

## LAS “COMUNIDADES DE INDIOS” EN EL DERECHO INDIANO

Laurence Chunga Hidalgo<sup>1</sup>  
[www.laurencechunga.blogspot.com](http://www.laurencechunga.blogspot.com)

### PALABRAS CLAVE:

Derecho indiano, ayllu, comunidades de indios, comunidades campesinas, derecho consuetudinario, historia del derecho, prácticas jurídicas virreinales, cabildo de naturales.

### RESUMEN:

El artículo expone la forma como el derecho indiano, a nivel de su legislación, pretende regular la vida social de los antiguos ayllus prehispánicos, dando cabida y reconociendo la existencia del derecho consuetudinario y condicionando su aceptación a la compatibilidad de éste con los valores y principios propios de la cultura occidental. La intención era la de ofrecer protección al indígena; sin embargo, la vida social exponía una situación de abuso e injusticia, en la que a pesar de ella, los antiguos ayllus se adaptan al nuevo derecho para sobrevivir –manteniendo buena parte de sus costumbres– bajo la denominada “comunidad de indios”.

### Sumario:

I.- El derecho indiano. Concepto y extensión. II.- Aplicación de las normas tuitivas pro-indígena. Uso y abuso del derecho III.- Consecuencias de la confluencia social: pervivencia de la “comunidad de indios”.

---

<sup>1</sup> Bachiller en artes con mención en Historia y abogado, por las facultades de Ciencias y Humanidades y derecho, respectivamente, de la Universidad de Piura (UDEP). Autor de la tesis de grado: “El derecho consuetudinario de las comunidades campesinas. El artículo 149 de la Constitución Política: Estudio histórico jurídico”. Con estudios de maestría en derecho penal por la Universidad Nacional de Piura (UNP). Colaborador con artículos de derecho e historia en diario regional “El Tiempo, Piura. En la actualidad: Juez penal unipersonal de Morropón, Piura-Perú.

### I.- El derecho indiano. Concepto y extensión

En los tiempos anteriores a la llegada de los españoles a territorio del imperio incaico, la norma jurídica se identificó con la costumbre. Evidentemente, el imperio incaico no es el creador del orden jurídico prehispánico sino que su mérito consiste en haber logrado una organización más o menos uniforme, en la que se aseguró la aplicación de las normas propias de los ayllus en concordancia con el derecho estatal establecido por la autoridad central.

Con la llegada de la cultura occidental traída por los españoles, y por consiguiente, la escritura, ésta abordó la esfera jurídica del mundo virreinal, desplazando, así, las formas consuetudinarias practicadas por las poblaciones originarias. A pesar de ello, amplios sectores de la vida social se mantuvieron reacios a la escritura y conservaron los usos y costumbres que el tiempo había consagrado. Los indígenas, en la solución de sus pleitos civiles y mercantiles, huyen de los procedimientos occidentales, por lo que muchas actuaciones jurídicas no se registran por escrito, y muchas de las que lo fueron se han perdido. Todo esto hace difícil su conocimiento, justamente por la ausencia de constancia documental. Sin embargo, la inexistencia de la prueba escrita no niega la existencia del derecho, al cual podemos llegar a través de sus efectos, siempre que éstos sean más o menos permanentes en el tiempo.

Esta complejidad jurídica virreinal, lleva a GARCÍA GALLO a decir que el derecho indiano es el derecho propio de las Indias en sentido territorial, y comprende el derecho castellano transplantado al Nuevo Mundo, el derecho establecido, desde la Corona Castellana, para las Indias y, finalmente, el derecho de los indios o de las poblaciones autóctonas. Afirma el autor, que el derecho autóctono requiere un tratamiento especial, distinto y separado del derecho español, "*por cuanto constituye un sistema distinto*"<sup>2</sup>. Así, el sistema jurídico prehispánico no se pierde con la conquista, sino que perdura y continúa rigiendo, aunque de forma parcial y desarticulada, en tiempos virreinales e incluso en nuestros días.

Algunos de los cronistas, entre ellos MATIENZO y ONDEGARDO, en sus respectivos informes e instrucciones, formularon la necesidad de

---

<sup>2</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso, *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, pp. 18. 174.

conocer las formas sociales autóctonas y respetarlas. En palabras de MATIENZO, "el que gobernare aquellas tierras no entre de presto a mudar las costumbres y hacer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer muy bien las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra que en ella habitan, que como es larga, son diversas las costumbres..."<sup>3</sup>. ONDEGARDO, por su parte, antes que insistir en el tema para la comodidad del que gobierna, prefiere ponerse en el lugar de los indígenas y afirma que "ay de guardar sus fueros quando no rrepunasen al derecho natural" porque la negación de sus formas jurídicas y la imposición de un derecho distinto les obliga a "pasar por más leyes que ny supieron ny entendieron ny vendrán en conocimiento de ellas de aquí a cien años", lo cual de alguna forma, en el pensamiento de este jurista, induce al quebrantamiento del derecho y hace que los indígenas pierdan la confianza en la organización virreinal<sup>4</sup>.

