman parte de la investigación, en su numeral I, desarrollare la explicación del problema sus fundamentos objetivos, hipótesis y finalmente la metodología de la investigación, en el siguiente capítulo numeral II, comentaré sobre el derecho indiano especialmente su historia, elementos y características, fundamentales con el fin de recabar un entendimiento de la investigación, ya que nos permiten entender de mejor manera el trato a los indígenas, (materia principal de esta investigación) desarrollaré también el sistema premial de la corona y la encomienda. En el capítulo III, me centraré en los distintos estatutos jurídicos de las personas en el derecho indiano, en donde daré énfasis, al estatuto jurídico del indígena, que es el centro de la investigación y finalmente el capítulo IV en donde se analizarán las distintas posturas en relación a la teoría de los estatutos jurídicos y el tratamiento de los indígenas, fundamental en la conclusión de la investigación.

Lo que si es cierto es que las comunidades indígenas cada vez buscan el

reconocimiento y el respeto de sus derechos por ser minoría, tal y como lo recalcan ARCHILA, GONZÁLES (2010). Refiriéndose al relato de un indígena: “Luchamos por los derechos humanos fundamentales de las comunidades indígenas, como son la tierra, la cultura, la organización. Igualmente por la dignidad de todos los indígenas, defendemos la autonomía del movimiento indígena”.

## CAPÍTULO I

### 1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La colonización comenzó a finales del siglo XV, conquistando territorios y poblaciones, la corona de castilla quiso anexar nuevos territorios al imperio, ocasionando guerras y conflictos ya que surgen nuevos fenómenos de asentamientos que se formalizaban a través de virreinos, trabajos obligatorios, fundaciones de ciudades y establecimientos de instituciones de gobierno, así se creo la sociedad indiana, esta surgió bajo dos presupuestos: era una entidad político-social dentro de la unidad monárquica, por su vinculación a la Corona española, pero que conservaba su identidad dentro de la macroestructura política; y se trataba de una entidad compleja, dada la existencia de dos comunidades políticas en su interior, denominadas la república de españoles y la república de indios, que integran, a su vez, los reinos de Indias.<sup>1</sup>

La expansión en América se dio por tres grandes bases ideológicas, la primera era que había un ejército muy organizado y ansioso de nuevas conquistas en nombre del cristianismo. El segundo, el Catolicismo, el idioma español y el absolutismo de la Corona eran los elementos unificadores de la nueva identidad nacional. Y el último tercer factor, era la ambición expansiva,

<sup>1</sup> Díaz Rementería, Carlos (1992). «La constitución de la sociedad política». *Historia del Derecho Indiano*. Madrid: Editorial MAPFRE S.A... p. 167-190.

en busca de riquezas para sostener una economía basada en la guerra y en la posesión de tierras. Ya que el comercio comenzaba a florecer en Europa, la compra y venta de mercancías era una dinámica social fundamental que utilizaba el oro y la plata como monedas de cambio.<sup>2</sup>

La pirámide social de la colonia era bastante fija, y estaba basada en una distribución desigual de la riqueza, el trabajo y la raza. En la cima de la pirámide, con el mayor poder político y económico, estaban los españoles, los medios, y por último la plebe o esclavos. Esta pirámide social daba beneficios a los españoles sobre los indígenas, a pesar que el Libro VI de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias recoge la legislación relativa a la república de los indios, el concepto básico era que desde el primer momento: los indios son vasallos de la Corona, no extranjeros o enemigos sino súbditos a los que se pretende integrar en el sistema hispánico, estableciéndose incluso la obligatoriedad del pago del tributo como reconocimiento de su vasallaje. Pero al mismo tiempo que se declara formalmente que como tales súbditos son libres e iguales a los españoles aunque éstos no pagan tributos, se reconoce su situación de inferioridad legal y práctica, contradicción que se trata de resolver mediante la adopción de una política proteccionista, de subordinación y aculturación.<sup>3</sup>

Uno de los tesoros más importantes que encontraron los colonizadores fue la mano de obra, esta también fue repartida entre ellos, la repartición de la mano de

obra indígena fue espontánea y automática, creando la encomienda, que era implicar la responsabilidad del encomendero hacia los indios que quedaban bajo su cuidado a cambio de protección, los indígenas debían entregarle sus tributos y trabajo.

La colonia trajo un cambio radical en los múltiples asentamientos indígenas que se encontraban en la zona, ya que impusieron normas de acuerdo a las castas, y dando mayor privilegio a los españoles que tenían el poder económico y el poder político ya que eran los únicos que tenían derecho a los cargos públicos, quedó así la población nativa privada de su libertad y la exagerada explotación indígena obligó a la corona a crear instituciones de supuesta protección al indígena, como son la encomienda, la mita y el resguardo. Los indígenas fueron sometidos a trabajos forzados y expuestos a enfermedades del viejo mundo lo que hizo que su número disminuyera en grandes cantidades.

La colonización fue un fenómeno totalmente forzado, que buscaba saciar los intereses de los españoles y demás países conquistadores. Esta origen y transformo culturas, las mismas que se han desarrollado hasta el momento. También generó una gran expansión de la economía ya que se produjeron grandes ganancias en cuanto a la producción agrícola que era mantenida por los esclavos e indígenas.<sup>4</sup>

En definitiva, podemos decir que las consecuencias tanto para españoles como para indígenas, fueron muchas, algunas

2 Peter Winn *Americas: The Changing Face of Latin America and the Caribbean*. Berkeley: U of California P, 1999

3 Ruigomez Gómez, Carmen, *una política indigenista de Hamburgo. el protector de indios en el Perú*. Madrid 1988

4 Konetzke, Richard: *América Latina: La época colonial*. México: Editorial Siglo XXI.

positivas y otras negativas, se puede decir que la consecuencia más importante es la unión y la mezcla de las culturas, debido a la mezcla racial. Que trajo consigo una propia escala social y política con condiciones legales diferenciadas.

## 2. FUNDAMENTOS DEL PROBLEMA

La discordia nace, si en la América indiana, existió realmente, un estatuto jurídico a favor del indígena, y de esta forma poder dilucidar si podría llamársele a dichos derechos realmente estatutos, o meramente facultades. La gran mayoría de los autores en esta materia, mencionan la acción protectora que ejerció el español al indígena, en cuanto a cuidarlo y protegerlo de manera de irlo incorporando poco a poco a el estilo de vida del español en Europa, en cuanto a su religión, vestimenta, costumbres, etc.

Esto tiene gran importancia, para poder darnos cuenta como fueron realmente las cosas en las indias, por lo cual utilizaré distintos autores de la rama de la historia del derecho, y trataré de llegar a una conclusión, sobre el verdadero trato que recibió el indígena, en las indias occidentales, mejor dicho, América.

Las diversas discusiones que se han dado sobre el tema al pasar de los años ha tenido diferentes puntos de vista, entre los cuales encontramos los que piensan que la colonización fue lo mejor que le pudo pasar al indígena y otros que piensan que es lo peor ya que se perdió la libertad que estos tenían al desintegrarse los sistemas políticos y económicos que existían, además de la pérdida de la cultura, la religión y creencias que estos poseían.

## 3. OBJETIVOS GENERAL Y ESPECÍFICOS

Objetivo general:

Analizar las distintas posturas en la historia del derecho, en relación con el tratamiento de los indígenas, durante la llegada y permanencia del español en América.

Objetivos específicos:

Dilucidar si en las indias las personas poseían derechos o meramente facultades.

Analizar los distintos estatutos jurídicos de las personas en el derecho indiano, especialmente el del indígena.

## 4. HIPÓTESIS

En las indias no existió un estado de derecho, que lo afirman los postulados realizados por el profesor Dougnac, en su manual de derecho indiano.

Una parte de la doctrina establece que en las indias existieron estatutos jurídicos como lo plantea es la escuela chilena de historia del derecho, otros autores como el Doctor Eric Palma plantea que no podría llamárseles estatutos jurídicos sino que una sociedad estamental y no de derechos sino de facultades que se le entregaban a cada individuo de las indias dependiendo de su situación en particular, hasta el momento, antes de iniciar la investigación me adhiero a la tesis del profesor Palma.

En relación al estatuto jurídico de los indígenas, considero que fueron vulnerados en sus derechos fundamentales en casi todo el proceso de conquista por parte de los españoles, aunque a medida que

desarrolle la investigación, podré tener una mayor certeza de la misma.

## 5. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Los métodos de investigación que se utilizarán para el desarrollo del trabajo son: el método bibliográfico, hermenéutico y descriptivo.

Metodología bibliográfica: Los métodos de utilización bibliográfica serán los hilos que permitan localizar y seleccionar la información precisa de entre toda la masa documental que existe, según Rosario López lo Prado.

La investigación Bibliográfica en una indagación documental que permite, entre otras cosas, apoyar la investigación que se desea realizar, evitar emprender investigaciones ya realizadas, tomar conocimiento de experimentos ya hechos para repetirlos cuando sea necesario, continuar investigaciones interrumpidas o incompletas, buscar información sugerente, seleccionar un marco teórico, etc.

Se realiza una acumulación de referencias, es decir cualquier documento escrito que proporcionará información para elaborar y sustentar la investigación, luego estas con un criterio de calidad y mediante un análisis se seleccionaron las referencias útiles.<sup>5</sup>

Método hermenéutico: La hermenéutica es una técnica, un arte y una filosofía de los métodos cualitativos (o procesos cualitativos), que tiene como característica propia interpretar y

comprender, para desvelar los motivos del actuar humano. La realidad subjetiva, metafísica y psicológica del hombre seguía ahí, a pesar de su negación por las ciencias naturales. Por ello, los procesos hermenéuticos de conducir, comunicar, traducir, interpretar y comprender los mensajes y significados no evidentes de los textos (libros) y contextos (historia, cultura, política, religión, filosofía, sociedad, educación, etc.) del ser humano emergieron con gran resolución y sin importarles la exigencia positivista-cuantitativa de “rigor científico”<sup>6</sup>

En cuanto a los procedimientos de la escuela de Schütz, Mardones y URSÚA (1994; pp. 169-177) plantean los siguientes:<sup>7</sup>

- a) Lo primero que persigue la formación de conceptos es lograr un conocimiento organizado de la realidad mediante procesos del sentido común.
- b) La intersubjetividad, la interacción, la intercomunicación y el lenguaje son los objetos de conocimiento que permiten dar cuenta de la formación de conceptos, sin que esto presuponga que son objetos fijos o prefigurados.
- c) La realidad social contiene creencias y convicciones que son reales porque así lo definen sus participantes, escapan a la observación sensorial.
- d) La conducta humana manifiesta y adopta como modelo un sector particular y relativamente pequeño del mundo social, situaciones en

5 Bosch García, Carlos. *La técnica de investigación documental*. 12a. ed. México.

6 Droysen, G. (1858). “Grundriss der historik”, en K. O. Apel. *Die Erklären: Verstehen Kontroverse in Transzendentalpragmatischer Sicht*. Suhrkamp, Ffm., citado por Mardones, J. M. y N. Ursúa, p. 23.

