

EPIQUEYA INDIANA O POR QUÉ, A VECES, LA LEY SE OBEDECE PERO NO SE CUMPLE

ALFREDO JIMÉNEZ NÚÑEZ
Universidad de Sevilla

El derecho indiano y la legislación positiva que emanó de los poderes competentes son sólo una faceta, aunque muy importante, de un sistema político que, a su vez, era parte del sistema total que constituyó la sociedad indiana. En un trabajo reciente ¹ hemos presentado un esquema de este sistema político con directa atención al proceso legislativo. En esta ocasión vamos a situar en un contexto amplio —que rebase los límites del marco estrictamente jurídico— una realidad de la sociedad indiana expresada en la conocida fórmula de que "la ley se obedece o acata, pero no se cumple".

Procuraremos no caer en ninguna de las dos posturas que con más frecuencia se han tomado en relación con la legislación indiana. Dentro de una polémica mal planteada sobre si los españoles fueron "buenos" o "malos", o simplificada en términos de "leyenda rosa" o "leyenda negra", unos han esgrimido las leyes de Indias como prueba de la bondad de la colonización española otros han acudido repetidamente al argumento de que aun aceptando la rectitud y buena intención de las leyes, éstas se obedecían cínicamente ya que no había ánimo de cumplirlas. En el fondo de la cuestión estaban los indios, pues tanto el ataque como la defensa han girado, casi exclusivamente, alrededor del trato que los españoles dieron a los naturales. Hay que señalar que la defensa ha sido torpe y el ataque —otra cosa es la crítica rigurosa y científica— ha sido mal intencionado porque nació de una rivalidad política y de unos intereses económicos enfrentados. En este artículo situaremos la famosa fórmula en su contexto jurídico, que es anterior en el tiempo y bastante más amplio en el espacio de lo que corresponde a los límites de las Indias españolas señalaremos factores objetivos y subjetivos que actuaban sobre el sistema político indiano y afectaban a la ejecución, modificación o violación de la ley trataremos, en definitiva, de sugerir una vez más la conveniencia de ir más allá de lo que dice la letra de los documentos o de lo que se define como sistema ideal y teórico, para introducir-

nos en las circunstancias de lugar, tiempo y personas que son las que muestran la realidad de los hechos y actuaciones de los individuos.

UN MARCO PARA UN PROBLEMA

La cuestión expresada en el título de este trabajo no puede reducirse a los límites de una historia puramente institucional tampoco puede someterse a criterios de ética o moralidad que necesariamente conducen a juicios de valor que escapan a una comprobación de naturaleza científica. Las dimensiones de la Monarquía Indiana, la complejidad de las instituciones de gobierno y justicia, la prolijidad de las actuaciones e intervenciones desde la metrópoli y en los reinos de Indias, y tantas otras notas que pueden aplicarse a la América española, no resuelven -con ser impresionantes- ninguna polémica ni explican muchos hechos históricos y una amplísima gama de comportamientos individuales y corporativos. Hay que pasar de los esquemas teóricos a las realidades de la vida diaria y penetrar en los rincones del hombre y sus circunstancias. Ni siquiera la abundantísima legislación indiana -repleta de buenas intenciones y de disposiciones justas y generosas para su tiempo y para hoy- explica ni prueba necesariamente lo que fue el pasado la misma reiteración de disposiciones justas y benévolas se vuelve en contra con el argumento de que dicha reiteración es prueba de incumplimiento o de perpetuación de las situaciones que la ley pretendía corregir.

A continuación exponemos muy resumidamente el marco dentro del cual proponemos realizar nuestro análisis ². Entendemos por legislación indiana, en su sentido más amplio, las leyes y otras normas de menor rango en relación directa con los territorios y poblaciones de América que estuvieron bajo la administración española. Nos interesa la letra y el espíritu de la ley, pero aún más nos interesa la interacción social de individuos, grupos e instituciones de autoridades y súbditos de iguales dentro de un mismo estamento o grupo. El sistema político es uno de los varios sistemas que funcionan en la sociedad global indiana concebida en los primeros tiempos como la suma de dos sociedades interdependientes e identificadas como la república de los españoles y la república de los indios. Lo que entra en el sistema político y lo pone o mantiene en funcionamiento son *inputs*. Lo que sale del sistema como respuestas, son *outputs* o decisiones obligatorias para la sociedad. La manifestación más formal de esta capacidad de convertir las decisiones políticas en obligaciones es, precisamente, la legislación que continuamente emanó con una profusión que hizo necesarios varios intentos de recopilación y racionalización.