La Corona, tempranamente, asume estas inquietudes, e incluso, a nuestro parecer, se extiende más allá de las mismas. En el Cedulaario de Encinas encontramos una disposición dada por el Emperador Carlos V el 6 de agosto de 1555, por la que manda que

"...las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuésemos servidos y nos pareciere..."<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Matienzo fue oidor de la Audiencia de Charcas y más tarde asesor del virrey Toledo. Citado por VALCARCEL, *Historia del Perú Antiguo...*, T. 2, p. 185.

<sup>4</sup> Cfr. ONDEGARDO, Op. Cit., pp., 47. 82. Según Porras Barrenechea a Ondegardo le interesa el derecho consuetudinario y el fenómeno jurídico existente en el momento mismo en que escribe su crónica. El tema de las instituciones incaicas le interesa en la medida que incide en las instituciones existentes. Cfr. PORRAS BARRENECHEA, Raúl, *Los Cronistas del Perú (1528 - 1650) y Otros Ensayos*, DESA, Lima, p.335. Otros defensores del respeto de los usos y costumbres de los indios: Bartolomé de las Casas, José de Acosta y Alonso de Zorita. Cfr. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, "La Costumbre Jurídica en la América Española. Siglos XVI - XVIII" en *Revista de Historia del Derecho*, N° 14, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1986, p. 404.

<sup>5</sup> Cfr. CEDULARIO DE ENCINAS Tomo IV, pp. 355 -356, RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS, Tomo I, libro 2, Título 1, ley IV; Cfr. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, Tomo II, 10ma reimpression, 9na edición, AGESA, Madrid, 1984, p. 234. (el subrayado es nuestro). En atención a la cita, creemos que Zorraquín Becú yerra cuando afirma que no existe autorización legal que aceptara la aplicación del

El fragmento de la Cédula Real citado, no sólo reconoce la existencia del derecho prehispánico sino que, además, estimula las fórmulas jurídicas que puedan surgir según sus propios procedimientos, siempre que no atenten contra el derecho castellano, la religión católica y la voluntad del soberano. Esto confirma la aseveración de GARCÍA GALLO antes mencionada. En otras palabras, el ordenamiento jurídico virreinal no supone el aniquilamiento de las formas consuetudinarias prehispánicas, sino que, por el contrario, según Cédula Real, hay necesidad de que se "*guarden y ejecuten*" y a cuyo efecto gozan de aprobación y confirmación oficial. En el orden de ideas, en 1580 una Real Cédula dirigida al Perú recomienda:

"con particular énfasis que los pleitos en que fuesen parte aquellos (*los indios*) no se siguieran por los trámites ordinarios, antes bien se ventilaran sumariamente y respetándose en lo posible los usos y fueros consuetudinarios en la medida que de suyo no fuesen injustos"<sup>6</sup>.

La aplicación del derecho castellano sobre los indios permitió que se les considerara, a éstos, como personas, categoría jurídica inexistente en el derecho prehispánico, pero, a la vez, al reconocerse de forma oficial el sistema jurídico preexistente, respecto del gobierno de los naturales y en la aplicación del mismo en sus litigios, les otorgaba un derecho "exclusivo" para indios, un estatuto personal<sup>7</sup>. El carácter proteccionista de la legislación indiana se evidencia en el reconocimiento de un derecho desconocido para los castellanos. Por tanto, el derecho prehispánico adque-

---

derecho consuetudinario. Véase: ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo "Los Derechos Indígenas" en *Revista de Historia del Derecho*, N° 14, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1986, 430. En sentido contrario a lo que sostenemos, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "Continuidad y Ruptura Jurídica en los Andes Peruanos" en COMISIÓN NACIONAL PERUANA DEL V CENTENARIO DEL DESCUBRIMIENTO-ENCUENTRO DE DOS MUNDOS, *El Mundo Andino en la Época del Descubrimiento*, Talleres Impresiones Benito, Lima, 1990, p. 225, siguiendo a PEASE GARCIA, Franklin, "Índices Notariales de Moquegua. S. XVI. Una Introducción" en SHOZO MASUDA (ed), *Contribuciones a los Estudios de los Andes Centrales*, Universidad de Tokio, Japón, 1984, afirma que existe un derecho consuetudinario que funciona al margen o por debajo del derecho castellano.

<sup>6</sup> Citada por LOHMANN, Guillermo, *El Corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, 1957, p. 251.

<sup>7</sup> Según el lenguaje de la época, se trata de un fuero personal, es decir, una especie de privilegios o preceptos fundamentales especiales de que gozaban las personas habitantes de ciertas ciudades o personas en atención a ciertas particularidades. Cfr. TAU, Op. Cit., p.361.

re la característica de derecho particular, aplicado a los indios y a sus conflictos, mientras que el derecho propio de Castilla y la normativa emanada de la Corona, a efectos de la casuística americana, asumen el carácter de derecho general. Por lo antes expuesto, vemos que el derecho prehispánico mantiene vigencia e individualidad, sin embargo, no es autónomo, por cuanto queda sujeto a ciertos límites impuestos por el derecho castellano: que sea justo, que no afecte la fe cristiana y que no sea contrario a la corona. En consecuencia, no puede hablarse de dos ordenamientos jurídicos<sup>8</sup>.