7 Mardones, J. M. y N. Ursúa. *Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica*. Fontamara, México.

las que el individuo se presenta al observador en una relación cara a cara.

- e) El conocimiento de sentido común de la vida cotidiana es cuestionable, pero es el único de cuyo interior comienza la investigación.

Tanto en el pensamiento de sentido común como en la ciencia supone construcciones mentales, generalizaciones, formalizaciones, idealizaciones y síntesis específicas del nivel respectivo de organización del pensamiento.

**Método descriptivo:** En las investigaciones de tipo descriptiva, llamadas también investigaciones diagnósticas, buena parte de lo que se escribe y estudia sobre lo social no va mucho más allá de este nivel. Consiste, fundamentalmente en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores.<sup>8</sup>

Los datos descriptivos se expresan en términos cualitativos y cuantitativos. Se puede utilizar uno de ellos o ambos a la vez. Cualitativos (mediante símbolos verbales): Se usan en estudios cuyo objetivo es examinar la naturaleza general de los fenómenos. Los estudios cualitativos proporcionan una gran cantidad de información valiosa, pero poseen un limitado grado de precisión, porque emplean términos cuyo significado varía para las diferentes personas, épocas y contextos. Los estudios cualitativos contribuyen a identificar los factores importantes que deben ser medidos.

Cuantitativos (por medio de símbolos matemáticos): Los símbolos numéricos

que se utilizan para la exposición de los datos provienen de un cálculo o medición. Se pueden medir las diferentes unidades, elementos o categorías identificables.

## **CAPÍTULO II**

### **1. BREVE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO**

“Es el conjunto de reglas jurídicas aplicables en indias, ósea los territorios de América Asia, Oceanía, dominados por España”<sup>9</sup>. Es el derecho expedido por las autoridades españolas peninsulares u otros funcionarios y organismos en América, para tener vigencia en las colonias. Este derecho se completa por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la corona o las creencias cristianas. Y por otro lado sobre todo en materia de derecho privado por el derecho de Castilla. Se conoce como Derecho Indiano a una rama especial del derecho de Castilla vigente en los territorios de América hasta el momento de su separación en la monarquía española, pero se advirtió que los problemas del territorio descubierto eran muy diferentes de los europeos o españoles y, en consecuencia, resultaba difícil que la legislación castellana solventara los conflictos que se planteaban en la realidad indiana.

Todo ello propició que las autoridades castellanas elaborasen nuevas normas concebidas de manera especial para solucionar los concretos problemas de las indias. En otras palabras es el conjunto de las leyes y disposiciones de gobierno promulgadas por otras autoridades subordinadas a ellas para establecer un régimen jurídico especial en las Indias es decir el concepto de Derecho Indiano

8 *Investigación descriptiva (s/f). [Documento en línea]. Disponible: <http://www.mistareas.com.ve/investigacion-descriptiva.htm> [Consulta: 2011, Mayo 18]*

9 *Manual de historia del Derecho Indiano, Dougnac Rodríguez, Antonio, ISBN 968-36-4147-4.*

equivale a Leyes de Indias, se puede decir que este derecho surgió, se desarrolló y desapareció en un ámbito temporal, es decir, el derecho indiano es el sistema jurídico que se aplicó en América durante los tres siglos de dominación española, en este derecho se comprendían: Las normas creadas especialmente para las indias en la metrópoli y en los territorios americanos.

Los españoles llegaron a América como conquistadores de una monarquía feudal absolutista, impregnada de un catolicismo militante con vocación universalista. La Corona.

“vio el descubrimiento del Nuevo Mundo como una gracia divina otorgada a ella por sus desvelos en la reconquista de España y también como una nueva misión que la Providencia le imponía para la grandeza del reino y de la cristiandad. El espíritu del cruzado y del misionero simbolizados por la espada y la cruz alientan la conquista y colonización y definen los objetivos de ganar tierras para la corona y almas para Cristo”<sup>10</sup>

## **2. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO INDIANO SON LOS SIGUIENTES:**

Derecho Castellano: Este se aplica solo supletoriamente, pero tuvo gran importancia ya que sobre la vida jurídica nada dispone el derecho indiano. Estas son algunas de las fuentes del derecho castellano vigentes en las Indias:

Fueros reales: Representa la base del derecho territorial de León y Castilla.

a) Las siete partidas: La obra más importante del derecho castellano, en

las indias alcanzó una gran difusión, más que en la propia metrópoli.

b) El ordenamiento de Alcalá de Henares: contiene la administración de justicia y el régimen señorial.

Derecho Indiano Propiamente tal o municipal: Es el conjunto de reglas jurídicas creadas especialmente para regir indias. Fue un casuismo, donde no se fijaron sobre ramas especiales del derecho sino sobre problemas concretos. Se pretendió la vida jurídica de las Indias al territorio peninsular castellano, tratando de unificar ambos territorios. Se reconocieron a las autoridades coloniales facultades resolutorias.<sup>11</sup>

Derecho Indígena: Este Derecho indígena está compuesto por las costumbres indígenas. La regla general que adopta la corona Española frente a la costumbre indígena, es aceptarla. Sólo por excepción la rechaza, y estas excepciones o limitaciones son las siguientes:

a. Caso en que la costumbre indígena es contraria al Derecho Natural.

b. Caso en que la costumbre indígena es contraria a las disposiciones de la religión católica y/o de la corona.

Por lo tanto la corona Española rechaza algunas costumbres indígenas, en particular; Los sacrificios humanos, la antropofagia, la homosexualidad, la poligamia y el politeísmo. No obstante la corona acepta algunas costumbres indígenas:<sup>12</sup>

1. La Mita: Sistema de trabajo por turnos.

10 ROIG, A., (recopilador), *El pensamiento social y político iberoamericano*.

11 Ots y Capdequí, José María. *Instituciones*. Salvat. Ed. Pág. 221-239.

12 CACERES Claudio. *Apuntes de clases*. Universidad Central. 2007

2. Las Cajas de Comunidad: Sistemas de seguridad social, los indígenas tenían un fondo común para ayudar a los más necesitados y desvalidos.
3. Los principios sobre distribución de Aguas.
4. La Institución del Cacicazgo: Se trata de lo caciques, los cuales eran nobles, no tributaban, tenían derecho al trato de Don y a usar el batallón.

### 3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INDIANO

- a. Es un Derecho Característico; se aplica al caso concreto y determinado y al caso particular.
- b. Es un Derecho Asistemático; Carece de un sistema determinado. Es asistemático, tanto en la forma de regular, como en el fondo de regular. También en el modo de regular, ya que posee variada y distintas fuentes del Derecho; La ley, La Costumbre, La jurisprudencia, y La doctrina. Además si tomamos una sola fuente, cual es la ley, debemos concluir que se dictaron muchísimas normas, por lo tanto genera mucha confusión en el contexto de que muchas veces no se supo con certeza que norma se encontraba vigente, derogada o modificada. Fue necesario recopilar el derecho. La más importante de estas recopilaciones fueron; Las leyes de Indias.
- c. Es un derecho eminentemente Evangelizador; Podemos sustentar esto en atención a lo siguiente.

El Papa Alejandro VI en el año 1493, en virtud de la Bula Papal Intercaetera I,

concede el dominio y posesión de las tierras descubiertas y por descubrir en las indias occidentales, a los indios católicos, bajo la condición de evangelizar a los indígenas.

Los españoles consideraron que el descubrimiento y conquista de América era una II cruzada, por lo que se trata de obtener la mayor cantidad de almas para Dios. La primera cruzada había sido su lucha frente a los musulmanes.

Es un derecho en el cual predomina la moral y particularmente la moral cristiana; Es la solución a los conflictos jurídicos. La moral cristiana es importante, porque no solamente orienta para la solución de los conflictos jurídicos, si no que los resuelve derechamente. Uno de estos casos, más importantes, fue la denominada problemática de los justos títulos. Esta moral cristiana está contenida fundamentalmente en la denominada Escuela Española del Derecho natural, que es una escuela compuesta por juristas y teólogos brillantes Ej.: Domingo de Soto, Fray Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria.

Es un derecho eminentemente proteccionista; Implica que el Derecho Indiano tiende a proteger al más desvalido que en la sociedad Indiana correspondía al indígena. La corona, para proteger al indígena, primero lo declara, Vasallo libre, ya que por regla general el indígena en indias fue libre y no esclavo. Además como otra medida de protección lo declara Incapaz Relativo y también Miserable y Rústico de Castilla. El que sea incapaz relativo va a significar que el indígena no pueda actuar por sí mismo en la vida jurídica, si no que debe actuar a través de su representante denominado, El protector de Naturales, el cual debía tener fe cristiana, sabiduría

y misericordia. Este lo representa en el ámbito judicial y extrajudicial. Entendemos por miserable al pobre y rústico al que vivía en cavernas, estas eran personas de bajo origen educacional y social, en consecuencia al indígena no se le presume el conocimiento de la ley.

Es un Derecho en que hay predominio del Derecho Público por sobre el Derecho Privado; Este significa que el Derecho Indiano regula fundamentalmente las atribuciones de las autoridades indianas. Por lo tanto la regulación del Derecho Privado va a quedar entregada al derecho castellano.

#### **4. OBJETIVOS DEL DERECHO INDIANO**

La concepción de la ley en la Alta Edad Media, corresponde a una concepción iusnaturalista, inspirada en el tridimensionalismo jurídico<sup>13</sup> de Tomás de Aquino; los tomistas, como se ha mencionado, consideran que existen tres tipos de leyes; así, la ley divina está en la mente de Dios, quien dirige los actos y mociones de todos los hombres, en el caso particular la voluntad del rey, y por tanto, éste declara la ley y se convierte en su custodio, pero no debe innovar ni la puede derogar, pues no le es dado hacerlo, por tratarse de una ley que no le es propia, sino que es de inspiración divina.