En el sistema político indiano pugnaban continuamente por entrar demandas procedentes de todos los sectores de la sociedad y referidas a los temas más

diversos. Asimismo, entraban apremios o limitaciones que restringían la variedad de decisiones que el sistema podía tomar ante la limitación de los recursos disponibles. Una demanda especialmente significativa fue la mano de obra indígena solicitada por los españoles fueron apremios ante esta demanda la propia limitación de este recurso humano y los principios de justicia y humanidad que también en forma de demandas introducían otros españoles en el sistema.

Un número muy alto de demandas puede bloquear el sistema y para evitarlo funcionan diversos mecanismos como la filtración que rechaza o reduce el ritmo de las demandas mediante la petición de más información o la consulta hacia arriba. De todas formas, eran numerosísimas las decisiones del poder político que se traducían en normas que una vez promulgadas debían ejecutarse. En este punto del proceso político es cuando se podía dar el caso de obedecer pero no cumplir. Esta decisión, por frecuente que fuera, no puede calificarse en términos generales como cínica o culpable. El hecho hay que considerarlo en su debido contexto y teniendo en cuenta una serie de factores que actuaban más allá y por encima de la voluntad de las autoridades. De esta manera podría quedar reducida la cuestión a sus justas dimensiones y, a pesar de ello, aún quedarían casos suficientes de verdadera culpabilidad como para satisfacer los deseos de quienes gustan encontrar argumentos para condenar. Por nuestra parte, creemos que es más riguroso y realista distinguir lo que era propio de un sistema, que funcionaba ineludiblemente bajo un conjunto de circunstancias objetivas, y lo que ciertamente correspondía a la voluntad y responsabilidad de los individuos. En otras palabras, distinguir entre los vicios o limitaciones del sistema

-contra los cuales las personas podían poco o nada- y los vicios o debilidades de individuos concretos y plenamente responsables de sus actos.

EPIQUEYA INDIANA

La maldad que se le atribuye a la fórmula "se obedece pero no se cumple" cuando se trata de la política española en Indias, está basada en la ignorancia

-de la que no es culpable el gran público, aunque sí los especialistas- de un principio jurídico que se llama "epiqueya". Para entender lo que esto significa basta con acudir al diccionario. La definición breve y común es la siguiente: interpretación prudente de la ley teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y persona. La palabra (del griego *epieikeia*) contiene la raíz *eíko* que significa ser igual, equilibrado, de donde deriva el latín *aequus*, por lo que el sentido profundo de la palabra es el de *equidad*. La epiqueya se considera en el terreno jurídico una *virtud* pues atiende a la intención del legislador más bien que a la letra de la ley, y su aplicación no sólo pretende eludir justificadamente

el cumplimiento sino evitar el daño que puede producir la ejecución de la norma.

La doctrina jurídica nos lleva a autoridades del rango de San Isidoro, Santo Tomás y del padre Suárez quien distingue tres posibilidades: 1. Cuando en un caso concreto, el observar la ley sería pecado 2. Cuando el observar la ley en aquellas circunstancias sería tan difícil y acerbo que el legislador no podía mandar aquello en tales circunstancias (por ejemplo, que no pueda llevar armas el súbdito inocente aun en el caso que va a ser agredido por su enemigo) 3. Cuando razonablemente se pueda interpretar que el legislador no quiso que obligara la ley en aquellas circunstancias, aunque hubiera podido obligar³. En el fondo de la cuestión encontramos el difícil equilibrio o la difícil equidad entre razón y voluntad. "En el mundo hispánico se destaca la vigorosa presencia de dos elementos constitutivos de la ley: la razón y la voluntad del legislador. Dichos elementos, en permanente tensión, actuaron dinámicamente durante todo el período estudiado (siglos XVI a XVIII) y suscitaron un estimable