## II.- Aplicación de las normas tuitivas pro-indígena. Uso y abuso del derecho

Sin embargo, en la vida real, no bastó con el reconocimiento legal. La complejidad de la vida social, la arbitrariedad de algunos funcionarios y la ignorancia de los naturales, hicieron que el derecho adquiriera matices novedosos, se enriqueciera con la casuística o permitiera injusticias con los menos favorecidos. Según la Memoria del Virrey TOLEDO dirigida a FELIPE II (1582), el gobierno de los indios, antes de la visita por él realizada, se mantenía según las formas prehispánicas, al punto que "*lo mandado por los curacas era tenido por ley*", formas que se respetaron pero atenuándose en su contenido. Así, por ejemplo, la sucesión en el curacazgo se realizaría conforme al derecho consuetudinario prehispánico, pero con algunas condiciones, como la conversión al cristianismo y la práctica de las virtudes, condiciones que tienen por fin desterrar la idolatría<sup>9</sup>. En

<sup>8</sup> Cfr. ZORRAQUÍN, *Los derechos Indígenas...*, p. 439. Con lo expuesto negamos la consideración del derecho prehispánico como "un sistema distinto" de García Gallo. Según Tau, García Gallo tiene dos momentos en su pensamiento respecto de sus consideraciones acerca del derecho indiano. Se inicia afirmando un mestizaje jurídico, pero después de 1975 enfatiza la idea del pluralismo jurídico. Cfr. TAU ANZOATEGUI, Víctor, "El Tejido Histórico del Derecho Indiano. Las Ideas Directivas de Alfonso García Gallo" en *Revista de Historia del Derecho*, n° 21, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1993, p. 46 - 47. Ots Capdequi también sostiene la idea de dos derechos distintos: uno legal y el otro consuetudinario, sin embargo tal diferencia nace del concepto que de derecho indiano afirma: "*son normas jurídicas dictadas por los monarcas españoles o sus autoridades delegadas para ser aplicadas de manera exclusiva en los territorios de las Indias Occidentales*". Cfr. OTS CAPDEQUI, J.M, *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Madrid, 1969, pp. 3. 88.

<sup>9</sup> Cfr. GARCIA G., *Manual...*, Tomo II, p. 798. Cfr. VALCARCEL, *Historia del Perú...* Vol. 2, p. 257. Según una Real Provisión dada por Felipe II en Junio de 1558, citada por García Gallo, se manda que se restituya a los antiguos caciques y señores sus respectivos señoríos, cacicazgos y jurisdicción, además de sus derechos y rentas que en dichos

contraposición a los usos de los naturales, pero inspirándose en ellos, el Virrey Toledo ordena que en caso de matrimonio de indios de ayllus distintos, los hijos del matrimonio se reconozcan como miembros del ayllu o comunidad a la que perteneció el padre, y en caso de muerte de éste, la mujer queda obligada a regresar a su repartimiento o ayllu dejando a sus hijos en el ayllu paterno, salvo que alguno de ellos sea menor de ocho años<sup>10</sup>.

Después de las reducciones toledanas, el gobierno de los pueblos de indios ya no dependía de los señores naturales o curacas, de forma directa, sino que, a efectos de lograr una pronta asimilación de los naturales a la cultura hispánica, se introdujo nuevas autoridades, las del cabildo de naturales<sup>11</sup>: alcaldes, regidores y oficiales, que actuaban paralelamente a

---

territorios eran debidos por cuanto "no conviene quitarles la manera de gobernarse que antes tenía, en quanto no fuere contraria a nuestra Santa Fe Católica y buenos usos y costumbres". En el mismo sentido, Felipe III en julio de 1614, según la RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS, T 2, Lib. 6, tit. 7, ley III, manda que se mantenga la costumbre en la sucesión de los cacicazgos, correspondiendo a los virreyes, gobernadores y audiencias velar por el cumplimiento del "antiguo derecho y costumbre".

<sup>10</sup> Citado por VALCARCEL, *Historia del Perú...*, T. 2, p. 268. Felipe II, en 1618 confirmaría la norma haciendo algunas modificaciones: la india viuda tiene la facultad de regresar o no a su comunidad de origen, salvo que tenga hijos menores de tres años a los que ha de cuidar durante este tiempo y luego dejarlos al cuidado de sus parientes en el ayllu paterno, si decidiera regresar al ayllu de sus ascendientes consanguíneos. Véase: RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T2, Lib.2, Tit. 1, ley VII. En la actualidad y con fundamento en las mencionadas leyes, en la comunidad de Huancasancos se mantiene el carácter patrilineal de pertenencia al ayllu. Todos los varones son considerados miembros de la comunidad, incluso las mujeres, que en caso de casarse pasan a formar parte del ayllu del esposo. QUISPE, Ulpiano, "La Chupa: Rito Ganadero Andino" en *Revista Andina*, N° 2, Centro de Estudios Rurales Andinos Bartolomé de las Casas, Cuzco, 1984, p. 609.