La producción del derecho de la época, reflejado en ordenanzas, pragmáticas, Cédulas Reales de los Consejos y Autos Acordados de las audiencias, se elaboraba con el propósito de lograr la justicia, entendida en la época como la perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde.

Las instrucciones reales del monarca eran autoritativas, pero cabía invocarse su no aplicación cuando se consideraba que de hacerlo se cometería una injusticia; así surgió la fórmula de derecho natural de “obedézcase pero no se cumpla”<sup>14</sup> fórmula, cuyo contenido podemos explicar diciendo que, al estar el derecho vinculado a la justicia, y ésta a cánones divinos, debía obedecerse, pero por la observancia del aforismo de “dar a cada uno lo que le corresponde”, que era el criterio orientador para la aplicación de la ley, provocaba que al cumplirse o realizarse lo que la establecía, se genera una injusticia; ante una situación tal, debía oponerse de inmediato la Suplicación, (también llamada recurso de suplica) para que los efectos ejecutivos de la norma se suspendieran, se revocara por el legislador, y expidiera un segundo mandato que habría de ser obedecido y cumplido sin más recurso,<sup>15</sup> es seguro que este segundo mandato, en el caso de las Indias, ya contenía disposiciones más acordes con las costumbres que imperaban en la Nueva España, a fin de que pudiesen además de acatarse, cumplirse.

A su vez la orden real de que la ley se aplique, es considerada como la expresión del deseo de control, así como del poder de configurar las reglas sociales.

#### **5. FUENTES DEL DERECHO INDIANO**

Son los modos, a través de los cuales, se crean las reglas que constituyen el derecho indiano. Estas fuentes son las mismas que conocemos hoy en día, es decir;

##### **a. Ley**

13 RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, *Metodología Jurídica*, Edit. Oxford, México, Pág. 151.

14 MONROY, José de Jesús. *Retórica y derecho Indiano*, op.cit. Pág. 213, 214.

15 CRUZ BARNEY, Oscar, op.cit. Pág. 228, 229

- b. Costumbre
- c. Jurisprudencia
- d. Doctrina

Para estudiarlas, hay que atender a un criterio clasificatorio fundamental, es decir, si la fuente emana de la metrópolis, es decir, España, o si la fuente emana de las indias occidentales, es decir, de América, me enfocaré especialmente en la ley y la costumbre por tener mayor importancia en esta investigación.

### **LA LEY**

La corona asume un concepto amplio de ley, es decir la ley, “es todo mandato escrito de carácter más o menos general, que emana de una autoridad. Debemos distinguir la legislación emanada de las autoridades radicadas en España, que se dirige a indias, que es la legislación metropolitana, pero también debemos distinguir aquella legislación creada en el nuevo mundo, a la que últimamente y mediante una convención se le llama legislación”<sup>16</sup>

**I.** Ley Metropolitana: Aquí distinguimos la legislación castellana y la legislación metropolitana indiana (Legislación que surge en España para aplicarse en indias, Ej. La recopilación de leyes).

**II.** En cuanto a la legislación castellana: Atendiendo al código de las siete partidas, entendemos por ley; Un mandato escrito y vinculante, basado en el derecho natural, y conforme al cual se ordena la vida del hombre, tanto en lo terrenal, como en lo eterno. En un principio las normas castellanas se aplican en indias, a través del derecho común, pero luego, va a surgir una legislación Indiana propiamente tal,

por lo tanto, esta legislación castellana se aplica supletoriamente, según el orden de prelación de las leyes de Tordes.

**III.** Legislación metropolitana Indiana: Ósea, nos referimos a la legislación que emana de la metrópolis, para ser aplicada directamente en indias. Aquí hay que distinguir en cuanto al fondo y la forma. En cuanto al fondo, distinguimos las ordenanzas y las instrucciones. Las ordenanzas son reglamentaciones generales de una materia determinada. Ej.: Las ordenanzas sobre nuevos descubrimientos y poblaciones.

**IV.** Las instrucciones son advertencias particulares a una autoridad determinada, acerca de cómo desempeñar sus funciones. En cuanto a la forma, la legislación adopta distintas denominaciones, por ejemplo, cartas reales, Reales cédulas. Las caras reales, eran ciertas misivas del rey, a ciertas autoridades, en que se contestaban inquietudes, o se daba un parecer, por ejemplo; Las leyes de Burgos del año 1512. Las reales cédulas, constituían la manera habitual en que el rey y el real y supremo consejo de indias, transmitían a la autoridad y los particulares su voluntad de mando, en materia de gobierno y otras. Estas reales cédulas en indias eran objeto de un trámite llamado; obediencia. Esto significaba, que la real audiencia habría la carta y el presidente de la real audiencia besaba el texto, luego lo colocaba sobre su cabeza, en señal de acatamiento.

Desde otro punto de vista, hay que precisar que esta normativa, fue muy numerosa, por lo tanto fue necesario recopilarla, así entonces se efectuaron intentos importantes, a través de ciertos textos. Entendemos por recopilación,

<sup>16</sup> *Manual de historia del Derecho Indiano, Dougnac Rodríguez, Antonio, ISBN 968-36-4147-4.*

el método de fijación del derecho, que consiste, en agrupar en un solo texto un material jurídico preexistente.

Estas agrupaciones de materia tenían por objeto fundamental, aglutinar en un solo texto, el derecho vigente, pero sin creación de derecho. La más importante de estas recopilaciones es la recopilación de las leyes de indias de 1680, bajo Carlos II. Este texto consta de nueve libros y de 218 títulos, divididos en leyes.

V. Legislación Criolla: Es aquella que surge de las propias autoridades radicadas en Indias, por ejemplo de un virrey, de una real audiencia. Esta legislación fue abundante, y se refirió a materias temporales y espirituales, debiendo ser confirmada por la corona. Podemos citar como ejemplo de ésta normativa, las reales provisiones de las reales audiencias, o bien, las ordenanzas de los virreyes.

### **LA COSTUMBRE**

Es la norma que surge con la repetición de ciertos actos con el convencimiento de que corresponden a un deber jurídico.<sup>17</sup>

Es la costumbre criolla que surge en indias y emana de españoles y criollos. Esta costumbre se clasificaba:

- 1) Costumbre según ley: Es aquella que tiene valor si la ley se remite a ella.
- 2) Costumbre en silencio de ley: Es aquella que se aplica, si la legislación guarda silencio en ciertas materias, es decir, se aplica en ausencia de ley.
- 3) Costumbre contra la ley: Es aquella que tiene tanta fuerza, que es capaz de derogar una ley.

- 4) Obviamente que la costumbre más llamativa es la costumbre en contra ley, por cuanto hoy no tiene aplicación en nuestro sistema jurídico. aplicación, debía de reunir.

Según el Profesor ERIC PALMA,<sup>18</sup> los elementos constitutivos de la costumbre son de carácter externo e interno; los externos se tenían que haber expresado dos o más veces, además que estos tuvieran antigüedad y que se repitieran por un largo periodo de tiempo y que fuesen efectuados de manera publica. De carácter interno encontramos el Derecho en relación con el escolasticismo, ya que señala que no se podía defender ninguna costumbre, sin importar la antigüedad o publicidad que fuera pecaminosa, injusta o que conducirá al pecado. Tampoco se admitía la costumbre que fuera contra la soberanía del monarca.

### **JURISPRUDENCIA**

Precisamente esta jurisprudencia jurídica reúne las características ya indicadas en cuanto a la forma de dictación de los fallos. Finalmente la literatura jurídica desarrolla una labor recopiladora, esto significa que agrupa normas, por cuanto el derecho indiano propiamente tal era casuístico y asistemático y la principal recopilación fue la de leyes de los reinos de india en el año 1680 que trata de materias de derecho público, penal, privado, entre otras.

### **DOCTRINA**

Fallos indianos presentan ciertas características:

- a) Sus fundamentos son breves.

<sup>17</sup> Manual de historia del Derecho Indiano, Dougnac Rodriguez, Antonio, ISBN 968-36-4147-4.

<sup>18</sup> PALMA González, Eric Eduardo. Tomo V Historia del derecho indiano siglos XV-XVII. Historia del derecho I. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2005

b) En general el juez indiano tiende a fallar de acuerdo a sus sentencias anteriores, por lo tanto se va generando un precedente.

c) Derecho penal tiende a desarrollar una labor paternalista, es decir aconseja en el fallo.

## 6. EL SISTEMA PREMIAL DE LA CORONA

Se centra en que la corona, con el fin de incentivar el descubrimiento, conquista, doblamiento y asentamiento de las Indias. Crea un sistema premial que se otorguen al caudillo y a las huestes indianas, estos premios eran los siguientes:

- a. Mercedes de tierras.
- b. Mercedes de aguas.
- c. Mercedes de minas.
- d. Encomiendas de indígenas.
- e. Otros repartimientos de indios y entregas de cargos u oficios.

Las mercedes son ciertas porciones:

### LAS MERCEDES DE TIERRAS:

Son ciertas cantidades y extenciones de territorio más o menos prolongadas, que la corona entrega a un español que ha realizado un acto heroico por la corona.

Mercedes de tierras en lugar urbanizado: son ciertas cantidades de territorio que la corona entrega en la ciudad Para otorgar estas mercedes, la corona utiliza el sistema cuadrulado, funda en el centro la plaza de armas, estas reparticiones van a depender de las influencias de las distintas personas que se encuentren en dicha repartición.

### LAS MERCEDES DE AGUA:

En síntesis, son el derecho de aprovechar las aguas. Interesantemente hay que distinguir, que en materias de aguas, la corona entrega ciertos privilegios a los indígenas en su tratamiento.

### MERCEDES DE MINAS

Es el derecho a explotar los yacimientos mineros, a través del cual, la corona otorga a los beneméritos de indias, la facultad de explorar y explotar dichas pertenencias.

## 7. LA ENCOMIENDA

La encomienda clásica o reformada. El proyecto de Ramírez es aceptado, casi en su totalidad, por real cédula de 26 de mayo de 1586, y según los estudios del jurista indiano, Juan de Solórzano y Pereira, ésta sería la encomienda clásica, porque se impone en casi toda América. Con el concepto de...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 cumplir todo esto, con homenaje o juramento particular...<sup>19</sup>

De esa manera, el encomendero se transformaba en un empresario de las fuerzas de producción (sobre todo de las minas) y de las relaciones de producción (reclutamiento de mano de obra y mantenimiento de esa misma fuerza de trabajo).<sup>20</sup>

19 Citado por Silvio Zavala, *La encomienda indiana*, Ed. Porrúa, México, 1973, p. 191.

20 Lassègue, Juan Bautista, *La larga marcha de Las Casas*, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974, p. 71.