pensamiento que se exteriorizó en distintos niveles.⁴

En definitiva, la epiqueya trata de salvar la voluntad del legislador que no habiendo querido causar daño, aunque así se desprendiera de la letra de la ley y de la razón que la sostiene, tampoco querría la obediencia o cumplimiento, con lo cual el último acto de la acción política, que es la ejecución de las decisiones, queda interrumpido o en suspenso sin quebrantar la legalidad. Se trataba realmente de un paso de apelación o suplicación al monarca a quien se suponía mal informado (*obrepción*) o poco informado porque se le habían ocultados los hechos (*subrepción*).

Por la intención generalmente condenatoria y la reiteración con que se menciona la fórmula de "se obedece pero no se cumple" en relación con la América española, parecería que tal fórmula fue típica o exclusiva de aquellas Indias. La deducción fácil del profano es que la fórmula era mala y que del invento abusaron los españoles en perjuicio de los indios. La realidad es muy distinta y quien estuviera dispuesto a ser igualmente sesgado, pero en dirección opuesta, encontraría abundantes argumentos y ejemplos para demostrar la bondad de la fórmula. No intentaremos nosotros este ejercicio dialéctico, pero aportaremos algunos comentarios y citas que reflejen mejor la naturaleza de los sistemas políticos y la realidad histórica.

Decíamos más arriba que del sistema político salen decisiones que muchas veces tienen el carácter de normas. Pero entre la promulgación de una ley y su ejecución hay un espacio o tiempo que en el caso de las relaciones de la metrópoli con sus reinos de Indias fue muy considerable. Esto es un fenómeno común, aunque pueda tener mayor o menor importancia, mayor o menor frecuencia, según los casos. En una obra dedicada al análisis de los sistemas políti-

cos, que está llena de ejemplos tomados de los más diversos pueblos y culturas de todos los tiempos y continentes —pero que no contiene una sola mención a la América hispana— se dice lo siguiente respecto de la diferencia entre la decisión y la ejecución: "... a lo largo de la ejecución, es posible (y así sucede en realidad) que la decisión tomada sea más o menos modificada, o incluso que no sea ejecutada. Al comparar los diferentes sistemas políticos, no se puede descuidar el análisis de esos procesos de distorsión y bloqueo. ... lo que sale de un sistema político consiste en lo que efectivamente se cumple o se aplica y no en unas reglas formalmente proclamadas o en unas acciones formalmente ordenadas por las autoridades competentes" ⁵

El autor deja claro a través de esta cita que el fenómeno de distorsión o no cumplimiento de la ley es corriente y generalizable. Más adelante, el mismo autor dice lo siguiente en relación con la autonomía a la hora de ejecutar decisiones, siempre en el marco universal en el que trata de desarrollar su análisis: " Resulta útil asimismo buscar en qué medida los diferentes regímenes de los sistemas políticos comparados conceden a los órganos de ejecución una autonomía que les permita 'tomarse ciertas libertades' con respecto a las intenciones del legislador o la voluntad de los gobernantes, desviar la línea política de las decisiones tomadas al nivel imperativo y eventualmente hacer que prevalezcan sus intereses propios, corporativos o de clase. ... Refiriéndose a ciertas observaciones de Max Weber, Wittfogel insiste en la libertad de acción que se dejaba a los funcionarios regionales y locales en el antiguo imperio chino y más aún a los sátrapas del imperio persa de los Aqueménides" ⁶