<sup>11</sup> Por ley, en cada pueblo, que como mínimo está conformado por cuarenta familias, debe elegirse un alcalde y un regidor. Si el número es mayor a ochenta, el número de alcaldes y regidores se duplica, y en el caso de que "el pueblo sea muy grande" se eligen dos alcaldes y cuatro regidores como máximo. Según la ley, la elección, a semejanza del cabildo de españoles, se realiza anualmente, el primer día del año. A nuestro entender, la coincidencia también se da con los ciclos rituales del mundo andino, lo cual permitió que la institución del cabildo sea acogida por las comunidades de indios con prontitud. En la sociedad prehispánica las tierras trabajadas por los individuos miembros de la comunidad se revierten anualmente a ésta para una nueva repartición de las mismas, lo que significa un reordenamiento de lo existente, del mundo andino. Así mismo, y bajo esta cosmovisión, cada año se realizan enfrentamientos rituales al interior de la comunidad entre las parcialidades de la misma a fin de determinar cuál de éstas adquirirá la calidad de hanansaya y hurinsaya, lo que establece, entre otras cosas, cuál de las parcialidades tiene la representación de la comunidad y por consiguiente cuál de los curacas tiene la dirección y gobierno de la misma. En el pensamiento del hombre andino, el nombramiento de nuevas autoridades cada año va a significar la renovación de los

la autoridad curacal, cada cual con sus propios derechos, facultades y obligaciones. Entre otras disposiciones toledanas, se prohíbe a los curacas y principales participar e interferir en la elección de las autoridades del cabildo, se prohíbe elegir indios infieles como autoridades del cabildo, se manda la imposición del juicio de residencia, la determinación de los plazos, sus relaciones y coordinaciones con el corregidor, las causas criminales sobre las que tienen jurisdicción, su intervención en la vida familiar, etc<sup>12</sup>.

El virrey procura, conforme al mandato real, el destierro de aquellas prácticas contrarias a la fe cristiana, y por ello condena y castiga la convivencia connubial según los usos prehispánicos, por los cuales la realización del "matrimonio" requiere de un conocimiento previo de la pareja, que implica haber hecho vida marital entre sí como si efectivamente fueran marido y mujer. Dicha práctica debe ser desterrada, a cuyo efecto se sanciona con penas que van desde castigos corporales hasta el destierro<sup>13</sup>.

En las reducciones de indios, según el testimonio de ONDEGARDO, la repartición de tierras siguió realizándose de forma anual en la mayor parte del virreinato. Y a pesar de existir una legislación que extendía la aplicación del derecho de sucesión castellano a los naturales, éstos mantuvieron sus propias fórmulas jurídicas y, en consecuencia, no podían

---

cuadros jerárquicos a partir de las decisiones de la misma comunidad, lo cual afianzará su posición como "reorganizadora" del cosmos en el que se inserta. Cfr. RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS, T 2, Lib. 6, tit. 3, ley XV. El cabildo de indios permitió mantener culturalmente aislado al indio, sustentándose sobre sus mismos valores antiguos. Los alcaldes de indios se convirtieron en un medio de enlace y al mismo tiempo en el límite, entre el mundo de los indios y el mundo occidental; eran la frontera y el medio de comunicación. Cfr. ARGUEDAS, Op. Cit., pp. 201-202, 334-335. Creemos que, en los primeros tiempos virreinales, el curaca mantenía su privilegiada posición ante los suyos y frente a las autoridades españolas. Según Wiese, en la práctica era el cabildo de la ciudad de españoles el que nombraba anualmente a un indio para ejercer la función de alcalde de indios y otro denominado gobernador para la recaudación del tributo. Cfr. WIESE, Carlos, *Apuntes de Historia Crítica del Perú*, 2da edic, CIP, Lima, 1949, p. 93.

<sup>12</sup> También, por las ordenanzas toledanas, se crea las cajas de comunidad, que tienen un fin previsor. Cfr. VALCARCEL, *Historia del Perú...*, T 2, p.260. 265.

<sup>13</sup> VALCARCEL, *Historia del Perú...*, T, 2, p. 261. Sobre el tema del matrimonio, al igual que los asuntos de idolatrías, poligamia, entrega en calidad de tributo a hijos, matar indios para enterrarlos con sus señores naturales, etc., el derecho castellano no permitió su continuidad ni su reinterpretación; buscó su erradicación. Cfr. DE TRAZEGNIES, "Continuidad y Ruptura...", p. 232. Véase: RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley XIV- XV.

dividir las tierras entre los herederos ni disponer de ellas bajo ninguna forma ni circunstancia<sup>14</sup>. Sin embargo, las reducciones toledanas y la redistribución de las tierras entre las distintas comunidades daría lugar a un gran número de disputas que, según el mismo autor, se dieron, no entre miembros de una misma comunidad sino que, las más de las veces, eran conflictos entre pueblos o parcialidades sobre la posesión y distribución las tierras, la determinación de las especies a cultivar, el monto de la contribución a la que estaban obligados o, en último término, sobre la forma de tributación, que con el virreinato cambió desde la tributación en fuerza física –como en tiempos incáicos– a la tributación en especie, según el modelo occidental.