Elementos del Concepto:

1. Es una merced, es decir, una concesión real, por lo tanto el encomendero la adquiere por merced real, y el heredero también, por lo tanto, en el caso del heredero, no opera el modo de adquirir el dominio, o sucesión por causa de muerte.<sup>21</sup>
2. El benemérito de indias, es aquel que ha efectuado un acto heroico a favor de la corona, estos méritos se transmiten a los herederos.
3. El encomendero, no tiene ni la propiedad del tributo, ni la propiedad de la tierra, ni la propiedad del indígena, ya que la propiedad es de la corona. En cuanto al monto del tributo fue variable, y debía tributar, los indios casados, hasta los 50 años, y los viudos y viudas, hasta la misma edad, y los solteros desde los 18 años. No tributaban los caciques, sus hijos y los desvalidos.
4. La sesión de la encomienda, es por dos vidas; por la del encomendero, y su inmediato sucesor, y luego se produce el derecho de reversión, es decir el indígena, vuelve a la cabeza del rey, quien lo puede volver a encomendar.
5. El encomendero, debe cuidar de la asistencia espiritual del indio y debe preocuparse del aspecto material.
6. La encomienda se sella o se acuerda, mediante un juramento.

**VARIEDADES DE LA ENCOMIENDA CLÁSICA**

La encomienda clásica tuvo ciertas modificaciones, atendiendo al lugar geográfico y atendiendo al tipo de indígena, por lo tanto la encontramos en el Río de La Plata, en Venezuela, en Brasil, y por supuesto en Chile. El primer antecedente de repartimiento de Indios en Chile, lo encontramos, con don Pedro de Valdivia, quien al llegar al valle de Copiapó, hace lectura del requerimiento de palacios rubios y reparte indígenas, por lo tanto dicta las primeras ordenanzas para regular este trabajo, pero no podríamos sostener, que hay una regulación indirecta de la encomienda, si no que solo indirecta.

Las normas de este conquistador, fueron las siguientes:

- a. La jornada del indígena sería de sol a sol.
- b. La labor del indígena sería extraer oro y plata.
- c. Establece que el indígena, sólo podía cargar unos 120 Kg.
- d. El encomendero tiene la obligación militar y religiosa, es decir la de evangelizar al indio.

Muerto Pedro de Valdivia, luego de problemas en la sucesión en el cargo, llega como gobernador, don García Hurtado de Mendoza, quien le propone a su teniente de gobernador, don Hernando de Santillán, que estudie al indígena chileno, por lo tanto elabora la "Taza de Santillán", y este jurista

21 De la Torre Rangel, Jesús Antonio. *El Derecho en la colonia: LAS CASAS Y LAS LEYES NUEVAS*, Revista Vínculo Jurídico 5, México, enero-mayo 1991.

va a sostener, que el indígena chileno es de escaso desarrollo cultural, por lo tanto, sólo puede ofrecer su fuerza de trabajo.

En esta taza se regula el servicio personal, y se reemplaza el tributo, por este tipo de trabajo, esto implicó grandes abusos contra el indígena, por tanto esta taza laborada en 1559, va a ser, sustituida fundamentalmente, en el año 1580, por la taza de Gamboa, elaborada, por el gobernador; Martín Ruiz de Gamboa, quien sustituye el servicio personal, por un tributo. Con el correr de los años se vuelve al servicio personal, con el gobernador Alonso de Rivera, hasta que en la primera mitad del siglo XVII, el padre jesuita, Luís de Valdivia, gran defensor de los indígenas, se va a entrevistar con el virrey del Perú.

Este virrey es el príncipe de Esquilache, le hace ver al virrey que en Chile todavía existe el servicio personal, el cual no agradaba a la corona, ya que estaba muy cercano a la esclavitud. El virrey dicta la taza de Esquilache en 1621, y no obstante derogarla, en la declaración de principios, igualmente la regula, no atreviéndose a tomar la medida por las posibles insurrecciones de los encomenderos. Por lo tanto el servicio personal sigue aplicándose en nuestro país, hasta que en el año 1791, don Ambrosio O'higgins gobernador de Chile, en un viaje al norte, toma el conocimiento de esta situación, y se deroga definitivamente.

Juan de Solórzano y Pereira, definía desde el Derecho 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...”<sup>22</sup>

En 1522 Hernán Cortés reparte indios entre sus soldados como premio por sus esfuerzos, lo cuenta 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 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...”<sup>23</sup>

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

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

### **CAPÍTULO III**

#### **1. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS ESPAÑOLES**

Aquí se hace referencia a tanto los españoles venidos de la metrópoli como aquellos nacidos en América. Este grupo social tiene los siguientes derechos y obligaciones:

**Derecho al buen gobierno:** garantizado por la supresión de la ley injusta así las autoridades no se podían salir de las normas de la ley y la costumbre.

**Derecho a alzarse frente a la autoridad tiránica:** tanto así que se consideró legítimo el tiranicidio.

**Derecho de petición:** ya sea individual o colectivo, este último se realizaba a través de los procuradores de la ciudad.

**Derecho de preferencia en los cargos públicos:** especialmente de los “peninsulares” frente a aquellos que fueren criollos.

**Derecho a la defensa:** cada persona podía reclamar de los derechos que le eran violados ante tribunales de justicia.

**Derecho a la inviolabilidad de domicilio:** ningún domicilio podía ser violado sin orden de la autoridad competente.

**Derecho a la libertad de movimiento:** permitía libre desplazamiento por los dominios de la Corona, sin embargo se establecieron algunas limitaciones.

**Obligación de fidelidad a la corona:** Este deber ya provenía de San Isidoro de Sevilla, con su concepción pactista del poder. En América, cuando el pueblo destituía a un Gobernador o a un Virrey por su mal manejo, siempre lo hacía dando la explicación que lo hacía sin alzarse contra

el Rey bajo la expresión: ¡¡Viva el Rey, Muera el mal gobierno!! aparte porque el alzamiento contra el Rey constituye delito de lesa majestad, sancionado con la confiscación de bienes (por la deslealtad al Rey) debían fidelidad a la monarquía, y tal sistema que considera que el origen del poder se encuentra en Dios. Había en las Indias una práctica de la jura del rey que daba lugar a festejos en donde las autoridades y el pueblo mostraban adhesión a la monarquía.

**Obligación de Consejo:** Implica otorgar a la corona información pertinente para que la Corona tome las determinaciones más adecuadas, obligación que rige tanto para las autoridades como para los súbditos. En estos hacían presentes las peticiones al monarca a través de la correspondencia. Uno de los delitos más graves que podía hacer una autoridad en las Indias era abrir o retener la correspondencia. Mediante este sistema la Corona estaba enterada de lo que realmente pasaba en las Indias.

**Obligación de auxilio:** Esto ya existía en la Edad Media y consiste en:

**Auxilio económico:** Implica el pago de impuestos. En América los colonizadores no pagan impuestos directos, quienes pagan este tipo de impuestos son los indígenas vasallos (los caciques, príncipes, etc. están exentos). Eventualmente se establecieron impuestos para los mestizos y los negros libertos. Los españoles pagaban impuestos indirectos como la Alcabala: era un impuesto a las compraventas y permutas; el Almojarifazgo: era un impuesto aduanero que se cobraba sobre las mercaderías que entraban o salían de un lugar determinado; el Real: es un impuesto cuyo sentido era el reconocimiento de la soberanía real,

se cobró a los botines de conquista y a la producción del oro y la plata; el Anata: impuesto que se pagaba por la obtención de un título de Castilla; el Diezmo: impuesto eclesiástico a la iglesia de las Indias, entre otros.

Auxilio militar: se hace obligatorio el servicio militar para todos los españoles, pero cargaban con mayores deberes los que recibían encomienda. Los milicianos gozaban de privilegios como: estar exentos de hospedar militares en caso de guerra, algunas extensiones en caso de embargos, se les libera de castigos como azotes, no tienen que ocupar cargos públicos en contra de su voluntad, se les permitía disponer libremente de un tercio de sus bienes, en caso de ser arrestados no pagaban carcelaje, disfrutaron del fuero militar.

## **2. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS MESTIZOS**

Producto de este entrecruzamiento surgen en indias occidentales dos clases de mestizos:

1.- Mestizo de primera clase o de primer grado: Es el producto de una relación afectiva entre el español y la indígena que implicaba una vida de familia, a través del matrimonio o a través de la barraganía, que es la unión libre entre solteros, es un concubinato notorio. En consecuencia este mestizo de primera clase fue educado como español. Estos mestizos podían heredar las encomiendas, podían ser gobernadores, corregidores, etc.

2.- Mestizo de segunda clase o de segundo grado: Fue producto de una relación afectiva entre español y la indígena

que no implicaba una vida de familia, por lo tanto ese mestizo surgía a través de concubinato simple o a través del delito de violación. Este mestizo de segunda clase fue entonces rechazado por el español.

### **PROHIBICIONES DEL MESTIZO DE SEGUNDA CLASE**

No podía ser escribano: notario público porque la corona española entiende que carece de los requisitos morales para ejercer el cargo.

No podía ser sacerdote: sin embargo con el correr de los años se levanta esta prohibición porque como conoce la lengua indígena se entiende que es útil para evangelizar.

No podía sentar plaza de soldados: es decir no podía ingresar a las milicias, porque se entiende al ser inestable podía cambiarse al bando contrario.

No podía ingresar a pueblo de indios: es decir a reducciones de indígenas, salvo que su madre viviera ahí, por razones humanitarias.

En general, los mestizos se incorporan a la sociedad indiana en Dos actividades: en la actividad agrícola: Dando origen a la Institución del Inquilinaje y en la actividad minera.

### **3. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS NEGROS ESCLAVOS**

Los negros como grupo social, en las indias, conformaron ser la mejor herramienta de trabajo, desde un punto de vista comercial.

Debemos saber que el negro es traído a las indias, con la intención de aliviar

el sufrimiento del indígena, propiciado por Bartolomé de las Casas, que era uno de los pocos personajes en indias que buscaba darle un mejor trato al indígena, debemos saber también que el negro traído a América, era el bozal, es decir el africano. Ya que el negro que vivía en Europa, no servía como herramienta de trabajo, ya que había adquirido las costumbres europeas, lo cual lo dejaba al margen de esta empresa de esclavitud.