Volvamos ahora a la fórmula concreta que en nuestro derecho resolvía el problema de la autonomía o discrecionalidad de los ejecutores de la ley. Volvamos también a nuestro campo indiano. Al señalar Ots Capdequí el "profundo sentido ético y religioso" de la política colonizadora española y cómo fueron teólogos y moralistas, más que juristas y hombres de gobierno, los animadores espirituales de la legislación, marca también el divorcio entre el derecho y el hecho, y cómo en ocasiones fueron distintas la doctrina declarada en la ley y la realidad de la vida social. "Se quiso ir demasiado lejos en el noble afán de defender para el indio un tono de vida elevado y al dictar, para protegerle, normas de cumplimiento difícil y que habían de ser ejecutadas por hombres que se desenvolvían en climas espirituales distintos, se dio pie, sin desearlo, para que de hecho prevaleciese en buena parte la arbitrariedad, quedando el indio a merced de los españoles encomenderos y de las autoridades de la colonia. ... Las autoridades coloniales apelaron con frecuencia, frente a disposiciones reales de cumplimiento difícil, o en su concepto peligroso, a la socorrida fórmula de declarar que se acataban pero no se cumplían. ... Esta medida no implicaba acto alguno de desobediencia, porque en definitiva se daba cuenta al Rey de lo acordado

para que éste, en última instancia y a la vista de la nueva información recibida sobre el caso, resolviese lo que estimase oportuno". El autor concluye esta referencia a la fórmula sopesando los abusos y arbitrariedades posibles y una cierta flexibilidad muy necesaria dada la tendencia centralizadora de los monarcas y de sus altos consejeros ⁷.

Tau Anzoátegui se refiere al recurso de suplicación como una antigua institución del Derecho Común que en el Nuevo Mundo alcanzó singular desenvolvimiento. "Dicho recurso descansaba sobre la idea de que los mandatos legislativos que adolecían de vicios extrínsecos o intrínsecos eran susceptibles de ser revisados, a pedido de parte interesada, por el propio legislador, quien en conocimiento de las razones alegadas revocaba o confirmaba su anterior disposición. Mientras esto ocurría, quedaba suspendida la disposición observada —salvo que fuese en favor de los indígenas—, mediante esa fórmula acuñada de 'obedecer, pero no cumplir'. La propia legislación admitió y canalizó este recurso, que llegó a constituir una de las piezas vitales del orden jurídico y alcanzó, incluso, la categoría de 'derecho fundamental' de los súbditos, que sólo se desvaneció —por una mutación de motivos— con el Estado republicano y representativo del siglo XIX" ⁸.

Concluimos esta argumentación con la referencia a la antigüedad de la fórmula y nos servimos como ilustración de una obra que tiene por título, precisamente, *La herencia medieval de México*: "El ritual para recibir reales órdenes que no pudieran en conciencia ser cumplidas era el entredicho 'obedézcanse, pero no se cumplan', lo cual no constituía un acto de rebelión política sino un recurso de apelación al rey consagrado por la costumbre, en una fecha posterior para darle tiempo a informarse mejor. Se suspendía la orden del rey poco informado en espera de otra del rey mejor informado, procedimiento de profundas raíces castellanas como señala García Gallo" ⁹.

MÁS ALLÁ DE LA EPIQUEYA

Con todo, no debería aplicarse la verdadera epiqueya de forma tan generalizada que dejara a las autoridades indianas un margen excesivo hasta el punto de convertir la virtud en vicio. Mucho más frecuente fue el cumplimiento matizado, ponderado, prudente y, también, el cumplimiento interesado, desviado, deliberadamente demorado. Peor que no cumplir fue muchas veces el cumplir mal y burlar no sólo la razón sino la voluntad del legislador. En esta maraña de situaciones es donde conviene atender a la variedad de factores actuantes y a las circunstancias de lugar, tiempo y personas. Y el análisis de lo que fue el derecho y la política en Indias ha de tener en cuenta la distinción entre la legislación positiva y la filosofía política que la sustentaba, único crite-

rio este último que podría servir, si acaso, para enjuiciar tanto las leyes como las conductas.

FACTORES A TENER EN CUENTA

Tras este breve recorrido por la teoría política y el derecho es momento de contemplar la realidad y buscar algunas respuestas a las preguntas de por qué en la América hispana, a veces, la ley se obedece pero no se cumple, y por qué en esa América, muchas veces, la ley se cumple a medias, se cumple mal o se viola. No buscamos ahora justificaciones legales ni sutilezas jurídicas sino, simplemente, los factores que de manera sistemática actuaron para que las cosas fueran lo que fueron. Creemos, como decíamos al principio, que este acercamiento a la historia es más realista por ser más humano. Para nuestro intento vamos a distinguir cuatro conjuntos de factores que un tanto convencionalmente identificaremos con un término en cada caso. Los datos que vamos a presentar son perfectamente conocidos, pero también frecuentemente ignorados a la hora de los análisis y las comparaciones.