Con la instauración de los cabildos de naturales, la autoridad del curaca se vio mermada, pero a pesar de ello se le reconocieron derechos: derecho de sucesión curacal<sup>15</sup>, consideración de "principal" del pueblo de indios<sup>16</sup>, el curaca no pierde su condición de tal por ninguna causa<sup>17</sup>, el cargo de curaca sólo puede ser ejercido por indios<sup>18</sup>, tiene poder sobre sus

<sup>14</sup> Afirma que la división de la tierra se hace "conforme a la gente que cada uno tiene para sembrar e para comer, de manera que sy tiene más de una muger danle más tierra y conforme a la cantidad de los hijos; e sy al tiempo de la división se le an muerto, danle menos, e auque se aya de quedar perdido no le dan más de lo que tienen entendido que han menester por personas e famylia porque tienen sus medidas antiguas y ésta guardan..." Cfr. ONDEGARDO, Op. Cit., p. 69.

<sup>15</sup> RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS, T2, Lib.6, tit. 7, ley III. Según la norma la sucesión de curacazgo es descendente en línea directa, es decir, de padres a hijos; sin embargo, existen evidencias de que el sistema fuera distinto en algunos lugares. Así JIMÉNEZ DE LA ESPADA, M, *Relaciones Geográficas de Indias*, Tomo II, Ministerio de Fomento, Madrid, 1885, p.240 afirma que "cuando morían los caciques, casi generalmente subcedían hermanos o sobrinos, pero va revertiendo este orden y van, como acá en España, subcediendo los hijos". Así ocurría, según las más antiguas referencias, en la Comunidad de Indios de Sechura. En 1592 ejercía el curacazgo Juan de Nonura, el viejo, quien fue reemplazado, a su muerte, por su hermano Martín. Sin embargo, esto daría lugar a conflicto entre la ley emitida y las costumbres arraigadas en los pueblos. Cfr. DIEZ, *Fiestas...*, p. 77. Una tercera forma de asumir el curacazgo era según el grado de méritos de los miembros de la comunidad. Zorraquín Becú afirma que dicha costumbre fue reconocida por la corona pero introduciéndose modificaciones según el derecho castellano. Debe tenerse en cuenta los méritos, pero corresponde al virrey la evaluación de los mismos. Cfr. ZORRAQUÍN, *Los derechos Indígenas...*, pp. 446–447.

<sup>16</sup> RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley V.

<sup>17</sup> RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley IV. Sólo pueden ser aprehendidos por juez ordinario en caso de delito grave cometido al tiempo que dicho juez ejerce sus funciones. Cfr. Ley XII.

<sup>18</sup> RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley VI. Los mestizos no pueden acceder al cargo, en caso contrario deben ser removidos. En el siglo XVIII se permite la introducción de mestizos a fin de arrollar el sentimiento indígena.



indios para decidir y administrar sobre el tema del repartimiento de mitas<sup>19</sup>, mantiene el derecho de recibir tributos, servicios y vasallaje en su propio beneficio siempre que acredite antigüedad de dicha práctica, que sea herencia de sus padres y que los indios con dichas cargas las realicen con agrado<sup>20</sup>. Tiene facultades jurisdiccionales y conoce de todo tipo de procesos, excepto causas criminales penadas con la muerte, mutilación corporal u otros castigos severos que quedan reservados a las audiencias y gobernadores<sup>21</sup>.

Los alcaldes ordinarios, a su vez, sólo en ausencia del corregidor o del teniente de corregidor tienen la posibilidad de aprehender a personas de raza mestiza o negra que cometen delitos para ser juzgados por los funcionarios españoles. Las funciones sancionadoras de los cabildos de indios era muy limitada: castigar a aquellos indios que falten a misa o que se embriaguen con un día de prisión o seis u ocho azotes.<sup>22</sup> Si bien el

<sup>19</sup> RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib. 6, Tit. 3, ley XVI. La mita fue una institución que sufrió una clara transformación jurídica. En el derecho prehispánico era un elemento fundamental para la realización del principio de reciprocidad; se convierte en el virreinato en un elemento de sujeción y explotación, al punto que la institución se caricaturiza. La institución se inserta en un doble juego: por un lado, el curaca se compromete a suministrar indios a un español, lo cual se realiza conforme al derecho castellano (cartas de pago, recibo, condiciones de trato, etc), mientras que, por otro, frente a la relación curaca-indios, responde a patrones ancestrales de reciprocidad Cfr. DE TRAZEGNIES, "Continuidad y Ruptura...", Op. Cit., p.226. 231.

<sup>20</sup> RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley VIII. En casos de prácticas tiránicas se someterá a la jurisdicción del virrey, audiencia y/o gobernadores, quienes aplicarán justicia.

<sup>21</sup> RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 7, ley XIII. En un documento que reconoce como "cacique principal y gobernador de naturales de San Juan de Sallique a Felipe Velázquez Sonapo, en 1765, se afirma que "los caciques gobernadores conocían todas las causas civiles y criminales breve y sumariamente hasta la cantidad de 10 pesos, excepto en casos de muerte, incendios y otros delitos graves, amén de dar cuentas al gobernador y teniente general y a las demás justicias ordinarias del corregimiento, debían prender a los agresores y remitirlos con las causas e información sumaria que se hiziere... y los sentencien conforme a derecho". Cfr. RAMÍREZ ADRIANZÉN, Justino, *Monografía de Huancabamba*, Imp. Ministerio de Hacienda y Comercio, Lima, 1966, p. 59.