- Derecho a un peculio de su oficio propio con trabajos y donaciones.
- El esclavo podía comprar su libertad.
- Tenían derecho a un buen trato, se les podía castigar pero sin exceso o sevicia.
- Derecho al pudor.
- Derecho a unidad familiar.
- Obligación de alimentación al esclavo y a su familia por parte del amo.
- Prohibición de dar la libertad a esclavos mayores de 60 años a menos que el amo le otorgare una pensión alimenticia vitalicia.
- Se limita la jornada de trabajo a la que se extendía entre sol y sol.
- Se les deben dar cuartos separados a hombres, mujeres y otros para matrimonio.
- Libertad de matrimonio.
- Igualdad de responsabilidad delictual entre blancos y negros.
- Se designaba al procurador de la ciudad como protector de los

esclavos, quienes participaban en todos los juicios que los afectase.

- Sólo podían trabajar negros entre 17 y 60 años de edad.
- Las enfermedades de los esclavos así como sus muertes debían ser costeadas por sus amos.
- El amo, si quería casarse con esclava, debía pagarle una suma de dinero (con este dinero compraba su libertad).
- El negro libre que tuviera granjerías o haciendas debía tributar.
- No podían transitar en las noches por la calle.
- No podían portar armas.
- No podían vivir en pueblos de indios.
- Tenían prohibido el uso de oro, seda, mantos y perlas.

#### **4. ESTATUTOS JURÍDICOS DE LOS INDÍGENAS**

Primero que todo se debe tener en cuenta que habían diferentes clases de indios, el común y el de la nobleza, ambos libres pero que excepcionalmente pueden ser sometidos a la esclavitud. El indio noble podía vestirse a la española, estaba exento de tributos y servicios personales y conservaron sus antiguos derechos. El indio común era tratado como un vasallo libre de la corona.

Los estatutos estaban sujetos a las ordenanzas de la monarquía Hispánica, donde se decía que se podía disponer del nuevo mundo pero sin derecho a explotar al indio; que era hombre libre y podía tener propiedades, pero como súbdito debía

trabajar a favor de la Corona, entre estas ordenanzas encontramos la de Las Leyes de Burgos (1512), donde concluyeron una serie de principios:

- Los indios son libres.
- Los Reyes Católicos son señores de los indios por su compromiso evangelizador.
- Se podía obligar a los indios a trabajar con tal de que el trabajo fuese tolerable y el salario justo, aunque se podía pagar en especie y no en dinero.

Se justifica la guerra si los indios se negaban a ser cristianizados; y para ello se creó la institución del Requerimiento. Una conquista sólo estaba justificada si los indios se negaban a ser evangelizados.

- Se prohibió a los encomenderos la aplicación de todo castigo a los indios, el cual se reserva a los visitadores establecidos en cada pueblo y encargados del minucioso cumplimiento de las leyes.
- Las mujeres embarazadas de más de cuatro meses eran eximidas del trabajo.
- Se ordenó la catequesis de los indios.
- Se condenó la bigamia.
- Los indios tenían que construir sus cabañas junto a las casas de los españoles.
- Se respetó la autoridad de los caciques, a los que se eximió de los trabajos ordinarios y se les dio varios indios como servidores.

El incumplimiento de las leyes en una multitud de casos, originó numerosas reclamaciones y protestas, en 1542 se pretende mejorar las condiciones de los indígenas, fundamentalmente a través de la revisión del sistema de la encomienda y brindando una serie de derechos a los indígenas para que vivan en una condición mejor.<sup>24</sup>

Estas leyes recordaron la prohibición de esclavizar a los indios y abolieron las encomiendas, que dejaron de ser hereditarias y debían desaparecer a la muerte de los encomenderos actuales. Las principales resoluciones en beneficio de los indígenas fueron:

- Cuidar la conservación y gobierno y buen trato de los indios.
- Que no hubiera causa ni motivo alguno para hacer esclavos, ni por guerra, ni por rebeldía, ni por rescate, ni de otra manera alguna. Que los esclavos existentes fueran puestos en libertad, si no se mostraba el pleno derecho jurídico a mantenerlos en ese estado.
- Que se acabara la mala costumbre de hacer que los indios sirvieran de cargadores sin su propia voluntad y con la debida retribución.
- Que no fueran llevados a regiones remotas con el pretexto de la pesca de perlas.
- Que los oficiales reales no tuvieran derecho a la encomienda de indios, lo mismo que las órdenes religiosas, hospitales, obras comunales o cofradías.

24 García Icazbalceta, Joaquín. *Colección de documentos para la historia de México*. Cervantes Virtual. 1543

- Que el repartimiento dado a los primeros conquistadores cesara totalmente a la muerte de ellos y los indios fueran puestos bajo la Real Corona, sin que nadie pudiera heredar su tenencia y dominio.

Consecuencia de esta ordenanza fue la Junta de Valladolid (1550-1551) donde se enfrentaron las posiciones de Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda, todo ello enmarcado en la polémica intelectual conocida como de los justos títulos o polémica de los naturales. El Debate de Valladolid sirvió para actualizar las Ordenanzas de las Indias y crear la figura del protector de indios. En esta Junta se encuentran dos tesis:

#### **TESIS DE GINÉS DE SEPÚLVEDA**

Propone cuatro “justos títulos” que justifican la conquista:

El derecho de tutela implica la servidumbre o esclavitud natural de los indígenas. Les conviene por su propio bien someterse a los españoles, ya que son incapaces de gobernarse a sí mismos.

La necesidad de impedir, incluso por la fuerza, el canibalismo y otras conductas antinaturales que practican los indígenas.

La obligación de salvar a las futuras víctimas inocentes que serían sacrificadas a los dioses falsos.

El mandato evangelizador que Cristo dio a los apóstoles y el Papa al Rey Católico.

El conjunto de argumentos que utiliza es complejo, lo desarrolló en varias obras más y pueden englobarse en

argumentos de razón y derecho natural y argumentos teológicos.<sup>25</sup>

#### **RESPUESTA DE LAS CASAS Y TESIS DE VITORIA**

Las Casas demuestra la racionalidad de los indígenas a través de su civilización: la arquitectura de los aztecas rebate la comparación con las abejas que había hecho Sepúlveda. No encuentra en las costumbres de los indígenas americanos una mayor crueldad que la que pudiera encontrarse en las civilizaciones del Viejo Mundo o en el pasado de España.

Las bulas de donación papal y el Requerimiento que se lee a los indígenas para justificar su sometimiento son títulos menos seguros que los que daría la aplicación del derecho de comunicación, que si es negado por los indígenas permite a los españoles obtenerlo a la fuerza.

Niega el derecho de ocupación por la pura aplicación de la fuerza, pero defiende la libertad de transitar por los mares, argumento muy polémico también defendido por Hugo Grocio, y que no conviene al monopolio colonial del comercio con las Indias.

La evangelización no es una obligación de los españoles, pero sí un derecho de los indígenas.<sup>26</sup>

Mediante real cédula el 18 de mayo de 1680, y su texto resume los principios políticos, que ocupara gran parte de Latinoamérica y Europa.

- Ley 1: Refiere a los asuntos religiosos, tales como el regio patronato, la organización de la Iglesia, la cultura y la enseñanza.

<sup>25</sup> José Joaquín Ugarte (1994) *El doctor Ginés de Sepúlveda y los justos títulos de España para conquistar América*

<sup>26</sup> TORO GUTIÉRREZ, Francisco M.: *Del Descubrimiento al debate indigenista*.

- Ley 2: Trata la estructura del gobierno indiano con especial referencia a las funciones y competencia del Consejo de Indias y las audiencias.
- Ley 3: Resume los deberes, competencia, atribuciones y funciones de virreyes, gobernadores y militares.
- Ley 4: Concierna al descubrimiento y la conquista territorial. Fija las normas de población, reparto de tierras, obras públicas y minería.
- Ley 5: Legisla sobre diversos aspectos del derecho público, jurisdicción, funciones, competencia y atribuciones de los alcaldes, corregidores y demás funcionarios menores.
- Ley 6: Trata la situación de los indígenas, su condición social, el régimen de encomiendas, tributos, etc.
- Ley 7: Resume los aspectos vinculados con la acción policial y de la moralidad pública.
- Ley 8: Legisla sobre la organización rentística y financiera.
- Ley 9: Refiere a la organización comercial indiana y a los medios de regularla, con especial referencia a la Casa de Contratación.

En 1550, el rey Carlos I había suprimido todas las empresas de conquista hasta dilucidar la cuestión de los títulos. En ese mismo año, el rey daba esta otra ley recogida en la Recopilación:

“Habiendo hecho particular examen sobre si aun en la ms perfecta lengua de los Indios se pueden explicar bien, y con propiedad los Misterios de nuestra Santa Fe Católica, se ha reconocido, que no es

posible sin cometer grandes disonancias, é imperfecciones, y aunque están fundadas Cátedras, donde sean enseñados los Sacerdotes, que hubieren de doctrinar a los Indios, no es remedio bastante, por ser mucha la variedad de lenguas. Y habiendo resuelto, que convendrá introducir la Castellana, ordenamos que á los Indios se les pongan Maestros, que enseñen a los que voluntariamente la quisieren aprender, como les séa de menos molestia, y sin costa: y ha parecido, que esto podrían hacer bien los Sacristanes, como en las Aldeas de estos Reynos enseñan á leer, y escribir, y la Doctrina Cristiana”<sup>27</sup>

El título 2 del Libro VI de la Recopilación trata sobre la libertad de los indios. Las disposiciones son numerosas y variadas. Ya citamos arriba una disposición, que liga la libertad al buen trato. 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 algún 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

<sup>27</sup> Ley de Carlos I en Valladolid, 1550, en *op.cit.*, Libro Sexto, Ley XVIIJ, p.193.

entera, y natural libertad, á costa de los que así los cautivaren, ó tuvieren por esclavos”<sup>28</sup>

Asimismo, hay una preocupación pedagógica, se quiere hacer que los indios convertidos sean educados en el trabajo. Así lo da a entender esta ley de la Recopilación:

“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”<sup>29</sup>

#### **CAPÍTULO IV**

#### **DISTINTAS POSTURAS EN RELACIÓN CON LA TEORÍA DE LOS ESTATUTOS JURÍDICOS Y EL TRATAMIENTO DE LOS INDÍGENAS**

Nos encontramos en esta materia, con distintas posturas sobre la teoría de los estatutos jurídicos del derecho indiano, los cuales poseen gran relevancia al momento de poder entender, si existió un verdadero estatuto de las personas en indias, por su parte la escuela Chilena de historia del derecho nos entrega su postura, como la formula el profesor Antonio Dougnac que dice que en la América indiana en relación a los estatutos jurídicos, era de carácter desigual, en donde argumenta “a ausencia de señoríos (salvo excepciones) impide que los nobles y eclesiásticos ejerzan un poder político. No hay participación en las cortes de los habitantes de las indias.