La geografía. No hubo hasta el siglo XVI un imperio de la extensión geográfica del imperio español de ultramar. Si los ha habido tan grandes o mayores con posterioridad -2, el caso de Inglaterra o de la extinta URSS?, las condiciones eran ya muy distintas por razón, entre otras, de los avances tecnológicos de la Revolución Industrial y sus efectos en la comunicación. Este imperio hispano, que se alargaba por dos continentes con extensiones en Filipinas, estaba separado de la metrópoli por océanos, caso que no se dio en ningún imperio antiguo ni en la URSS. A la extensión hay que añadir la variedad de climas y las dificultades de la orografía, la hidrografía y la vegetación.

Por razones explicables dentro de la concepción del modelo español de colonización, los españoles se empeñaron en asentarse en las regiones más interiores o en la vertiente del Pacífico, y en tierras cálidas e insalubres o en tierras frías e inhóspitas en vez de hacerlo en regiones climáticas similares a las de Europa, como son gran parte de los actuales Estados Unidos y de Argentina. La elección no fue caprichosa puesto que buscaban mano de obra indígena, conversiones masivas, metales preciosos y otros recursos que se daban en esas regiones y no en otras. Pero el hecho fue que la comunicación dentro de las Indias resultó muy penosa, sin contar con la travesía del océano. La distancia supuso tiempo consumido en la ida y venida de informes y decisiones. El frecuente recurso a pedir información desde el Consejo y a consultar desde las Indias -y mientras tanto no actuar- se vio favorecido por estas circunstancias objetivas de espacio y tiempo. La demora en la comunicación hizo que con frecuencia las

circunstancias y las personas hubieran cambiado con lo cual el trámite había resultado inútil y era necesario empezar de nuevo.

El sistema. A los factores naturales se añadían, entrelazadamente, los factores institucionales. El sistema era centralista y muy amigo del reglamento y del detalle. Abundaban y se escuchaban los consejos de personas y de órganos de la administración. Se legislaba con profusión y se descendía a veces a detalles ridículos. La burocracia era frondosa y tan poderosa que, como es común, se convertía en un poder en sí mismo capaz de paralizar o distorsionar la voluntad del legislador. Ante normas tan minuciosas, quedaban poco margen para la interpretación y dos salidas posibles: aplicar la letra de la ley, con todos sus peligros y daños, u obedecer pero no cumplir. Una ejecución literal de la legislación habría llevado también al colapso, como ocurre hoy día con las huelgas de celo. La tercera salida, que es la violación a sabiendas de la ley, sin justificación alguna, no es jurídicamente admisible y debe adscribirse al apartado de las conductas delictivas.

El sistema político español no limitaba sus objetivos a la soberanía sobre unas tierras y poblaciones ni a la explotación económica de unos recursos con obtención de beneficios para la Corona y los particulares. Todo esto, por supuesto, formaba parte de la política y de la realidad de las Indias. Pero tanto la Corona como la Iglesia mantuvieron sus compromisos en favor de la población indígena y su política de aculturación es decir, de implantación de la cultura española y la consiguiente transformación de las estructuras sociales y culturales de los indios. Esta política sistemática -con todos sus fallos, errores y abusos- es singular en la historia de las colonizaciones y produjo polémicas, críticas internas, acciones admirables y otras reprobables dentro de sus contextos y también produjo una legislación tan extensa e intensa que no tiene equivalente en la historia.

De no haberse dado todas estas circunstancias -dificultadas y agravadas por los factores geográficos ya mencionados-, no se habría planteado tantas veces la necesidad de acudir a la fórmula de obedecer pero no cumplir. En el núcleo de la cuestión estaba un hecho al que nos hemos referido en otras ocasiones 1º y es la contradicción ante la que chocaban sin posible solución los dos grandes poderes: la Corona y la Iglesia. En la práctica, no era factible, en la inmensa mayoría de los casos, satisfacer dos demandas contrapuestas e incompatibles: la defensa de los derechos del indio y la defensa de los intereses de los españoles. Lo que era bueno para unos resultaba perjudicial o no beneficioso para otros. Y el poder político se debía a ambas repúblicas por igual, pues todos eran súbditos de la Corona. La perplejidad ante esta contradicción llevaba casi de manera natural a obedecer pero no cumplir hasta que el rey dispusiera de más información y se pronunciara de nuevo. Otro factor paralizante o retardador de la

acción política fue el temor a las consecuencias de la ejecución de la ley o a las reacciones producidas por su aplicación. Se trata de un mecanismo de retroacción (*feedback*) porque afectó bastante al legislador que a veces suspendía o modificaba la legislación o se inspiraba en estas reacciones para nuevos actos legislativos.

El hombre. No puede ignorarse al ser humano individual en este proceso político y legal. Para bien y para mal, el hombre cuenta de manera notable en el funcionamiento de los sistemas sociales. Dadas las circunstancias apuntadas y otras muchas que tienen que ver con la casuística de la historia indiana, podemos esperar, y así lo comprobamos en la documentación, la influencia que ejercieron algunos individuos de fuerte personalidad y desde altos cargos. El lector puede poner aquí nombres de conquistadores y primeros pobladores, virreyes, presidentes de audiencia y oidores, obispos y simples frailes. Muchos de ellos fueron piedra de escándalo por sus denuncias o por sus conductas muchos de ellos fueron autores de decisiones consistentes en hacer o en no hacer, o influyeron profundamente en la legislación indiana, tanto al actuar sobre el rey y su Consejo como al dictar ordenanzas y otras normas en sus jurisdicciones. Alrededor de estas fuertes personalidades se movieron grupos corporativos, sectores de la iglesia, camarillas de parientes y paniaguados estos grupos o sectores también actuaban por su cuenta en favor de sus intereses y no pocas veces sus acciones iban dirigidas contra individuos muy caracterizados.

En resumen, se mantenía en las Indias españolas una situación de permanente conflicto que sometió al sistema político a una fuerte presión, con estallidos aquí y allá pero al mismo tiempo, el conflicto mantenía en tensa comunicación a las partes enfrentadas y sostenidas cada una de ellas por la esperanza de decisiones favorables que, a veces por años y generaciones, aguardaban a que llegasen desde lo más alto del sistema político. Todos estos protagonistas de la vida diaria eran hombres de carne y hueso, con sus aspiraciones, virtudes y vicios, su generosidad o su ambición, su grandeza de miras o su mezquindad. Todos ellos, de una manera u otra, influían en el funcionamiento del sistema.

La cultura. La presencia española supuso en cada región o lugar de las Indias el encuentro o choque de dos culturas: una dominante otra dominada y sujeta a un proceso de cambio que, idealmente, conduciría a los naturales a la vida en policía, o vida civilizada según la concebían los españoles de la época.

La situación era muy compleja porque los indios distaban mucho de ser una población homogénea como a veces la política del sistema parecía implicar al introducir en la legislación principios y medidas demasiado generales. Sin embargo, los españoles -especialmente los misioneros- fueron muy conscientes de la diversidad del mundo indígena en cuanto a niveles de organización social (bandas, tribus, señoríos o cacicatos, estados), y en cuanto a lenguas, cre-

encias, sistemas de valores por no hablar de una cultura material y una economía adaptadas en cada caso a una enorme diversidad de ecosistemas. Como la mayor o más polémica parte de la legislación indiana tuvo que ver con el indio, fue natural que las mayores dificultades para el cumplimiento de la ley, las más agrias polémicas, los más duros ataques, las más graves advertencias de que el rey estaba cargando su conciencia, estuvieran en directa relación con la población indígena.

COSTUMBRE INDÍGENA Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO

Un aspecto es especialmente destacable en este sentido pues influyó tanto en la legislación positiva como en el tratamiento por parte de los ejecutores de las normas legales. Nos referimos a la costumbre o normas que regían la sociedad indígena prehispánica y, más particularmente, los aspectos que tenían que ver con la mano de obra, la economía, la familia y las creencias. Como tantos otros hechos o fenómenos que se dieron durante la colonia y mantienen su vigencia, el derecho consuetudinario sigue siendo hoy en la América hispana una realidad y un problema académico a tener en cuenta. Así lo prueba el libro titulado *Entre la ley y la costumbre*¹¹ que recoge algunas ponencias presentadas en un seminario celebrado en la ciudad de Lima en 1988. Se dice en la introducción que hacen falta nuevos y más profundos estudios sobre el tema y que hay contribuciones, como las de la historia y la etnohistoria, que están ausentes en el volumen, lo que supone una referencia indirecta a la necesidad de conocer el pasado.

Rodolfo Stavenhagen, autor de la primera de las contribuciones, define el derecho consuetudinario "como un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado". Más adelante afirma que "... todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídico-administrativos. Incluso, los mismos elementos pueden significar cosas totalmente distintas en contextos estructurales disímiles. De ahí que para muchos observadores el derecho consuetudinario indígena en América Latina no sea más que la forma en que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera¹².

Los españoles de la colonia fueron sensibles a esta realidad indígena que con frecuencia resultaba dramática a la hora de hacerles vivir bajo un nuevo régimen legal esto es lo que hoy les sigue ocurriendo, aunque la costumbre actual

tenga mucho que ver con la experiencia centenaria del período español. Sobre este tema nos devuelve a la historia colonial un artículo de Víctor Tau Anzoátegui dedicado a glosar la costumbre en la obra de Solórzano. Advierte el autor cómo está inocultablemente presente en la *Política Indiana* la idea de variedad, idea que el Barroco profundiza. Variedad de las provincias, las gentes, las lenguas, la producción de la tierra. Variedad también en los informes, opiniones, ánimos, pareceres y situaciones. La diversidad alcanza, en consecuencia, a costumbres y leyes" ¹³.

En cuanto a la costumbre en la población indígena, destacamos de la posición de Solórzano, según la glosa de Tau Anzoátegui, la supresión paulatina pues "... no les debemos querer quitar de una vez todas las costumbres que tenían y usaban en su infidelidad, aunque tengan algo de barbarismo, como no repugnan del todo a la ley natural y doctrina del Evangelio" (*ob. cit.*, pág. 493) *la* En nuestra opinión, difícilmente podrán ser más respetuosos y tolerantes los indigenistas actuales ante las costumbres indígenas de lo que se muestra Solórzano en las siguientes líneas del mismo artículo que venimos citando: "De ahí sostiene (Solórzano) que sólo se deben desarraigar las costumbres 'torpes', tolerando las que no lo fuesen. Recuerda entonces que la misma Iglesia ha observado esa misma actitud en Europa con festivales y ceremonias paganas. Al examinar las costumbres indígenas, estima que principalmente deben desterrarse las siguientes: las relaciones incestuosas con sus madres, hijas o hermanas la sodomía la comida de carne humana la idolatría y otras supersticiones la ociosidad y desnudez la quema y entierro de mujeres y criados al morir los caciques y nobles la borrachera y embriaguez. Con respecto a esta última, sostiene que debe perseguirse sobre todo cuando es pública y sacrílega, pero se les puede tolerar cuando ocurriese en las casas o tabernas, ya que los aborígenes 'aun están semibárbaros y mal destetados de sus costumbres y supersticiones antiguas' y además una análoga tolerancia se practica en otras naciones reputadas como de mayor capacidad política" (*Ibidem*, pág. 493)¹⁵.

REFLEXIONES FINALES

A los 500 años del inicio de un proceso histórico —todavía no concluido y vigente en muchos aspectos— no debemos caer en la trampa o el error de ser fiscales y jueces del pasado. Desde las ciencias sociales —especialmente la historia y la antropología cultural—, nuestro papel y nuestras posibilidades consisten nada más, y tampoco nada menos, en descubrir más y más datos y hechos para situarlos en sus contextos de lugar, tiempo y otras circunstancias en interpretarlos a la luz de la teoría de nuestras disciplinas y, todo lo más, incluirlos en un marco universal donde las comparaciones sean posibles y hablen por sí mis-

mas. Este método y esta ética profesional ayudarán a entender mejor el pasado, a ser más justos y tolerantes con los hechos y las personas, y a desmontar no pocos mitos, estereotipos y prejuicios que todavía empañan los ojos de un gran público cada vez más interesado en la Historia y al que sólo podremos servir si sacamos nuestras contribuciones de nuestros cenáculos y le brindamos nuestros intercambios académicos que solemos hacer alrededor de confortables pero raquíicas mesas de camilla ¹⁶. Ningún sector de ese gran público es más digno de atención que los escolares que en todo el mundo se alimentan de discutibles libros de texto que los marcarán para toda la vida en un determinado sentido, con lo cual puede que tengamos que esperar a otro centenario del descubrimiento de América para superar viejos agravios y turbios clichés que tanto estorban la serena comprensión de la historia y la solución de problemas que afectan al presente y al futuro.

NOTAS

1. JIMÉNEZ, Alfredo: "Sistema político y legislación en la América colonial hispana. Una interpretación desde la antropología cultural". En *Congreso de Historia del Descubrimiento (1492-1556)*. Actas. Tomo III. Real Academia de la Historia, Madrid, 1992, págs. 133-163.
2. Para un tratamiento más amplio de la cuestión véase el trabajo indicado en la nota n.º 1 y la bibliografía allí recogida.
3. Sobre la estructura jurídica del "obedecer y no cumplir" remitimos al excelente trabajo de TAU ANZOATEGUI, Víctor -apoyado en abundante documentación y de gran amplitud cronológica- que tiene por título: "La ley se obedece pero no se cumple. En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano". *Revista de Investigaciones jurídicas*. Escuela Libre de Derecho, n.º 9, México, 1985, págs. 379-440.
4. TAU ANZOATEGUI, Víctor: "La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.º 6, Buenos Aires, 1986, pág. 204.
5. LAPIERRE, Jean-William: *El análisis de los sistemas políticos*. Ediciones Península, Barcelona, 1976.
6. LAPIERRE, *ob. cit.*, pág. 218.
7. OTS CAPDEQUI, José M.: *Instituciones*, págs. 231-232. Editorial Salvat, Barcelona, 1959.
8. TAU ANZOATEGUI, *ob. cit.*, pág. 226.
9. WECKMANN, Luis: *La herencia medieval de México*, El Colegio de México. México, 1984, pág. 542.
10. JIMÉNEZ, Alfredo: "El testimonio contradictorio en etnohistoria: actitudes españolas ante los indios de Guatemala". *Estudios sobre política indigenista*, vol. 1, Valladolid, 1975, págs. 229-243.
11. STAVENHAGEN, Rodolfo y ITURRALDE, Diego (compiladores): *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
12. STAVENHAGEN, Rodolfo: "Derecho consuetudinario indígena en América Latina", *ob. cit.*, pág. 29 y págs. 34-35. (El subrayado es nuestro y la afirmación es parte de la tesis que Diego Iturralde presenta en el mismo volumen).
13. TAU ANZOATEGUI, Víctor: "Elementos consuetudinarios en la "Política Indiana" de Solórzano". *Revista de Historia del Derecho*, n.º 15, Buenos Aires, 1987, págs. 469-502.
14. TAU ANZOATEGUI: [13], pág. 493.
15. TAU ANZOATEGUI: [13], pág. 493.
16. La participación extraordinaria de más de 150 americanistas españoles, y algunos de otros países europeos, en el V Congreso de la Asociación Española de Americanistas, donde fue presentado como "comunicación" el presente trabajo, no desmiente el hecho de que los especialistas viven, a su pesar, dentro de un mundo pequeño que con dificultad se comunica con la sociedad. Dudamos que la proliferación de trabajos y ediciones con motivo del Quinto Centenario hayan servido para modificar en sentido positivo una lamentable situación de ignorancia cuando no de recelos y prejuicios.