<sup>22</sup> Cfr. RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T 2, Lib.6, tit. 3, ley XII, XVI. En la práctica hubo conflictos entre alcaldes de indios y curacas por el ejercicio real del poder; más aún, después de 1560 en que se nombran alcaldes mayores indígenas en las principales ciudades y regiones para administrar justicia entre los indios, facultad que normativamente correspondía al curaca. Después de la rebelión de Tupac Amaru II en el sur del virreinato, la presión contra el curaca fue mayor. Con la intención de eliminar todo signo de identidad indígena fueron suprimidos políticamente de forma sistemática, dando preeminencia al gobierno de los cabildos e introduciendo en ellos a los "mistis", mestizos o blancos, personas que garantizaran la fidelidad a la corona. Esto permitirá el prestigio de los alcaldes indios, conocidos también con los nombres de alcaldes varas, "varayoc" o

gobierno de los pueblos de indios corresponde al cabildo de indios, según lo establecido por el ordenamiento jurídico, los asuntos propios del derecho prehispánico, como el control social de matrimonios<sup>23</sup>, la repartición de mitas y recaudación de tributos, quedan bajo la tutela de los curacas o señores naturales.

Según la normatividad indiana, el poder y la autoridad del curaca disminuyeron durante la época colonial. Éste, en muchas ocasiones, en concierto con las autoridades españolas y los miembros del cabildo de indios, aprovechó de su posición para beneficio personal, lo que posibilitó, entre otras cosas, que adquiriera gran poder económico<sup>24</sup>, aprovechándose del trabajo de los indios de su comunidad y que se convirtiera, junto con el corregidor y el cura, en palabras de HUAMÁN POMA, en

---

hilacatas, elegidos al margen de cualquier privilegio heredado. Además, los indios mostraban una configuración distinta a la de sus grupos de origen, reconociendo en el alcalde y sus regidores un cuerpo dirigente encargado de la regulación de las relaciones internas y de la solución de los conflictos entre los miembros de la comunidad y con la suficiente autoridad para representar a la comunidad frente a terceros. El cabildo de indios fundaba su legitimidad en el reconocimiento interno de la comunidad y en la complacencia de las autoridades oficiales. Cfr. DIEZ HURTADO, Alejandro, *Tierras y Comunes...*, p. 279. DIEZ, *Fiestas...*, p. 82. El curaca, si bien en los primeros tiempos virreinales alcanzó excepcionales privilegios, poco a poco se convirtió en un funcionario vinculado a los intereses de las autoridades coloniales y "cuando intentaron rebelarse fueron suprimidos". Cfr. ARGUEDAS, Op. Cit., p. 334. Según el padre Justiniano Ramírez, en Huancabamba, en los días de la Independencia, se hablaba de caciques de las parcialidades, las cuales eran denominadas indistintamente como tales o como comunidades. Sus dirigentes se elegían anualmente con el nombre de alcaldes comuneros, justicias comuneras, y recibían como insignia de mando un bastón de chonta denominado "vara de la justicia". Cfr. RAMÍREZ, Op. Cit., p. 61.

<sup>23</sup> "En algunos repartimientos, los caciques y curacas por dexar casar una yndia de su parcialidad con indio de otro repartimiento o de otra parcialidad llevan plata y otras cosas del yndio que se a de casar y de otra manera no consienten que las yndias de sus parcialidades se casen con yndios de otra parcialidad". Cfr. LISSON CHAVEZ, J, *La Iglesia de España en el Perú. Colección de Documentos para la Historia de la Iglesia en el Perú*, T. 1 Vol. 2, Lima, 1943, p. 358.

<sup>24</sup> Según la RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS T2, Lib.6, Tit. 1, ley XXIV - XXV, se reconoce a los indios la posibilidad de ejercer actos de comercio sin ninguna limitación territorial o de tipo de bienes. Por la inexistencia del concepto de propiedad individual en tiempos de los incas y en razón al sentido colectivo de la propiedad, en especial de la tierra, la actividad comercial fue poco atractiva para el indio común, pero sí fue aprovechada por el curaca a fin de adquirir mayor poder, competir con las autoridades españolas o posibilitar la realización del principio de reciprocidad y la práctica de la redistribución en que se inspiraban las relaciones de poder entre el curaca y los miembros del ayllu en tiempos prehispánicos. Cfr. OSSIO, *Los Indios...*, p. 177. En la comunidad de Sechura, en el norte del Perú, durante el virreinato, el poder de los curacas se fundaba en propiedad de ganado caprino y en las relaciones comerciales con otros señores y comunidades, como la de Jayanca. Cfr. DIEZ, *Fiestas...*, p. 79.

"*principales enemigos del indio*". A pesar de lo dicho, la figura del curaca en el virreinato es polémica, pues hay quienes acentúan su nefasta actitud frente a sus coterráneos, mientras también existen aquellos que ensalzan su posición como verdaderos defensores de los naturales<sup>25</sup>. Lo cierto es que muchos de ellos habían adquirido gran poder económico y podían ejercer presión para no perder sus privilegios sobre sus comunidades.