“La sociedad indiana está compuesta por dos republicas: la de los españoles y de indios, a las que se irá agregando paulatinamente un nivel intermedio- el de los mestizos, cada más numerosos- complicándose cada día con la llegada de los africanos, en calidad de esclavos. A diferencia en lo que ocurre en España, donde tras la expulsión de judíos y moriscos, la población es homogénea, en indias será la diversidad étnico- cultural la que prime. La corona, atenta a esta realidad de gentes disímiles en su cultura y etnia, dará regulaciones diversas a esos grupos”<sup>30</sup> Dougnac nos dice que el indígena va a ser declarados miserable y rústico de castilla, no se les reconocía el conocimiento de la ley, por lo tanto se trataba de que no confesaran en juicio por temor a un fallo desfavorable para ellos, también el tribunal de La santa inquisición no podía juzgarlos, por los pecados cometidos por ellos, ya que también religiosamente eran considerados conversos nuevos, a su vez los delitos cometidos por españoles contra los indígenas serían castigados con mayor dureza, por tratarse de personas en una situación de debilidad social.

Sustentan esta teoría de los estatutos jurídicos del derecho indiano el profesor Claudio Cáceres que dice “La sociedad indiana era desigual y estamental, esto implica que había distintos estatutos jurídicos y además que era muy difícil de cambiar de estatuto social. Estos estatutos jurídicos eran: el mestizo, español, negro e indígena”<sup>31</sup>, en relación al indígena el profesor Claudio Cáceres comenta que el indígena poseía a su vez también derechos, como que al actuar en la vida jurídica, tanto dentro de juicio como fuera de él, debía ser

28 *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.*

29 *Ley de Felipe III en Madrid, 1618, en Recopilación... Tomo Segundo, Libro Sexto, Ley XX, p. 194.*

30 DOUGNAC Rodríguez, Antonio. *Manual del Derecho Indiano*. ISBN 968-36-4147-4.

representado por un funcionario público denominado protector de naturales, la venta de los bienes raíces del indígena, debía ser efectuado en pública subasta y con varios pregones de anticipación (avisos a viva voz), esta debía ser con 30 días de anticipación, también los asuntos judiciales en que estuviesen involucrados los indígenas, se denominaban casos de corte. Por lo tanto eso implicaba que la real audiencia debía evocarse al conocimiento de ese asunto.

JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREIRA<sup>32</sup> nos dice que el indígena también poseía derechos como que no se le presumía en ellos dolo ni engaño, por lo cual había que demostrar fehacientemente que habían actuado en forma maliciosa, a su vez estaban exentos de tutelas y otras cargas públicas, en materia penal se les libera del pago del otorgamiento de fianza por calumnias al querrellarse.

El Doctor profesor ERIC EDUARDO PALMA<sup>33</sup>, critica en forma directa la teoría de los estatutos jurídicos diciendo que su formulación es bastante incompleta y susceptible de inducir a confusión, ya que no da cuenta del todo de la realidad indiana, existiendo según su interpretación una sociedad con carácter estamental “dicha sociedad estamental se proyecta a América a pesar de la inexistencia de grandes de España radicados permanentemente en indias y a pesar de la poca magnitud que tiene la nobleza americana y el alto

clero. A su vez el profesor Palma nos dice que la sociedad indiana “se caracterizaba por la falta de movilidad social; por la discriminación; por la desigualdad jurídica; por la intolerancia religiosa”<sup>34</sup>

Otro postulado bastante interesante del profesor Palma es en relación en que en la América indiana no existieron ni estado de derecho ni reconocimiento de los derechos individuales, opinión que desmorona la teoría de los estatutos jurídicos, de la escuela chilena de la historia del derecho; el profesor palma nos dice “se confunde la teoría de los estatutos, lo que son las facultades, prerrogativas, iura o potestades con la noción de derecho individual”<sup>35</sup>

A su vez el profesor PALMA realiza una distinción bastante interesante en relación al indígena americano, que fue pacificado y el no pacificado.

### **INDÍGENA PACIFICADO**

Según el profesor PALMA era “aquel que acepta someterse voluntariamente a la potestad de la monarquía española”.

Es decir que los españoles no tuvieron que emplear por medio de la fuerza, sus imposiciones, tema que facilitó el avance militar de las tropas españolas, se debe considerar que este indígena pacificado participó de la llamada encomienda, la cual obviamente tenía un objetivo de utilizar al indígena como mano de obra, en la cual

31 CÁCERES Claudio. *Apuntes de clases. Universidad Central. 2007*

32 Solórzano, *política indiana, lib 2. Cap. 1*

33 PALMA González, Eric Eduardo. *Tomo V Historia del derecho indiano siglos XV-XVII. Historia del derecho I. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2005*

34 PALMA González, Eric Eduardo. *Tomo V Historia del derecho indiano siglos XV-XVII. Historia del derecho I. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2005. Pag. 97*

35 PALMA González, Eric Eduardo. *Tomo V Historia del derecho indiano siglos XV-XVII. Historia del derecho I. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2005. Pag. 98*

poseía ciertos privilegios que menciona el autor, que en resumidas cuentas son bastante mínimos.

### **Indígena no pacificado**

El profesor Palma nos dice que el indígena no pacificado “fue considerado por la monarquía española como indio rebelde, porque no reconoció la autoridad del rey, al no someterse a la hueste indiana, no prestó la obediencia” en el caso de la desobediencia, podía ocurrir que el indígena cayera en la esclavitud, aun así podía perder su libertad y sus bienes.

En relación al trato del indígena por parte de la corona española, el profesor palma nos dice que el indio no gozo de libertad de movimiento, libertad de conciencia, libertad de expresión, facultad de decidir en trabajar, elegir su vestimenta, libertad sexual, disposición del fruto de su trabajo, en síntesis “el indio perdió la libertad para seguir siendo indio”<sup>36</sup>

### **CONCLUSIONES**

Al momento de elegir el tema de los estatutos jurídicos, y desde el comienzo sabía que iba a ser bastante interesante ya que puede abordarse desde diferentes ángulos y al momento de leer los diferentes textos en relación a la materia, pude dilucidar la gran importancia el significado del Derecho Indiano y su funcionamiento teniendo en cuenta como factor principal las clases sociales que allí se desarrollaron y dándole prevalencia a las personas que vivían en indias. Primero que todo se debe aclarar que el Derecho Indiano no es un derecho sistemático, ya que los elementos particulares del conjunto no se encuentran relacionados de tal forma que

los simples puedan ser deducidos de los más complejos; es decir, es un derecho casuístico ya que prevalece la voluntad del rey y sus situaciones específicas.

Para comenzar, con la llegada de Cristóbal Colón a América, el español, como todos sabemos, buscaban nuevas rutas de comercio, lo cual derivó en el descubrimiento del continente americano. Este llega con las Capitulaciones de Santa Fe, de 1492, firmadas por la Reina Isabel de Castilla las cuales contienen normas dirigidas a las tierras que se descubriera al momento de arribar a éstas.

La llegada del español a América tuvo como fin la conquista y el asentamiento, tanto religiosa como territorial, no debemos olvidar, que el proceso de evangelización forma la técnica más eficiente para la transformación del indígena al cristianismo, religión que en muchas ocasiones jamás pudo entender y que en resumidas cuentas se les impuso con un fin de dominación, con finalidades notablemente económicas, en muchas ocasiones al momento de entregarles el requerimiento, Carta que ni siquiera entendían por estar en la lengua española. Producía un quiebre en relación a la destrucción de sus costumbres, estilo de vida, entre muchos factores que posibilitaron, en que el indígena sucumbiera al dominio de los españoles.

La conquista en las indias, desde un principio fue desafortunadamente una catástrofe desde todo punto de vista para nuestros indígenas, quienes a pesar de su intensiva lucha contra los españoles, no se realizó de forma organizada ni militarmente a nivel de la tecnología de los recién llegados, los cuales poseían armas e infraestructura de primer nivel para

36 PALMA González, Eric Eduardo. Tomo V Historia del derecho indiano siglos XV-XVII. Historia del derecho I. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2005. Pág. 124

la época y eran mirados una verdadera potencia mundial.

Sin olvidar las guerras internas que existían entre los diferentes pueblos a la llegada de los europeos, que fueron estratégicamente usadas, quienes en su intención de conquista se aglomeraron favorablemente con unos, para poder derrotar a otros y luego obviamente someter al indígena.

La Iglesia Católica poseía el máximo poder visto en el mundo de esa época, se había aliado con la nobleza sobre grandes territorios en el continente europeo, y era la más poderosa institución a la cual los mismos reyes socorrián en caso de precisar autorización para sus empresas, entre ellas de conquista.

En este caso la máxima autoridad de la iglesia, es decir el Papa, se manifestaba a través de las bulas, que tenían un gran poder, con decir certeramente eran unas verdaderas leyes acatadas obviamente por los reyes católicos.

La iglesia poseía un gran poder sobre los reinos católicos, encasillando las políticas a seguir por los mismos, o por la mismísima Reina Isabel que entrega a través de las capitulaciones de Granada a Cristóbal Colón el 17 de abril de 1492 la potestad como Gobernador de todos los lugares conquistados, con el título real de pacificador, atribución que nunca fue realmente seguida al pie de la letra por el conquistador, que significaba en resumidas cuentas, someter a unos pueblos sin dar mayor importancia a su condición social, política, cultural, con la bendición del papa y la única razón de evangelizar a los asentamientos indios.

Todas estas potestades entregadas a los llamados pacificadores, que llegaron a las indias, es fácil imaginar las intención de poder, riqueza y conquista que se inculcaron de ellos al percibir todo el beneficio que podían adquirir del nuevo territorio y sus habitantes.

Es así como empieza el exterminio sobre las grandes civilizaciones entre ellas podemos mencionar la inca, azteca y maya, lo cual fue apenas 130 años desde el descubrimiento, a dejar a su más ínfima expresión las civilizaciones indígenas de las indias occidentales. Los europeos encontraron la riqueza más importante de las indias, que no era solo el oro, sino la mano de obra.