### III.- Consecuencias de la confluencia social: pervivencia de la "comunidad de indios"

La importancia y prestigio de los curacas dependía de sus buenas relaciones con las autoridades españolas, y esto, de algún modo, posibilitaba la aplicabilidad del derecho prehispánico. Es evidente que en aquellos lugares donde los españoles ejercían dominio pleno y efectivo, el derecho aborigen se fue perdiendo, mientras que los ayllus o comunidades alejadas mantuvieron sus antiguos usos y costumbres con mayor permanencia temporal, aunque sujetos a las transformaciones impuestas por la conquista<sup>26</sup>. En el plano de la aplicación del derecho, aun cuando las autoridades españolas hubiesen tenido la intención de respetar el derecho prehispánico –lo que fue negado en la vía de los hechos<sup>27</sup>–, la mayor dificultad residía en el desconocimiento del mismo, y en el peor de los casos, en la indeterminada cantidad de usos y costumbres, distintos según el número de ayllus y comunidades. Su inaplicación responde, por tanto, en el mejor de los casos, a la ignorancia de las autoridades españolas<sup>28</sup> pero también a la resistencia de los mismos españoles de

<sup>25</sup> Mientras León Portocarrero, el judío portugués, en su *Descripción del Perú*, en los inicios del siglo XVII afirma que los indios "*a sus caciques aman alegre y honorablemente y los respetan y tienen mucho amor y voluntad*", el Licenciado Ramírez de Aguila, autor de *Noticias Políticas de Indias*, en 1639, sostiene que "*los temen y obedecen y respetan con grande extremo y ellos (los caciques) los mandan con tanta soberbia que están temblando delante de ellos*". Cfr. SAÍGNES, "De la borrachera...", p. 143.

<sup>26</sup> Cfr. ZORRAQUÍN, *Los derechos Indígenas...*, p. 443.

<sup>27</sup> "...Era sumamente difícil asegurar la eficacia de las leyes que carecían de correspondencia en los sentimientos de (las) clases sociales" Cfr. VILLARÁN, *Apuntes sobre la realidad...*, p. 19.

<sup>28</sup> No se puede negar que los curacas, como ya se ha mencionado, conservaron ciertos poderes jurisdiccionales, sin embargo, dichas facultades estaban harto disminuidas y siempre bajo la vigilancia de las autoridades hispánicas y en competencia con la autoridad jurisdiccional del cabildo de naturales. Hubo algunos esfuerzos por parte de autoridades españolas por rescatar el derecho prehispánico: en 1582 el corregidor Pedro de Córdova Mejía levanta información de los usos y costumbres que tenían los antiguos incas respecto de la administración de justicia con el fin de aplicarlos en la resolución de

aceptar y cumplir un sistema jurídico perteneciente a otra cultura –supuestamente inferior– y que con el transcurso del tiempo se debilitaba cada vez más.

A finales del siglo XVIII, los pueblos de indios se habían adecuado convenientemente, reconociendo en los alcaldes de los cabildos<sup>29</sup> a sus autoridades representativas, modificando sus ancestrales formas jurídicas y aceptando los parámetros sociojurídicos de la cultura hispánica. Dentro de estas transformaciones tiene sentido lo manifestado por JIMÉNEZ DE LA ESPADA respecto de la forma de sucesión de las autoridades, del respeto a un determinado grupo social y a las relaciones de parentesco entre otras transformaciones<sup>30</sup>. La preeminencia de una parcialidad o comunidad sobre otra ya no deriva necesariamente de la obediencia a sus autoridades originarias o del respeto a sus usos y costumbres o de sus vínculos con la elite incaica, sino que depende básicamente de su poder económico y de su vinculación con un territorio determinado. Tienen mayor jerarquía, por ejemplo, aquellas comunidades que han podido conservar sus tierras originales o aquellas en las que el territorio en el que se asientan les pertenece desde hace muchos años.

---

pleitos entre indios. Cfr. TAU, "La Costumbre jurídica...", p. 407. El mismo Polo de Ondegardo quiere preservar las fórmulas jurídicas prehispánicas siempre que se ajusten al derecho natural. En la orilla contraria, Solórzano Pereira condena las costumbres de los naturales, pues apuesta por la absorción total del indígena en la cultura cristiana; sin embargo, reconoce que hay costumbres que pueden aceptarse y que para evitar dificultades el destierro de las mimas debe ser paulatino. También afirma que las leyes deben ser "no sólo justas sino ajustadas y convenientes". SOLÓRZANO, Op. Cit., T. IV, Lib. V, Cap. XVI, N° 11.

<sup>29</sup> El cabildo permitió una diversidad de cargos internos que posibilitaban la participación de un mayor número de miembros de la comunidad en el gobierno de la misma. Sin embargo, más de una comunidad, divididas en parcialidades, tenían distintas autoridades, aunque a nivel de representatividad, frente a los demás, ésta solía ser unitaria. Esta unidad fue lograda a través del sistema de turnos, sistema afianzado en la costumbre y en la jerarquía de los grupos internos de la comunidad.

<sup>30</sup> Es conocido, por ejemplo, el originario sistema dual de autoridades curacales que a finales del virreinato casi había desaparecido, la sucesión de autoridad que pasa de un sistema matrilineal colateral al sistema patrilineal directo. Cfr. JIMÉNEZ, M, *Relaciones...*, p.240. Las formas de parentesco varían: era normal, según el derecho prehispánico, que la fijación de los apellidos de los naturales se determinara según el sexo, es decir, que las hijas lleven el apellido de la madre mientras los hijos, el apellido del padre, configurándose de este modo apellidos de carácter excluyente. Con el correr del tiempo esta práctica desaparece y, a finales del virreinato, los patrones occidentales se imponen determinándose el parentesco a partir del apellido del padre. Finalmente, atendiendo a los estructurales cambios, la referencia indígena ya no es el ayllu sino el pueblo en el que ubica su residencia. Cfr. DIEZ, *Tierras y comunes...*, p. 281. Cfr. OSSIO, "La Estructura Social...", p. 260.

En esta configuración también se tiene en cuenta la población, los rasgos raciales de la misma, los recursos de que se dispone y la tradición heredada de los antiguos<sup>31</sup>. Estos rasgos marcan diferencias entre los miembros de la comunidad: se distingue entre originarios y forasteros, teniendo los primeros mejores prerrogativas respecto de la explotación de la tierra y otros beneficios al interior de la comunidad. Estas diferencias, que no existían en el derecho prehispánico, nacen del encuentro entre éste y el derecho occidental, se insertan en la psicología del hombre andino y se plasman en la vida social de la comunidad de indios.

En el plano de las ideas, el pensamiento ilustrado del siglo XVIII busca la uniformidad racional del derecho como una forma de exaltar el poder real y el centralismo político. La ley se convierte en el instrumento jurídico más eficaz para dicho cometido, y por ello ya no hay posibilidad de distinción a nivel de la aplicación del derecho, menos aún de aquellos sistemas jurídicos que tengan como principal fuente a la costumbre<sup>32</sup>, en razón a la imprecisión e irracionalidad de ésta. No se reconocen los fueros personales y se eliminan los privilegios; jurídicamente las diferencias raciales y/o económicas no tienen relevancia y se legisla teniendo como principal premisa la "igualdad ante la ley". En otros términos, el indígena se convierte en ciudadano frente al derecho, sus usos y costumbres propios del derecho consuetudinario prehispánico se desconocen ante el derecho oficial, y pese a ello, en la práctica continuó siendo considerado como un "disminuido" jurídico, objeto de despojos, litigios y abusos por parte de las autoridades oficiales, aquellas que en el plano de la ley, eran sus iguales.

---

<sup>31</sup> Cfr. DIEZ, *Tierras y comunes...*, p. 283.

<sup>32</sup> En realidad, la costumbre no sólo era fuente del derecho prehispánico que subsistió en tiempos virreinales. El derecho emanado de la Corona Castellana a efectos de solucionar los casos propios de América tiene como fuente material a la costumbre, en tanto que en ella se inspira la norma dada. Sin embargo, pareciera que en los tiempos de la conquista tenía tanta importancia como la ley misma. En el juicio de residencia al virrey de México Álvaro Manrique de Zúñiga, Marqués de Villamanrique, en 1592, se le hacían cargos por desconocer, contrariar y pervertir cuatro normas consuetudinarias. Aun cuando la Recopilación de Leyes da preeminencia a la norma positiva, no niega la posibilidad de aplicar la costumbre sino que además la invoca en más de un caso. Cfr. TAU, "La Costumbre jurídica...", p. 361. 368 - 369. En opinión de Basadre G., la aceptación de la costumbre como fuente en el derecho virreinal requería ser integrada por varios actos, continuados, sin interrupción alguna, y no estar prohibida por ley. Cfr. RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS, Lib. 2, Tit.2, Ley XXI mencionada por BASADRE GROHMANN, *Historia del Derecho...*, p. 271.

A pesar de la caducidad del derecho indígena y de los abusos cometidos contra los indios, perduró en el espíritu de las comunidades “*la propiedad colectiva de la tierra, fundada en las relaciones de parentesco y en la religión de las comunidades agrícolas del Perú*”. El indio sigue invocando a la costumbre para medir y repartir la tierra, aprovechar los recursos de la comunidad, cuidar el ganado, decidir la marcación y matanza del ganado, administrar la distribución del agua, resolver la explotación de la sal, administrar las tareas de los miembros de la comunidad en las labores comunales, etc. Sin embargo, la interacción con la cultura occidental dejó sus huellas. A finales de la administración virreinal, el “ayllu” –fundado en el parentesco– ya no es protegido por la *huaca* sino por el santo patrono, ya no son los tocoricoc, los camayoc, los suyuyoc los funcionarios que los visitan, sino que corresponde a los alcaldes y regidores la reglamentación de la vida social. En otras palabras, el “ayllu” se amestiza tomando elementos del régimen del cabildo español, y como fruto de ese matrimonio surge la comunidad de indios o comunidad de indígenas<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. ZORRAQUÍN, *Los derechos Indígenas...*, p. 449. Cfr. VARALLANOS, José, *El Cholo y el Perú*, Imprenta López, Buenos Aires, 1962, p. 188.