El indígena Americano, es ciertamente esclavizado y obligado a trabajar para sus amos de forma inhumana dejándolos morir en las minas o los campos también llamadas mercedes de tierra.

Sin duda los territorios conquistados pertenecían a la corona de Castilla como ellos bien lo afirmaban de igual forma pertenecían los indios y por lo mismo debían protegerlos y cuidarlos las leyes de dicho Reino. Cosa que fielmente no ocurrió ya que los Pacificadores no tomaron la conciencia en derecho sino de hecho, imponiéndose de la forma brutal a través de la dominación violenta

A su vez, lo único que se hizo fue legitimar la esclavitud con las famosas encomiendas y con ideas que fueron poco inteligentes como:

Las encomiendas debían tener como mínimo 40 y un máximo de 150 indios. Para cada 50 indios repartidos, el amo español debía edificar cuatro casas de medidas determinadas y suministrar a

cada indígena una hamaca para dormir. En relación a los alimentos solo se les daba pan y ajo.

Nos preguntamos ¿qué derechos poseían los indígenas en cuanto a sus libertades, de esta especie de leyes implementadas en las indias? Básicamente se cambia de la esclavitud extrajurídica a una establecida en el ordenamiento.

Si el derecho indiano era legislado, supervisado y aplicado por las diferentes instituciones en América y España que se conformaron para tal fin y que sobre el papel funcionaban de una forma organizada y estricta, resulta paradójico que en la práctica no fuera así para los nativos del continente quienes se vieron siempre en desventaja ya que sus derechos no fueron reconocidos y su libertad fue desde un comienzo vulnerada intencionalmente.

La defensa de los indígenas se dio siempre de manera aislada y por unos pocos quienes veían con preocupación como estas leyes e instituciones creadas para impartir justicia en las colonias españolas no ejercían sus funciones a cabalidad a pesar de ser constituidas con dicho fin.

Por otro lado, para el siglo XVI tiempo en que se dan todos estos movimientos a favor de nuestros antepasados, el saqueo y la explotación de oro y plata habían disminuido considerablemente, dejando como principal fuente de recursos los cultivos de caña de azúcar los cuales no eran trabajados por los españoles. Por tal razón necesitaban conseguir una mano de obra que no generara los inconvenientes jurídicos que presentaban los nativos y que pudieran esclavizar.

Toda esta problemática trae como consecuencia la importación de esclavos y es así como sucede el sometimiento o compra a manera de esclavos de alrededor de 60 millones de africanos de los cuales afirman los historiadores llegaron vivos al continente americano alrededor de 10 millones.

Si bien es cierto que los españoles no participaron directamente en la esclavitud de los negros, pero si podemos tener certeza que fueron culpables al comprarlos y usarlos como esclavos para su beneficio. Los compraban en los diferentes puertos de negreros europeos, quienes proveyeron a la América indiana.

Tendríamos entonces que hacer una crítica a ese denominado encuentro de dos continentes, que más que encuentro influyó en un gran choque, cuyos efectos, incluso se mantuvieron escondidos por mucho tiempo, si no habría sido por los autores históricos que nos mostraron la realidad de dicha época.

Desde un punto de vista religioso del romano pontífice en estas cuestiones. La respuesta esbozada brevemente radica en la concepción teocrática del poder papal vigente a fines del siglo XV en Europa. La Europa de aquella época es aun oficialmente cristiana.

El Ser no tenía mayor importancia, a la sociedad se ingresa y permanece en ella por la fe, el bautismo y la máxima autoridad de la Iglesia Católica, tiene en síntesis, poderío sobre todos los habitantes, incluyendo a los príncipes cristianos, entre el rey de Portugal y los Reyes Católicos.

Se sienta al papa, en la cima de la teocracia, pues él conserva, aunque en

decadencia, la potestad de coronar al emperador y a los reyes y de confiscarles su legitimidad si contradicen la ley de Dios.

Tiene, en conclusión, el llamado *Dominium Orbis*, el dominio del mundo en sus Manos, de vicario de Jesucristo en el mundo. Este dominio se sustentaba en el documento llamado la Donación Constantina, en la cual el emperador Constantino al abandonar Roma por Bizancio, habría entregado al papa, la totalidad de las tierras occidentales del imperio que por supuesto conformaban las indias occidentales. En esa era, no se negaba su veracidad, aunque siglos más tarde se descubrió que el documento era falso. Los antecedentes que el Papa tenía un poder casi ilimitado que pierde sino hasta el comienzo de la Reforma protestante hacia mediados del siglo XVI.

Debe entenderse, sin embargo, cuales son las formas que llevan a la Corona Española a optar por el medio represivo para una solución de esta naturaleza. En efecto, esta actitud esclavista se diferencia claramente respecto de las políticas seguidas por otras potencias coloniales europeas, como Inglaterra y Holanda, varios siglos más tarde, allí el debate de los derechos de las poblaciones indígenas, fue resuelto por sus autoridades, decidiendo su rápida esclavitud y el liso y llano exterminio de esta forma se ha mencionado claramente por algunos historiadores estadounidenses.

No debemos olvidar que existieron protectores de los indígenas, que significaron un gran cambio en el trato que se les daba en esa época, Bartolomé de las Casas, fue uno de los pioneros en esta materia, al notar la precariedad en que se encontraban los indígenas, por ende propician la traída del negro africano a las indias, para de esta

forma alivianarle el trabajo al indígena, con esta situación.

Las Casas citó constantemente este discurso, como valioso antecedente a sus argumentos.

“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 guerras que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muerte y estragos nunca oídos, habéis consumido?”<sup>37</sup>

Podemos darnos cuenta el gran maltrato que recibió el indígena en las indias, y la salida poco humana, que buscó la iglesia, con traer a otras personas, como son los de raza negra, a remediar el maltrato al indio, aquí queda en evidencia que la evangelización, no es un proceso religioso, sino una doctrina, con fines netamente económicos, es decir mano de obra gratuita para satisfacer las necesidades y trabajos que los españoles no querían realizar, y de esa forma enriquecerse a costas del trabajo del indio americano.

En relación con esta materia me gustaría señalar, la encomienda, como un sistema de trabajo, muy parecido a la esclavitud, esta institución tiene una gran importancia en la estrategia económica que buscaba el español, que era la producción de bienes, y el trabajo de la tierra, también llamadas mercedes de tierra, al benemérito de indias, persona que había realizado un acto heroico por la corona.

Al momento de estudiar las distintas clases de encomienda, pude verificar que la teoría de los estatutos jurídicos se me

<sup>37</sup> Galmés, L., *Bartolomé de Las Casas. Defensor de los derechos humanos*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1982, pp. 31-32.

iba cayendo, en relación que no podemos hablar de estatutos, con un sistema de trabajo que solo era parecido a los campos de concentración de la segunda guerra mundial.

Poco a poco este sistema de encomienda fue evolucionando, en relación a entregarle mayores derechos a los indígenas, entre ellos me gustaría mencionar, el derecho a no ser llamado como perros, ¿es posible imaginar que es un derecho no ser llamado perro? En las Instrucciones dictadas por la reina Isabel la Católica a Nicolás de Ovando, se lee:

“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...”<sup>38</sup>

Entre ellos también quiero recalcar que la encomienda se establecía por vidas, es decir que el sistema esclavista de la encomienda podía durar hasta 4 generaciones, a su vez se les permitió bajar la carga de peso de trabajo a 120 kilos, como máximo que podían llevar a sus costas, con estos antecedentes puedo concluir que la encomienda es el esclavismo en su máxima expresión, y la traída del negro a alivianar este trabajo, conforma una grave vulneración de la corona española a los derechos humanos, que claramente desde mi punto de vista, nunca existieron dentro de la sociedad indiana, por parte de los españoles hacia los indígenas y negros.

Comentando un poco sobre el estatuto del negro que es bastante relevante en

consideración a este estudio, ya que tiene íntima relación con el indígena, aun así la mezcla entre ellos, llamados zambos, podemos decir que jamás fueron considerados personas, sino una cosa, esto queda muy claro en las menciones que hace Solórzano Pereira, en relación que se podía hacer actos jurídicos como vender, comprar, hasta hipotecar a un negro, esto demuestra el grado de desconocimiento de los derechos de las personas en la América indiana, y la poca protección de la iglesia, como lo demuestra la ley de 1536:

“El Negro que hiciere mal tratamiento á Indio, no habiendo sangre sea atado en la picota de la Villa, ó Pueblo donde sucediere, y allí le sean dados cien azotes públicamente: y si lo hiriere, ó sacare sangre, demás de los cien azotes sean ejecutadas en él las penas, que según la calidad, y gravedad de la herida mereciere por derecho, y costumbres de estos Reynos de Castilla, y el dueño pague los daños, menoscabos, y costas, que se recrecieren al Indio, y si no lo quisiere pagar, véndase al Negro para este efecto, y desde de su precio satisfacción”.<sup>39</sup>

Bastante interesante encontré la situación de declarar nobles, a los indígenas de altas magistraturas, como por ejemplo los caciques, que obtenían derecho tanto en lo jurídico y tributario, es decir no pagaban impuestos, esto me dio para pensar, que la dominación española era bastante estratégica, ya que darle derechos a los indígenas nobles, provocaba una especie de control sobre los otros indígenas comunes, esto deja en evidencia la clara dominación inculcada por la corona española.

38 González, J.C., *Influencia del derecho español en América*, Edición electrónica MAPFRE Tavera, Madrid 1992, p. 147 y ss.

39 *Ley de Carlos I en Valladolid en 1536*, en *Op. cit.*, ley XVIIIJ, p. 278

Refiriéndose al mestizaje, es decir el español con el indígena, se forma una especie de estatuto bastante especial, algunos autores mencionan que la raza es fundamental, en el reconocimiento de facultades de las personas en el derecho indiano, cosa que comparto plenamente, ya que ser negro o blanco, entregaba una distinción, que podía sintetizarse en ser esclavo o ser libre.

Ahora queda claro que en la sociedad indiana, la moralidad era la base de privilegios, ya que el mestizo que no era por decir en pocas palabras, reconocido por el español, y no se vestía como tal, caía en el alcoholismo y la vagabundad, es decir estamos frente no solo a una sociedad de razas, sino también de clases sociales, dentro del mismo estatuto.

Dentro de los autores que encontré más relevantes, podemos mencionar a los profesores, Dougnac, Palma y Cáceres.

El profesor Dougnac, se basa completamente en la recopilación de las leyes de indias, hecha por Juan Solórzano Pereira, en relación al trato de los indígenas, Dougnac es un fiel partidario de la teoría de los estatutos jurídicos, ya que en su manual de derecho indiano, los menciona claramente, y hace una descripción detallada de cada uno de ellos. Dicho autor desde mi punto de vista, reconoce la desigualdad en las indias, especialmente a los indígenas, aunque queda claramente en el tapete, que menciona varios derechos de los indígenas, que a mi parecer, no son más que facultades que se les entregaban, presionados fuertemente por la iglesia católica, que juega un rol importante en el protectorado de los mismos, pero con una intención claramente comercial por parte de la corona española, al legitimar

la encomienda a mi entender, es de lo más absurdo, ya que el indígena debía pagar tributos con su trabajo, y me pregunto ¿cuál era la retribución por el pago de dichos tributos ?

No debemos olvidar que el profesor Dougnac pertenece a la escuela chilena de historia del derecho, junto con autores como el profesor Barrientos Bravo, etc.

Otros autores interesantes, es por ejemplo el profesor Claudio Cáceres, que mantiene su tesis bastante parecida a Dougnac en relación a la teoría de los estatutos jurídicos, en sus apuntes de clases menciona claramente que la sociedad indiana es desigual y estamental, y desarrolla de esta forma, una clara descripción de los estatutos jurídicos de las personas en el derecho indiano.

En relación con los postulados del profesor Palma, encuentro desde mi punto de vista, que son los más exactos y realistas, ya que es evidente que la teoría de los estatutos es bastante incompleta, ya que el indígena fue vulnerado en sus derechos fundamentales, constantemente, y no podemos de esta forma entender que existían estatutos jurídicos en las indias, sino meramente facultades, ya que no podemos llamar estatutos a meros privilegios, que ni siquiera consistían, en los derechos básicos de la persona por ser tal.

La sociedad indiana a mi parecer fue siempre estamental igualmente que la castellana, y me adhiero completamente a los postulados del profesor Palma.

Finalmente, llego a concluir que en la América indiana, como dice el profesor Palma “no hubo ni estado de derecho ni reconocimiento de derechos individuales”<sup>40</sup>

40 PALMA González, Eric Eduardo. Tomo V Historia del derecho indiano siglos XV-XVII. Historia del derecho I. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2005. Pág. 124.

Ya que la teoría de los estatutos jurídicos, no son realmente estatutos, sino que potestades. en la América indiana, los indios nunca fueron considerados como personas, solamente se le entregaron ciertas facultades, por ende se nos cae desde mi punto de vista completamente la teoría de los estatutos, mas aun decir que no existieron tampoco derechos, ya que el indígena jamás tuvo derechos en las indias, esto quedó claro en la investigación realizada en este trabajo.

El indígena fue utilizado como herramienta de trabajo, despojado de sus costumbres, sus raíces, en pocas palabras como menciona el profesor Palma, “el indio perdió la libertad para seguir siendo indio”<sup>41</sup>

Más aun me quedó bastante claro la intención de la dominación española por medio de la fuerza y la injusticia, ya que el indio que no era pacificado, era considerado rebelde, por no entregarse a los estatutos del rey, por ende podía caer en la mismísima esclavitud, e incluso perder todos sus bienes, con estos argumentos podemos llegar a entender que la escuela chilena de historia del derecho, describe como protectora la legislación indígena, cosa que está completamente errónea, ya que el indio dentro de la sociedad formaba casi la última condición social, después del negro, con esto no podemos decir que fueron realmente sujetos de derecho ni menos hombres libres.

## **BIBLIOGRAFÍA**

LAVIANA, Cuetos María Luisa. La América Colonial. Madrid, 1998.

AGUADO Bleye, P. Manual de Historia de España. Tomo II. Ed. Espasa-Calpe. Madrid. 1969.

VV.AA. Diccionario Enciclopédico Salvat Universal. Ed. Salvat Editores. Barcelona.1986.

ORCAJO Poza, B., Caballero Bastardo, A. y otros. Ciencias Sociales 7° EGB. Ed. Luis Vives. Zaragoza.1989.

BALLESTEROS Beretta, A. Génesis del descubrimiento. Barcelona.1947.

Zeta Multimedia. Historia del mundo. Madrid1998.

GARCÍA Icazbalceta, Joaquín. Colección de documentos para la historia de México. Cervantes Virtual. México D.C.1543.

DÍAZ Rementería, Carlos. (1992). «La constitución de la sociedad política». Historia del Derecho Indiano. Madrid: Editorial MAPFRE S.A. pp. 167-190.

WINN, Peter (Americas: The Changing Face of Latin America and the Caribbean. Berkeley: U. of California p, 1999).

RUIGÓMEZ Gómez, Carmen. Una Política Indigenista de los Habsburgo: el Protector de Indios en el Perú. Madrid.1998

KONETZKE, América Latina: La época colonial. México: Editorial Siglo XXI.

[www.geocities.com/zaguan2000/metodo.html](http://www.geocities.com/zaguan2000/metodo.html)

BOSCH García, Carlos. La técnica de investigación documental. 12a. ed. México.

DROYSEN, G. (1858). “*Grundriss der historik*”, en K. O. Apel. Die Erklären: Verstehen *Kontroverse in Transzendentalpragmatischer Sicht. Suhrkamp*, Ffm., citado por Mardones, J. M. y N. Ursúa, p. 23.

41 PALMA González, Eric Eduardo. Tomo V Historia del derecho indiano siglos XV-XVII. Historia del derecho I. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2005. Pág. 124.

MARDONES, J. M. y N. Ursúa. Filosofía de las ciencias humanas y sociales. Materiales para una fundamentación científica. Fontamara, México.

Investigación descriptiva s/f). [Documento en línea]. Disponible: <http://www.mistareas.com.ve/investigacion-descriptiva.htm> (Consulta: 2011, Junio 19)

DOUGNAC Rodríguez, Antonio. Manual del Derecho Indiano. ISBN 968-36-4147-4.

OTS y CAPDEQUI, José María. Instituciones. Salvat. Ed. págs. 221-239.

Código civil Chileno. Art. 2.

ZAVALA, Silvio. La encomienda india, Ed. Porrúa, México, 1973, p. 191.

LASSEGUE, Juan Bautista. La larga marcha de Las Casas, Centro de Estudios y Publicaciones, Lima, 1974. p. 71.

DE LA TORRE Rangel Jesús Antonio, El Derecho en la colonia: Las Casas y las Leyes Nuevas, Revista Vínculo Jurídico 5, México, enero-mayo 1991.

GARCÍA Icazbalceta, Joaquín. Colección de documentos para la historia de México. Cervantes Virtual. 1543.

UGARTE, José Joaquín. El doctor Ginés de Sepúlveda y los justos títulos de España para conquistar América. 1994

TORO Gutiérrez, Francisco M. Del Descubrimiento al debate indigenista.

PALMA González, Eric Eduardo. Tomo V Historia del derecho indiano siglos XV-XVII. Historia del derecho I. Santiago, Chile. Universidad Central de Chile. 2005

CÁCERES, Claudio. Apuntes de clases. 2007

SOLÓRZANO Juan. Política Indiana. Lib 2.

CORTÉS Hernán, Cartas de Relación, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 171. Citado por Silvio Zavala, La encomienda india, Ed. Porrúa, México, 1973, p. 191

Ley de Carlos I en Valladolid, 1550, en Op.citp., Libro Sexto, Ley XVIIJ, p.193.

ROIG, A., (recopilador), El pensamiento social y político iberoamericano.

GALMÉS, L., Bartolomé de Las Casas. Defensor de los derechos humanos, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1982, pp. 31-32

MURO OREJÓN, A., Lecciones de historia del derecho indiano-hispano, Escuela libre de Derecho Miguel Ángel Porrúa, México, 1983, p. 281.

GONZÁLEZ, J.C., Influencia del derecho español en América, Edición electrónica MAPFRE Tavera, Madrid 1992, p. 147 y ss.

Ley de Carlos I en Valladolid en 1536, en Op. cit., ley XVIIIJ, p. 278

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.

Ley de Felipe III en Madrid, 1618, en Recopilación... Tomo Segundo, Libro Sexto, Ley XX, p. 194.

RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo. Metodología Jurídica, Edit. Oxford, México, pág. 151.

MONROY, José de Jesús. Retórica y Derecho Indiano, op.cit. págs. 213, 214.

CRUZ BARNEY, Oscar, op.cit. págs. 228, 229.





# Principia IURIS **15**

## Contenido

Editorial

### SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL

Derecho laboral: del tripartismo al bipartismo (evolución, innovación, mercado y servidumbre)  
Mg. Robinson Arí Cárdenas

Naturaleza y posición de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios: una débil atadura de "Ulises" frente a las "sirenas"

Mg. (c). Miguel Andrés López Martínez

La regulación del turismo. Un asomo socio-jurídico de los sujetos integrantes del sector (primera parte)

Mg. (c). Daniel Rigoberto Bernal Gómez

La expropiación por motivos de utilidad pública e interés social en Colombia: ¿una vulneración flagrante al derecho de propiedad?

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Relectura estructural del bloque de constitucionalidad en Colombia: elementos críticos para aplicación del control de constitucionalidad

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

### SECCIÓN II. TEMA CENTRAL - "EL ANÁLISIS CIENTÍFICO DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS"

La corresponsabilidad de la víctima en la comisión de la conducta punible

Ph. D. (c). Fabio Iván Rey Navas

La tortura en derecho internacional  
Ph. D. Natalia Barbero

Crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional

Mg. Eyder Bolívar Mojica

Filosofía de las funciones de la pena de prisión  
Esp. José Luis Suárez Parra

Filosofía del derecho penal iusnaturalismo – finalismo

Mg. Carlos Gabriel Salazar

Bioética, transplante de órganos, y derecho penal en Colombia

Ph. D. Yolanda M. Guerra García

Ph. D. Álvaro Márquez Cárdenas

### SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

Estatuto jurídico del indígena en el derecho indiano

Abg. Alejandro Samuel Birman Polanco

Los obstáculos institucionales al desarrollo del MERCOSUR

B.A. Dominic Tetu

El Consejo de Estado Colombiano y el Consejo de Estado Francés, aproximaciones y diferencias

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez

