

DISCURSO JURÍDICO Y DERECHO
LOCAL Y PROVINCIAL DEL SERVICIO
PERSONAL EN MENDOZA
EN LOS SIGLOS XVI Y XVII

LEGAL DISCOURSE AND LOCAL
AND REGIONAL LAW ON PERSONAL
SERVICE IN MENDOZA BETWEEN
XVI-XVII CENTURIES

PATRICIO LÓPEZ DÍAZ VALENTÍN
Universidad de Mendoza

RESUMEN. El trabajo expone la continuidad entre el discurso jurídico y el derecho indiano provincial y local en cuanto a la condena sistemática de la encomienda de servicio personal, en el marco de una cultura jurídica compleja para la cual el derecho implicaba el cumplimiento de las normas escritas dentro de un orden dado por Dios con el fin de alcanzar la justicia. La justicia imponía necesidad del trabajo de todos los miembros de la comunidad, incluso los indígenas, pues el bien común redundaría en el bien particular de

los indios. La relación entre el discurso jurídico y las prácticas que pudieran violentar el orden jurídico se centra en el estudio de casos ocurridos en Santiago de Chile y Mendoza en los siglos XVI y XVII.

PALABRAS CLAVE. Derecho indiano. Encomienda de servicio personal. Justicia. Práctica de la encomienda. Mendoza. Siglos XVI y XVII.

ABSTRACT. The work exposes the continuity between the legal discourse and provincial and local Indian law regarding the systematic condemnation of the entrustment of personal service, within the framework of a complex legal culture for which the law involved compliance with the standards written within an order given by God in order to achieve justice. Justice imposed need to the work of all members of the community, including the indigenous people, because the common good would be the private good of Indians themselves. The relationship between the legal discourse and practices that could violate the legal order is focused on the study of cases in Santiago de Chile and Mendoza in the 16th and 17th centuries.

KEY WORDS. Indian law. Entrustment of personal service. Justice. Entrustment of personal service in practice. Mendoza. 16th and 17th centuries.

1. Introducción. El servicio personal en el Reino de Chile. Visión eclesiástica

Hemos creído de importancia rescatar la institución central que marcó las relaciones entre los españoles y los indígenas en las Indias Occidentales: la encomienda¹, ciñéndonos a la modalidad de servicio

1. Una obra de consulta obligada en cuanto al desarrollo histórico de la encomienda en Hispanoamérica es Silvio A. ZAVALA, *La encomienda indiana*, México D. F., Porrúa, 1973.

personal; y en un área periférica de los dominios Hispanos como fue la ciudad de Mendoza desde su fundación hasta finales del siglo XVII. A lo largo del trabajo desarrollaremos cómo el discurso jurídico imperante en torno a la encomienda de servicio personal fue receptado por el derecho indiano provincial y local, y que las particularidades locales fueron las que impusieron su sello distintivo en la concreción del derecho.

La ciudad de Mendoza fue fundada en 1561 por Pedro del Castillo, integrando la Provincia de Cuyo, dentro del Reino de Chile, que a su vez formaba parte del Virreinato del Perú². Por lo cual su historia, situación política y jurídica estuvo marcada por los acontecimientos producidos al otro lado de la cordillera.

Es necesario recordar que la institución de la encomienda comenzó siendo de servicio personal para luego derivar, al menos en teoría, en lo que se ha conocido como de tipo tributaria. En el caso del Reino de Chile, en general y de las provincias de Cuyo en particular, la prohibición de los servicios personales³ fue un tema que preocupó sobremanera a las autoridades reales y eclesiásticas. Infinidad de ordenanzas, tasas, reales cédulas, provisiones reales, etc., prohibieron la encomienda de servicio personal⁴ durante toda la segunda

2. Para la historia de Mendoza véase entre otros: Pbro. José A. VERDAGUER, *Lecciones de historia de Mendoza. Época Colonial (1560-1810)*, Mendoza, 1920, e *Historia de Mendoza*, Mendoza, 1935; Jorge M. SCALVINI, *Historia de Mendoza*, Mendoza, Spadoni, 1965; Pedro Santos MARTÍNEZ y otros, *Historia de Mendoza*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979; Adolfo Omar CUETO, «La fundación de la ciudad de Mendoza y sus primeros doscientos años (1561-1761)», en Adolfo Omar CUETO y otros, *La ciudad de Mendoza. Su historia a través de cinco temas*, Buenos Aires, Fundación Banco de Boston, 1991, págs. 13-75, y «La ciudad de Mendoza, en el Reino de Chile. Su inestable existencia durante el siglo XVI», *Revista de Estudios Regionales* (Mendoza), núm. 18 (1997), págs. 7-51.

3. Sobre el servicio personal para todo el virreinato del Perú véase Silvio A. ZAVALA, *El servicio personal de los indios en el Perú (extractos del siglo XVI)*, t. I, México D.F., El Colegio de México, 1978, y *El servicio personal de los indios en el Perú (extractos del siglo XVII)*, t. II, México D.F., El Colegio de México, 1979.

4. Aunque se refieran a «servicio personal» a secas, debe entenderse que lo que se prohibía era la encomienda de servicio personal. Analizaremos la diferencia entre ambos, según lo entendían los juristas de la época.

mitad del siglo XVI y todo el XVII. Sin embargo, la presión del grupo encomendero⁵ y las especiales realidades del Reino de Chile impidieron que en la práctica se diera el esperado salto de encomienda de servicio personal a tributaria⁶.

La supresión de la encomienda de servicio personal fue especialmente solicitada por las autoridades eclesiásticas, ya que veían en ella el principal obstáculo para alcanzar el buen trato de los naturales y su conversión al catolicismo e instrucción en los principios de la fe. Afir-maban que el servicio personal devenía en una verdadera esclavitud para los indios, afectando no sólo a los indígenas pacificados, sino también a los que estaban en guerra, ya que estos últimos al ver cómo eran tratados los indios encomendados no querían hacer la paz, con el agravante que fomentaba que muchos se rebelasen contra ellos⁷.

Hay innumerables testimonios que manifiestan cómo el servicio personal era el causante de todos los males de aquel reino, y que la solución radicaba en su supresión y hacer una tasación de los tributos

5. Sobre las encomiendas y la influencia del grupo encomendero en el reino de Chile véase, entre otros, Guillermo FELIÚ CRUZ y Carlos MONGE ALFARO, *Las encomiendas según tasas y ordenanzas*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 1941; Domingo AMUNÁTEGUI SOLAR, *Las encomiendas indígenas en Chile*, 2 tomos, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1909-1910; Mario GÓNGORA, *Encomenderos y estancieros. Estudios acerca de la Constitución social aristocrática de Chile después de la Conquista 1580-1660*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1970; también, aunque para los primeros cuarenta años de presencia hispana en Chile, la tesis doctoral de Hugo Francisco CONTRERAS CRUCES, *Encomienda y servicio personal entre las comunidades indígenas de Chile central, 1541-1580*, Facultad de Filosofía y Humanidades, Escuela de Postgrado, Departamento de Ciencias Históricas, Universidad de Chile, 2009 (inédito).

6. Cfr. Beatriz R. SOLVEIRA, «Encomiendas de indios y distribución de la tierra», en *Nueva historia de la nación Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1999, t. I, pág. 480.

7. Cfr. «Carta del Illmo. Fr. Diego de Medellín, en que da cuenta de lo que él y el Gobernador habían hecho por los indios de las encomiendas. A 4 de Junio de 1580», en Elías LIZANA, *Colección de documentos históricos recopilados del Archivo del Arzobispado de Santiago. Cartas de los obispos al rey. 1564-1814*, Santiago de Chile, Imprenta de San José, 1919, t. I, pág. 17.

que debían pagar los indios⁸; además creían necesaria la reducción de los naturales en pueblos de indios para una mejor evangelización. En este sentido el Obispo de Santiago, Fray Diego de Medellín en carta al rey, fechada el 6 de enero de 1577, expresaba: «Para que haya doctrina con fruto en esta tierra, es necesario que los naturales se reduzcan, como se ha hecho en el Perú; y también que se tasen, porque tengan fin los escrúpulos de los confesores y de los encomenderos temerosos de conciencia, aunque estos son pocos»⁹.

A principios del siglo XVII el obispo Pérez de Espinosa también se expresaba en contra del servicio personal y lo señalaba como la causa del descenso demográfico de los nativos pacificados y que los araucanos siguieran en son de guerra: «[...] y los gobernadores, en

8. Estos tributos debían ser moderados.

9. «Carta del Illmo. Fr. Diego de Medellín, en que deplora la composición del Cabildo y se queja del Teniente general, el licenciado Calderón. A 6 de enero de 1577», en Elías LIZANA, *Colección de documentos históricos*, cit., pág. 7. El mismo obispo al dar testimonio al rey de su visita a su diócesis, excepto Cuyo por no poder atravesar la cordillera, escribió: «Andando visitando por los pueblos vían mis propios ojos que todos los indios e indias que en ellos estaban así viejos como mozos, viejas e mozas, niños e niñas, y aun los ciegos y cojos, todos estaban ocupados en trabajos en ocupaciones de sus encomenderos y peor tratados que si fueran salvajes. Tengo por muy escrupuloso el estado de estos encomenderos hasta que haya tasa y paguen lo que deben. El Gobernador nuevo dice que luego quiere tasar la tierra; plega a Dios que así sea, porque yo harto he trabajado acerca dello y se haga lo que Vuestra Majestad manda en esto». «Carta del Illmo. Fr. Diego de Medellín, en que da cuenta del estado del clero de su diócesis, se queja de las injusticias de los gobernadores y aboga por los indios. A 15 de abril de 1580», *ibid.*, pág. 14. Son numerosas las cartas de Fray Medellín criticando lo que se estaba haciendo con los indios, que no se respetaban y no se cumplían las cédulas del monarca ya que «todas las que vienen son para su provecho y ninguna se guarda». Reitera la necesidad de reducir a los nativos a pueblos de indios para poder doctrinarlos, y que los gobernadores no lo han querido hacer. Manifiesta constantemente la situación de explotación a que se veían sometidos los indios, y que éstos no tenían siquiera tiempo para sembrar para sí y su comunidad. Cfr. «Carta del seráfico Illmo. Fr. Diego de Medellín al rey de España, en que solicita mercedes para su iglesia Catedral y para sí, y en que se queja de las injusticias que los españoles cometen con los naturales. A 17 de enero de 1587», *ibid.*, págs. 32-34.

lugar de hacerles merced en nombre de su Majestad, los dan a sus encomenderos por servicio personal, que es lo mismo que darlos por esclavos; cosa que no se debe permitir, pues no sólo no merecían servir perpetuamente sino quedar libres; pues sus padres, y abuelos, y hermanos han muerto en la guerra en servicio de Vuestra Majestad. [...] Y ansí en Dios y mi conciencia entiendo, que las grandes victorias que estos rebeldes han tenido y la destrucción que han hecho, abrasando y llevando tantos pueblos, y degollando tanto número de españoles, niños y mujeres, que todo esto permite Dios por los agravios que hacemos a los indios de paz, y que toma Dios a los rebeldes por verdugos nuestros para castigar tanto desorden, como se ha usado y usa con los indios obedientes. El remedio de lo cual consiste en que Vuestra Majestad mandase tasar los indios, y que paguen solamente tributo y quitarles el servicio personal»¹⁰.

Esta preocupación se reitera a lo largo de todo el siglo XVII, así encontramos la opinión del obispo de Santiago Fr. Diego de Humanzoro, quien sintetiza el sentir de la generalidad de los purpurados chilenos. Para él, el servicio personal era más intolerable que el que habían realizado los hijos de Israel en Egipto y Babilonia, siendo la causa por la cual se consumían los indios: «[...] estando prohibido por tan repetidas y santas cédulas reales el servicio personal de los indios, y siendo él (en la forma que en Chile se practica) tan injusto y abominable a los ojos de Dios, y tan pernicioso al reino y a los indios de él que los consume y acaba totalmente [...]»¹¹.

10. «Carta del Illmo. Fray Juan Pérez de Espinosa, en que da cuenta al rey del estado de la diócesis, principalmente en lo que se refiere al clero secular, y del inhumano tratamiento a que someten los conquistadores a los indios de paz. Propone acertadas medidas al monarca. A 20 de marzo de 1602», *ibid.*, pág. 65.

11. «Carta en que el Illmo. Fr. Diego de Humanzoro, con la enérgica entereza de un apóstol, enrostra a la Reina Regente la culpa que los monarcas de España tienen en las crueldades que los peninsulares cometen con los naturales de América, principalmente en Chile, y le dice en lenguaje profético, que, como castigo de semejante tiranía y despotismo, Dios les privará de sus colonias.- El Obispo renuncia de su diócesis, si no le dan un Coadjutor. A 4 de Julio de 1669», *ibid.*, pág. 299.

Unos años después concluía «[...] que este servicio personal, según el mal uso de él, es la causa de todos los menoscabos temporales y espirituales; y, mientras no se extirpare de Chile, no habrá que esperar aumento en lo uno ni en lo otro [...]»¹².

Podemos afirmar que la supresión del servicio personal fue un reclamo constante en los obispos chilenos durante los siglos XVI y XVII, ya que veían en él el origen de la explotación de los indios por parte de los españoles. Esta situación llevaba a un abrupto descenso demográfico de los indios pacificados y que los araucanos no quisieran concertar la paz. Veían en la guerra y en la pobreza de la región un castigo divino al mal accionar hispano. Estaban convencidos que la prohibición del servicio personal y la tasación de tributos moderados iba a conllevar a que los españoles cesaran en estos abusos, se alcanzara la paz con los araucanos y que en definitiva la Corona mantuviera estos reinos.

2. Discurso jurídico imperante. Dos opiniones señeras

Acabamos de condensar la opinión mayoritaria que tenían las autoridades eclesiásticas chilenas sobre el servicio personal, y antes de analizar el derecho indiano provincial y local, expresado en reales cédulas, ordenanzas y tasas, nos detendremos en el discurso jurídico sobre el servicio personal. Este último nos permitirá posteriormente comprobar si fue plasmado o no en las normas jurídicas, y si finalmente se concretó en la práctica. Es decir, analizar si se produjo una continuidad entre el discurso jurídico y el derecho indiano provincial y local en torno al servicio personal en Mendoza o no.

Ciñéndonos al discurso jurídico, los juristas y teólogos intentaron diferenciar la encomienda de servicio personal, a la que unáni-

12. «Carta del Illmo. Fr. Diego de Humanzoro al Presidente del Consejo de Indias, en que se queja del mal trato que se da a los indios y del despojo que se hace de sus emolumentos a los doctrineros.- El prelado manifiesta empeñado en que se le admita su renuncia de la diócesis de Santiago y manifiesta sus temores de que Dios castigue a España con la pérdida de sus colonias. A 20 de Abril de 1672», *ibid.*, pág. 321.

memente rechazaban, de los servicios personales a los que en determinadas circunstancias se podían exigir, incluso compulsivamente, a los indios. Muchos fueron los autores que trataron el tema, entre ellos Juan de Matienzo¹³, Joseph de Acosta¹⁴, León Pinelo¹⁵, entre otros¹⁶. De todos los autores que trataron el tema nos centraremos en dos por las razones que en su momento expondremos.

En primer lugar analizaremos la opinión de Fray Miguel de Agía, quien con motivo de una emblemática real cédula del 24 de noviembre de 1601¹⁷, que prohibía los servicios personales en todo el virreinato del Perú, escribió en 1604 su parecer sobre cómo debía ser interpretada dicha real cédula. Por lo cual dirigió un memorial al

13. Juan DE MATIENZO, *Gobierno del Perú (1567)*, Lima, Institut Français D'Études Andines, 1967.

14. Cfr. Juan DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, Madrid, 1736, lib. II, cap. VI, núm. 2.

15. Véase Antonio DE LEÓN PINELO, *Tratado de confirmaciones reales*, 1630, (ed. facs.) con introducción de Diego Luis Molinari, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras-Instituto de Investigaciones Históricas, 1922.

16. Fray Bartolomé de Las Casas directamente rechazó cualquier compulsión sobre los indios, considerando que los repartimientos y encomiendas habían sido invención demoníaca, y que causarían el despoblamiento de las Indias. En sus *Treinta Propositiones* decía: «Ninguna otra pestilencia pudo el diablo inventar para destruir todo aquel orbe, consumir y matar todas aquellas gentes de él, y despoblar como ha despoblado tan grandes y tan poblados reinos; y esta sola basta para despoblar el mundo, como fue la invención del repartimiento y encomiendas de aquellas gentes que repartieron y las encomendaron a los españoles, como si las encomendaran a todos los diablos, o como atajos de ganados entregados a lobos hambrientos». Fray Bartolomé DE LAS CASAS, «Treinta proposiciones, en las cuales sumaria y sucintamente se tocan muchas cosas pertenecientes al derecho que la Iglesia y los príncipes cristianos tienen, o pueden tener, sobre los infieles de cualquier especie que sean», en *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, Buenos Aires, Mar Océano, 1953, pág. 119.

17. Véase «Cédula real sobre el trabajo de los indios, Valladolid, 24 de noviembre de 1601», en Quintín ALDEA VAQUERO, *El indio peruano y la defensa de sus derechos*, Madrid/Lima, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, págs. 352-370.

virrey del Perú, en el que explicaba cuál era el sentido que el rey había tenido al dictar dicha cédula, qué prohibía y qué debía permitirse. Se veía en la obligación de escribirle al representante real ya que se podía interpretar que lo que el monarca disponía era dar entera libertad a los indios para servir o dejar de servir, y también suprimir los «repartimientos o mitas» que se hacían para «servicios personales», y esto no era así según su parecer¹⁸. Fray Agía dejaba en claro que una cosa era el servicio personal, entendido éste como encomienda de servicio personal, al cual condenaba enérgicamente y el repartimiento, que sería la encomienda tributaria, el cuál debía ser mantenido.

Destacaba una serie de diferencias entre el servicio personal y los repartimientos: «Y Sea la primera, que el feruicio perfonal fe haze fin paga, y el repartimiento cō ella, aql perpetuo, y efte tēporal, aql introduzido con toda violēcia, y por la fuerça de la efpada, efte cō autoridad publica, y fin fuerça o violencia injusta, aql con dura

18. «No fue intencion de fu Magestad por efa Real Cedula dar libertad general a los indios para que firuan, o dexen de feruir fiquifieré, antes ordena y manda lo contrario, manifestando en efte fu intencion, la qual es que anden ocupados, y firuan en lo que deuen, y eftan obligados como vafallos de fu Magestad [...] nunca fue intencion de fu Magestad quitar las mitas y repartimientos de indios, que fe há acoftumbrado de dar por autoridad publica para el feruicio dela Republica [...]». Fray Miguel AGÍA, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho, que ha compuesto el padre fray Miguel Agia dela ordel del feñor S. Francisco, varon docto en las facultades de Theologia, Canones y Leyes, y Lector de Theologia en el muy infigne Conuento de S. Francisco de la ciudad de los Reyes, en los Reynos del Piru. Sobre la verdadera inteligencia, declaracion, y justificacion de vna Cedula Real de fu Magestad, fu fecha en Valladolid en veynte y quatro dias de Nouiembre del año paffado de feycientos y vno, que trata del feruicio Perfonal, y repartimientos de Indios, que fe vfan dar en los Reynos del Piru, Nueva Efpaña, Tierra Firme, y otras Prouincias de las Indias, para el feruicio de la Republica, y afsientos de Minas, de Oro, Plata, y Azogue. Dirigido al Rey Don Phelippe Nvestro Señor. Y en fu Real nombre Al feñor don Luys de Velafco Virrey de estos Reynos y Prouincias del Piru, Tierra Firme y Chile, Lima, 1604, pág. 3.*

efclavonia y ferdidumbre, efte con toda libertad natural y chrisftiana. Aql tiranico y cruel [...] efte fin ninguna tirania, pues folamente admite al trabajo los q tienen baftante hedad, falud, y fuerças, excluyendo las mugeres, niños, enfermos, y viejos, aql inhumano: porq firviendo los indios fin fueeldo comen a fu cofta por no darles los Encomēderos el fufiento neceffario, efte humano pues ganãdo fueeldo fe les da tambiē comida, aquel de ninguna vtilidad publica pues tiene folamente por objeto el pro y vtilidad particular del Encomendero, efte fobre manera prouechofifsimo, pues todo el bien de la Republica pende del. Aquel totalmente contrario, y opuefto al bien efpiritual de las almas de los indios, pues apenas concede tiempo alguno para las cofas de la fe, y doctrina Chriftiana, y para poder oyr miffa, y aprender algun enfenamiento católico. Efte compatible con todo lo dicho [...]»¹⁹.

En definitiva para Fray Agía el servicio personal degeneraba en esclavitud y abuso de los nativos de América por ser perpetuo, sin pago, impuesto por la violencia, tiránico y cruel, en condiciones inhumanas, no tenía ningún tipo de consideración sobre las personas de los indios, ya fuesen niños, mujeres, ancianos o enfermos; buscaba como único fin los intereses y ganancias de los encomenderos, y era contrario a la utilidad pública; no les daba tiempo para las cosas de la fe: ser doctrinados, ir a misa, etc. Asimismo, contrariaba a las leyes divina, natural y humanas, había sido prohibido desde el tiempo de los Reyes Católicos y condenado por distintas juntas de hombres probos. En síntesis, en donde se había aplicado había ocasionado la destrucción de los indios²⁰.

Por otro lado los repartimientos de indios en general eran todo lo contrario, aunque aceptaba que en algunos casos se habían come-

19. *Ibid.*, págs. 22-24.

20. Sin embargo, Agía reconocía que en las provincias y ciudades donde se practicaba el servicio personal, éste no podía ser quitado de golpe, sino que antes se les debía proveer de otro servicio, sino sería la ruina de ellas. Cfr. *ibid.*, pág. 45.

tido abusos²¹. Agía rescataba el repartimiento por parecerle justo y necesario para los indios y el bien de la República y la subsistencia de los españoles en América. Señalaba que no era injusto que se obligase a los indios a trabajar ya que de esta manera se los alejaba del ocio, al cual naturalmente estaban inclinados²² y de la idolatría²³; además, recurriendo a la analogía de la República con el cuerpo humano²⁴ y a los autores clásicos –griegos y romanos– destacaba la necesidad de diferentes estados de personas y del trabajo de todos sus miembros, cada uno según su capacidad²⁵.

A lo largo de su escrito irá marcando en qué casos y de qué manera se les podía obligar a trabajar a los indios, ya fuese en las minas²⁶, o para cultivar la tierra y guarda de ganado²⁷, o para los obrajes de paños e ingenios de azúcar²⁸; todos estos repartimientos estaban permitidos en la medida que se corrigieran los excesos y agravios que se habían cometido²⁹. La justificación de estos trabajos, y de su compulsión a los mismos, la encontraba en primer lugar –como hemos vistos– en que los indios de por sí no trabajarían, por lo cual no sólo se perjudicaba toda la República, sino también los mismos naturales. Además eran necesarios para la República³⁰, y para que el rey no perdiera estos reinos. Destacando siempre que dicha compulsión era compatible con la calidad de vasallos libres del rey que te-

21. Cfr. *ibid.*, pág. 24.

22. Cfr. *ibid.*, págs. 24, 25, 30, 38, 68; y contra la ociosidad en general: págs. 49, 50.

23. Cfr. *ibid.*, págs. 23, 38.

24. Cfr. *ibid.*, págs. 39, 55, 59.

25. Cfr. *ibid.*, págs. 14-21.

26. Agía reconocía que aquí era donde más escrúpulos se habían presentado. Cfr. *ibid.*, págs. 4-5.

27. Cfr. *ibid.*, págs. 5-6.

28. Cfr. *ibid.*, págs. 6-8.

29. Cfr. *ibid.*, pág. 8.

30. A la que consideraba compuesta por indios y españoles, cfr. *ibid.*, págs. 39, 82.

nían los indios³¹; y que correspondía a la potestad política compeler a los indios a trabajar, lo que era conforme a las leyes natural³², divina³³, humana y a los cánones y decretos de la Iglesia³⁴, no contrariando la libertad cristiana³⁵.

Concluía el fraile que la República y el rey tenían legítimo poder y autoridad para compeler y forzar a sus vasallos a trabajar, sin que esto implicase injuria ni agravio, pero siempre que se hiciera para los ministerios necesarios y en servicio de la República, por tiempo limitado y pagándole lo que correspondiese³⁶. Asimismo señalaba que esto era justo porque se imponía tanto a indios como a españoles³⁷, sin dejar de mencionar que era igualmente justo que pagasen tributos en señal de sujeción³⁸. Conforme al pensamiento de la época no dejó de señalar la primacía del bien común por sobre el particular, de ahí que señalara que la cédula había sido dictada principalmente en atención al bien universal de la República de las Indias —a la que como hemos visto consideraba mixta— y secundariamente al bien particular de los indios³⁹.

La opinión de Fray Agía es importante por dos motivos fundamentales; el primero por versar sobre el cumplimiento de una cédula emblemática sobre el servicio personal, como fue la de 1601, y que su obra fue dirigida al mismísimo Virrey del Perú; y el segundo porque Agía fue seguido muy especialmente en este punto por el gran jurista indiano Juan de Solórzano Pereyra. Éste también puso el foco

31. Cfr. *ibid.*, págs. 39, 42, 54.

32. Cfr. *ibid.*, pág. 56.

33. Cfr. *ibid.*, págs. 56-57.

34. Cfr. *ibid.*, pág. 57.

35. Cfr. *ibid.*, pág. 58.

36. Cfr. *ibid.*, págs. 58-60.

37. Cfr. *ibid.*, págs. 38, 64.

38. Agía afirmaba que el pago de tributos no era nuevo para los indios, pues los pagaban desde los tiempos de su gentilidad. Cfr. *ibid.*, pág. 45.

39. Cfr. *ibid.*, pág. 13.

en distinguir el servicio personal, al que igualmente censuraba, de los servicios personales que se podían exigir a los indios en aras del bien común de la República indiana, a la que al igual que Agía la consideraba conjunta de indios y españoles⁴⁰, y que en definitiva beneficiaba a los propios indios. Siempre destacando en los indios su carácter de vasallos libres de la Corona, pero que debían ser obligados a trabajar para no estar ociosos, ya que por su naturaleza tendían al ocio –vicio que les llevaba inexorablemente a otros como la borrachera e idolatría, y a no trabajar ni siquiera para su sustento personal y familiar–, marcando que debían ser moderados y se les garantizase la libertad de elegir con quien quisieren trabajar. Todo esto lo fundaba en su experiencia indiana, distintos autores, cédulas reales y ordenanzas.

Luego de desarrollar y compendiar las dos posiciones antagónicas, aquella que prohibía todo tipo de compulsión sobre los indios porque afectaba su libertad⁴¹, y la que permitía que se le impusiera a los nativos ciertos servicios⁴², Solórzano dio su parecer, más cercano a la última que a la primera, pero sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones: «En el conflicto de estas encontradas opiniones y pareceres, y de los fundamentos, que por una, y otra parte se confideran, el mio es, que mientras la difpoficion de las cofas no abre puerta, á que del todo ceffen estos fervicios, nos vamos con lo provehido en las ultimas Cedula del año de 1601 y 1609 que de ellos tratan, y los toleran; por perderlo afsi la precifa necesidad, y utililidad en las Republicas de Epañoles, e Indios, que quitados, feria dificultoso, que se pudieffen confervar, y fufenttar; pero guardando en ellos las condiciones, ò precauciones figuientes, fin las quales se podrá defender mal fu juftificacion, y conservacion»⁴³.

40. Cfr. Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, cit., lib. II, cap. V, núm. 1; lib. II, cap. XV, núm. 3.

41. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. V.

42. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. VI.

43. *Ibid.*, lib. II, cap. VII, núm. 1.

Establecía nueve condiciones para que pudieran ser tolerados los servicios obligatorios a los indios: 1) que no se cargasen siempre a los mismos, dejando ociosos y holgazanes a otros, es decir, que se aplicase el sistema de mitas⁴⁴; 2) que los indios así repartidos fuesen sólo para obras «neceffarias, y en comun utiles à todo el Reyno»⁴⁵; 3) se había de tener el cuidado y recato de tal manera que les quedase a los indios tiempo para acudir a sus necesidades y obligaciones que requiriese su sustento y el de sus mujeres, hijos, familia, pueblos y reducciones a los que pertenecían⁴⁶; 4) se debía tener en cuenta las personas y las edades de los indios que se habían de enviar de mitas, de tal manera que tuviesen fuerzas suficientes para soportar los trabajos que se les encargasen, es decir, que estaban exentos los menores, mujeres, viejos, enfermos e impedidos⁴⁷; 5) que no se los enviase muy lejos de sus pueblos o reducciones para cumplir con estos servicios⁴⁸; 6) que se les pagasen salarios o jornales proporcionados con las costumbres de las Provincias y acorde a los ministerios y servicios que realizaren, debiendo pagarles en mano propia y sin tardanza ni fraude alguno⁴⁹; 7) que a donde los llevasen debían encontrar precios justos para su comida y sustento de tal manera que no se les ocasionasen más gastos que ganancias, ni perdiesen sus bienes ni sufrieren hambre⁵⁰; 8) «[...] fe debe afsimefmo cuidar, y prevenir mucho, que pues eftos fervicios fe conceden, ò toleran en orden à las utilidades publicas, y comunes, y urgentes necefsides del Rey, y del Reyno, no fe permita, que los particulares ocupen los Indios, que para tales minifterios fe les repartiere, en otros de folo aprovechamiento fuyo, ò em fervicios domefticos [...]»⁵¹; 9) «Lo nono, y ultimo, aunque de-

44. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. VII, núms. 2-8.

45. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. VII, núms. 9-22.

46. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. VII, núms. 23-32.

47. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. VII, núms. 33-38.

48. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. VII, núms. 39-51.

49. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. VII, núms. 52-60.

50. Cfr. *ibid.*, lib. II, cap. VII, núms. 61-63.

51. *Ibid.*, lib. II, cap. VII, núm. 64.

biera fer lo primero, fe ha de ir con particular atencion, que los Indios, por fer ocupados en eftos fervicios, no reciban daño, ni eftorvo en la doctrina, y observancia de la Fe, y Religion Christiana, ni fean compelidos a trabajar en días de Fiesta en cofas ferviles [...]»⁵².

En síntesis, si bien Solórzano reconocía que obligar a trabajar al indígena iba en contra de su carácter de vasallo libre de la Corona la «difpoficion de las cofas» no posibilitaba dar plena libertad a los indios para decidir si trabajaban o no, al considerar que por su propia voluntad no trabajarían siquiera para sus propias necesidades básicas. Por lo que se hacía imperioso tolerar ciertos servicios obligatorios en pos del bien común de la República —a la que expresamente reconocía su carácter de mixta, compuesta tanto de indios como de españoles— y también el bien propio de los indígenas. Aunque imponiendo una serie de condiciones, las que cumplidas justificaban la compulsión laboral de los naturales.

3. Plasmación del discurso jurídico sobre servicio personal en el derecho indiano provincial y local del Reino de Chile

Este discurso jurídico se encuentra plasmado en el derecho indiano provincial y local del Reino de Chile, lo que se advierte al cotejar las distintas tasas y ordenanzas dictadas para regir en él. Ya hemos afirmado que el servicio personal en el Reino de Chile, y por ende en Mendoza, fue prohibido sistemáticamente por las autoridades indianas basta citar: 1) Tasa y ordenanzas sobre los tributos de los indios; hechas por el gobernador Martín Ruiz de Gamboa. 7 de mayo de 1580⁵³; 2) Tasa y ordenanza para el Reino de Chile hecha por don Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache, 28 de marzo de

52. *Ibid.*, lib. II, cap. VII, núm. 65; y cfr. núms. 66-72.

53. En Álvaro JARA, *Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1965, t. I, págs. 47-56.

1620⁵⁴; 3) Ordenanzas hechas para el servicio de los indios de las provincias de Chile y que sean relevados del servicio personal. 17 de julio de 1622⁵⁵; 4) Tasa y ordenanzas para el Reino de Chile, hechas por el Gobernador don Pedro Osores de Ulloa. 8 y 20 de diciembre de 1622⁵⁶; 5) Tasa y ordenanzas que ha hecho don Francisco Laso de la Vega, Presidente, Gobernador y Capitán General del Reino de Chile, para el desagravio de los indios naturales del en virtud de cédula real de Su Majestad. 1635⁵⁷. Todas coincidían en prohibir el servicio personal, resaltando el carácter de hombres libres de los indios, que pudiesen elegir con quien trabajar, debiéndoseles pagar un salario justo, ordenando darles buen tratamiento, que fuesen doctrinados en la fe católica, etc.

El gobernador Martín Ruiz de Gamboa, en la Tasa por él decretada al referirse a la necesidad de tasar los tributos de los indios en el Reino de Chile, expresaba que el «[...] tributo que hasta aquí han dado los dichos indios ha sido contra derecho natural y contra las ordenanzas y provisiones de Su Majestad fechas para el buen gobierno de las Indias porque ha sido todo servicio personal, así en minas como en sementeras heredades, casas y ganados [...]»⁵⁸. Luego resaltaba que la Tasa de Santillán⁵⁹ si bien había mejorado la situación

54. Cfr. *ibid.*, págs. 71-89.

55. Cfr. *ibid.*, págs. 89-108. También se encuentra publicada en Claudio GAY, *Historia física y política de Chile. Documentos sobre la historia, la estadística y la geografía*, Paris, 1852, t. II, págs. 317-346.

56. Cfr. Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., t. I, págs. 108-125.

57. Cfr. *ibid.*, págs. 125-133.

58. «Tasa y ordenanzas sobre los tributos de los indios, hechas por el gobernador Martín Ruiz de Gamboa. 7 de mayo de 1580», *ibid.*, pág. 49.

59. «Relación de lo que el licenciado Fernando de Santillán, oidor de la Audiencia de Lima, proveyó para el buen gobierno, pacificación y defensa de Chile, 4 de junio de 1559», *ibid.*, págs. 14-28. La llamada Tasa de Santillán fue la primera ordenación general del servicio personal para el Reino de Chile, y si bien no prohibió los servicios personales «[...] su autor pretendió realizar una reforma social y económica, una modificación del substrato indígena tendiente a su incorporación a las formas españolas de vida». Álvaro JARA, *Trabajo y salario indígena. Siglo XVI*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1987, pág. 97.

de los indios, al limitar que los encomenderos se sirvieran de ellos y les pagasen por su trabajo, no había cambiado sustancialmente la situación de los nativos ya que seguía permitiendo el servicio personal, y teniendo en cuenta la «[...] necesidad de quien mire por ellos, porque les falta orden de justicia y vida pulítica como por experiencia se ha visto y que si en la voluntad de los dichos indios se dejase el tributo a ningún trabajo se aplicarían, por ser como son haraganes y padecer vicios y bestialidades, me he resuelto así por lo dicho como por haber pedido los vecinos desta ciudad de Santiago al dicho señor obispo tasa de los tributos de los indios de sus encomiendas y fir-mándolo de sus nombres [...]»⁶⁰, acordó hacer la tasación de los tributos.

Vemos acogida la condena al servicio personal por considerarla contraria al derecho natural y al humano, clara recepción del discurso jurídico desarrollado, y que coincidía con la opinión de los obispos chilenos. Además encontramos receptada la consideración del indio como haragán⁶¹ y que padecía «muchos vicios y bestialidades», pero por otro lado se desprende un espíritu protector, tutelar, hacia ellos; de ahí la obligación de las autoridades de velar por los nativos, en este caso prohibiendo los servicios personales y tasando los tributos que debían pagar los indígenas, los que debían ser moderados para no perjudicar a los naturales. Ese espíritu protector se recoge, por ejemplo, en la ordenanza primera, que establecía los sujetos susceptibles de pagar el tributo: los indios sanos de entre 17 y 50 años de edad, estando exceptuados las mujeres viudas, los menores de 17 y los mayores de 50, el cacique y señor principal del repartimiento y

60. «Tasa y ordenanzas sobre los tributos de los indios, hechas por el gobernador Martín Ruiz de Gamboa. 7 de mayo de 1580», en Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., t. I, pág. 49.

61. Este tipo de consideración fue producto de la incomprensión mutua, que generó «un no positivo concepto en torno a los indígenas». José DE LA PUENTE BRUNKE, *Encomienda y encomenderos en el Perú. Estudio social y político de una institución colonial*, Sevilla, Publicaciones de la Excm. Diputación Provincial de Sevilla, 1992, pág. 194.

el hijo mayor del cacique⁶²; la tercera ordenanza prohibía que los vecinos encomenderos entrasen en los pueblos de sus repartimientos y encomiendas sin expresa autorización del gobernador, proscripción que se fundaba en la experiencia de abusos y vejaciones que se habían producido cuando los españoles habían convivido con los indios⁶³. O en la sexta, que disponía que los corregidores redujeran a los indios a pueblos de indios para de esta manera viviesen «juntos y ordenados políticamente», ya que entendía Ruíz de Gamboa que de esta manera sería más fácil educarlos en la cultura española, «reformados al ser de hombres para que después tengan capacidad para recibir lumbre de cristianos», es decir, hacerlos primero hombres, y luego cristianos⁶⁴. Los corregidores, caciques y señores principales debían elegir el lugar en el cual poblarían, repartiendo solares y tierras para que construyesen sus casas, teniendo justamente el cuidado para encaminarlos en la vida política, de este modo viviría como hombres en paz, y los ampararían de quienes les hicieren daño. Ade-

62. Cfr. «Tasa y ordenanzas sobre los tributos de los indios, hechas por el gobernador Martín Ruíz de Gamboa. 7 de mayo de 1580», en Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., t. I, ordenanza I, pág. 50. En esta ordenanza no sólo está plasmado el espíritu protector hacia los indios, sino también la visión jerárquica de la sociedad, en este caso respetando las jerarquías de las sociedades indígenas, al excluir de los tributos al cacique y a su hijo mayor.

63. Cfr. ordenanza III, *ibid.*

64. Esta idea de la necesidad de «hacerlos primero hombres», es decir, que viviesen en pueblos a fin de adquirir las costumbres hispanas, para luego sí educarlos en la fe cristiana fue una idea muy extendida en el mundo hispano-indiano, entre otros la compartía Solórzano, cfr. Juan de SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, cit., lib. II, cap. XXIV, núm. 11; y también lib. II, cap. XXV, núm. 4 en el que cita al III Concilio Limense. Ya en 1572 el padre Bartolomé Hernández S.I. en carta dirigida al presidente del Consejo de Indias Juan Ovando afirmaba «primero es necesario que [los indios] sean hombres, que vivan políticamente, para hacerlos cristianos». «Carta al Consejo de Indias, Lima, 19 de abril de 1572», en Emilio LISSON CHAVES, *La Iglesia de España en el Perú*, Sevilla, 1943, t. II, pág. 602, citado en Pedro BORGES MORÁN, «Evangélicización y civilización en América», en *Doctrina cristiana y catecismo para instrucción de los Indios*, Corpus Hispanorum de Pace, núm. XXVI, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1986, pág. 232.

más se establecía que las autoridades debían procurar saber incluso las costumbres de los nativos para que fuesen guardadas, siempre que no fueran contra el derecho natural⁶⁵. Asimismo, debían velar por los enfermos, viudas y huérfanos, para que fuesen amparados, alimentados y curados, debiendo tener hospitales y casas para ellos⁶⁶.

El gobernador finalizaba la Tasa reafirmando que lo que él había hecho era tasar los tributos que los indios debían pagar como vasallos del rey, pero que de ninguna manera debían confundirse con el servicio personal, al que vedaba: «[...] acordé de tasarlos en que den alguna cosa de lo que ganaren con su trabajo, lo cual es tributo personal, pero no servicio personal y para que sean libres de los agravios que hasta aquí se les han pedido han recibido y recibieren y mando a los dichos vecinos encomenderos y cada uno y cualquier dellos no sean osados por sí ni por interpósitas personas, direte ni indirete, por causa ni color alguna de llevar cosa alguna ni ninguna más de lo que por mí está tasada [...]»⁶⁷.

Entrado el siglo XVII el Príncipe de Esquilache, Virrey del Perú, prohibía expresamente el servicio personal para todos los indios en el Reino de Chile y declaraba la libertad de los indios de dicho reino⁶⁸. La Tasa disponía que todos los indios de Chile fuesen encomendables, salvo los que expresamente fuesen exceptuados, ordenando que aque-

65. Cfr. «Tasa y ordenanzas sobre los tributos de los indios, hechas por el gobernador Martín Ruiz de Gamboa. 7 de mayo de 1580», en Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., ordenanza VI, t. I, págs. 51-52.

66. Cfr. *ibid.*

67. *Ibid.*, ordenanza XV, pág. 55.

68. Cfr. Cap. I, ordenanzas 1 y 2, «Tasa y ordenanza para el Reino de Chile hecha por don Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache, 28 de marzo de 1620», *ibid.*, pág. 72. «Luego de varias tentativas destinadas a suprimir el servicio personal, en marzo 28 de 1620 el príncipe de Esquilache, virrey del Perú, dictó un extenso reglamento o tasa que lleva su nombre. Este fue aprobado por el Rey en julio 17 de 1622, y promulgado en Chile el 28 de febrero de 1625 con las modificaciones introducidas por la corona». Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, «La reglamentación de las encomiendas en territorio argentino», en *Estudios de historia del derecho*, cit., t. II, pág. 144.

llos pagasen la tasa y tributo que se señalase, siendo obligados a tributar los indios que tuviesen entre 18 y 50 años⁶⁹. Quedaban exceptuados los indios que viniesen del Perú, Tucumán u otras partes, quienes aunque tuviesen edad de tributar «por justas causa» no lo harían, ya que se debía favorecer su libertad y podían servir a quien quisieren, siendo pagados como a los demás y pudiendo mudarse cuando desearan⁷⁰. También prohibía a los encomenderos que alquilasen los indios que tenían encomendados, ya que esta era una manera de introducir el «servicio personal y dominio injusto de los indios libres» como si fuesen esclavos⁷¹.

La Tasa de Esquilache fue aprobada por Felipe IV –de ahí que fuera conocida como Tasa Real– con algunas modificaciones, el 17 de julio de 1622. En ella el monarca volvía a reiterar la prohibición del servicio personal, declarando por personas libres de tal servicio a todos los indios de paz y guerra⁷². Estaban obligados a tributar los indios entre

69. Cfr. «Tasa y ordenanza para el Reino de Chile hecha por don Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache, 28 de marzo de 1620», en Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., cap. II, ordenanza 1, t. I, pág. 73.

70. Cfr. *ibid.*, cap. II, ordenanza 9, pág. 75.

71. Cfr. *ibid.*, cap. V, ordenanza 13, págs. 80-81.

72. «I. Primeramente, prohíbo el servicio personal que ha habido en el dicho reino de Chile. Y ordeno que de aquí adelante no le haya ni pueda haber, y declaro por nulos y de ningún efecto todos los títulos y derechos que han pretendido tener los españoles al dicho servicio por razón de encomienda, costumbre, prescripción o mandamientos de amparo que hasta aquí han dado gobernadores de aquellas provincias y por haberse poblado en sus chacras o estancias los indios y por haberles enseñado oficios, y por haberse criado y nacido en sus casas, o por haberlos cogido en la guerra antiguamente, o por haberlos trocado, y comprado o de otra cualquiera manera que sea, todos los cuales quedan por esta ordenanza anulados y de ningún valor. Y declaro por personas libres de tal servicio personal a todos los indios de paz y guerra, y mando sean tenido por tales, según y cómo por cédulas del Rey nuestro señor y padre (que santa gloria haya) está declarado [...]». «Ordenanzas hechas para el servicio de los indios de las provincias de Chile y que sean relevados del servicio personal. 17 de julio de 1622», *ibid.*, ordenanza 1, pág. 89.

18 y 50 años⁷³; exceptuaba a los caciques y sus hijos mayores⁷⁴, y a los indios forasteros venidos del Perú, Tucumán u otra provincia⁷⁵. Prohibía asimismo a los encomenderos que alquilasen a los indios que tenían de mita⁷⁶. Debemos resaltar que esta Tasa Real tuvo su origen en el derecho indiano provincial, ya que salvo algunas correcciones se limitó a confirmar lo dispuesto por el Virrey del Perú, siendo este uno de los tantos casos en que las leyes reales tuvieron su origen en las Indias⁷⁷.

Sin embargo, el gobernador de Chile don Pedro Osoreo de Ulloa manifestó al monarca las dificultades y perjuicios que se ocasionarían si se aplicaba la Tasa de Esquilache, debido a que, según el gobernador las personas que habían asesorado al Virrey no habían sido «tan inteligentes como era necesario». Por lo que Osoreo manifestó que se vio obligado a asesorarse con personas doctas y de gran experiencia, ya que parecía que la mayoría de las ordenanzas traerían gran dificultad y perjuicio tanto para los propios indios como para los españoles «[...] que es el fin a que se enderezan las dichas ordenanzas para mayor aumento en las labranzas y crianzas de ganado, sustento y conservación de ambas repúblicas, y carecen de lo referido por los encuentros e imposibles que en sí mismas contienen y por la incapacidad que de los dichos indios se conoce poca o ninguna entereza en el contrato que con ellos se hace, e informar a Su Majestad para adelante y proveer del remedio necesario en lo presente en la parte que viene remitida [...]»⁷⁸, por lo que mandó suspender la aplicación

73. Cfr. *ibid.*, ordenanza 8, págs. 91-92.

74. Cfr. *ibid.*, ordenanza 9, pág. 92.

75. Cfr. *ibid.*, ordenanza 16, págs. 93-94.

76. Cfr. *ibid.*, ordenanza 38, pág. 100.

77. Véase Alejandro AGÜERO, «Ley penal y cultura jurisdiccional. A propósito de una Real Cédula sobre armas cortas y su aplicación en Córdoba del Tucumán, segunda mitad del siglo XVIII», *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), núm. 35 (2007), págs. 13-45.

78. «Tasa y ordenanzas para el Reino de Chile, hechas por el Gobernador don Pedro Osoreo de Ulloa. 8 y 20 de diciembre de 1622», en Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., t. I, pág. 108.

de la Tasa del príncipe hasta tanto el rey, bien informado dispusiera otra cosa.

En las palabras del gobernador Osores vislumbramos ese concepto negativo sobre la condición del indio, ya que lo consideraba holgazán, concordante con lo expresado por Agía y Solórzano entre otros⁷⁹. Por otro lado matizaba ese concepto negativo con una mirada tutelar hacia el indígena, presente tanto en el fraile como en el jurista indiano, ya que destacaba la necesidad de tratarlos como a menores, y que se debía darles tutores para que los alimentasen y aliviasen su trabajo.

Un párrafo aparte merece la mención que Osores hace sobre la Tasa del Licenciado Santillán «[...] porque la experiencia mostraba ser la más importante en aquel tiempo para el aumento de los dichos indios, que hubiera estado muy bien si con esto les quitase el servicio personal, que con tan justo acuerdo se ha mandado borrar este nombre y pernicioso costumbre»⁸⁰. Vemos nuevamente la coincidencia en el rechazo al servicio personal, ya que entendía el gobernador que la falta de prohibición del servicio personal había sido la gran falencia de la Tasa pionera.

No obstante estas prohibiciones, el servicio personal se siguió practicando en el Reino de Chile, de ahí que el rey Felipe IV, mediante real cédula de fecha 14 de abril de 1633, mandara al gobernador don Francisco Laso de la Vega quitase el servicio personal a los indios de dicho reino, ya que iba en contra de la calidad de vasallos libres que tenían los nativos: «Bien sabéis que por muchas cédulas y

79. Matienzo compartía esta opinión cuando escribía: «Vista la ociosidad de los indios y su condición, y el daño que de ello se sigue, nadie dexará de creer y entender que es bien inclinables y compelelles al trabaxo, para que ocupados en algo, se olviden de los vicios a que son inclinados, porque la ociosidad es madre de todos vicios, mayormente en estas partes que tan poca razón tienen». JUAN DE MATIENZO, *Gobierno del Perú*, cit., pág. 19.

80. «Tasa y ordenanzas para el Reino de Chile, hechas por el Gobernador don Pedro Osores de Ulloa. 8 y 20 de diciembre de 1622», en Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., pág. 109.

ordenanzas mías y de los señores reyes mis progenitores se ha mandado que los indios naturales de esas provincias tengan y gocen de entera libertad y me sirvan como los demás vasallos libres de estos reinos y asimismo sabéis que por repugnar a esto el servicio personal en que en algunas partes lo han tasado en vez del tributo que pagan y deben pagar a sus encomenderos, está ordenado y mandado apretada y repetidamente que cese y se quite del todo el dicho servicio personal y se hagan tasas de los dichos tributos, reduciéndolos a dinero, trigo, maíz y yuca, gallinas [...] y porque sin embargo desto he sido informado que en esa provincia y en otras duran todavía los dichos servicios personales con graves daños y vejaciones de los indios pues los encomenderos con este título los tienen y tratan como a esclavos y aún peor y no los dejan gozar de su libertad ni acudir a sus sementeras, labranzas y granjerías, trayéndolos siempre ocupados en las suyas con codicia desordenada [...] os ordeno y mando, que luego que ésta recibáis tratéis de alzar y quitar precisa e inviolablemente el dicho servicio personal en cualquier parte y en cualquier forma que estuviere y se hallare entablado en esa provincia, persuadiendo y dando a entender a los dichos indios y encomenderos que esto les está bien y es lo que más le conviene y disponiéndolo con la mayor brevedad que fuere posible os juntaréis con el obispo, oficiales reales, prelados de las religiones y otras personas entendidas y desinteresadas de esa provincia y platicaréis y conferiréis en qué frutos, cosas y especies se pueden tasar y estimar cómodamente los tributos de los dichos indios que correspondan y equivalgan al interés que justa y legítimamente les pudiere importar el dicho servicio personal si no excedieren del uso y excepción y cobranzas dél [...]»⁸¹.

Felipe IV expresaba, conforme al discurso jurídico y a la opinión reiterada de los obispos de Chile, que la encomienda de servicio personal devenía en esclavitud, situación que se agravaba por que los

81. «Real cédula, 14-IV-1633, Madrid», incluida en «Tasa y ordenanzas que ha hecho don Francisco Laso de la Vega, Presidente, Gobernador y Capitán General del Reino de Chile, para el desagravio de los indios naturales del en virtud de cédula real de Su Majestad. 1635», *ibid.*, págs. 125-126.

encomenderos ni siquiera les dejaban tiempo a los indios para trabajar para sí y su familia, por lo cual una vez más se veía en la obligación de disponer la prohibición del servicio personal, reiteración que comprueba el flagrante incumplimiento que se hacía de las reales cédulas y ordenanzas que disponían el buen trato a los nativos.

Conforme a esta real cédula el gobernador Laso de la Vega dispuso la Tasa y ordenanzas que llevan su nombre. «[...] mando que la dicha real cédula que es conforme al capítulo primero de la Real Tasa se ejecute y guarde según y como S.M. lo manda en una y otra parte y en su ejecución y cumplimiento ordeno y mando que de aquí adelante en este reino no haya servicio personal de indios y se quite expresamente en todo y por todo según y como y en la forma que por dicha tasa [y] en otras ordenanzas se hallaba por la necesidad de la tierra permitido y entablado en cuanto no fuere contrario la última dicha cédula y estas ordenanzas y sus encomenderos sólo tengan derecho a cobrar de cada uno de los dichos indios diez pesos de a ocho reales que les señalo de tributo y no más el cual hayan de pagar los dichos indios en la forma que irá declarado guardando las ordenanzas de la Real Tasa como Su Majestad lo tiene mandado ejecutar [...]»⁸².

En esta Tasa encontramos una vez más plasmado el discurso jurídico imperante en torno a la prohibición del servicio personal, resaltando la calidad de vasallos libres de los indios en un pie de igualdad con los españoles, que debían ser doctrinados en el catolicismo, amparados y teniendo los encomenderos como único derecho el cobro del tributo⁸³.

82. *Ibid.*, pág. 127.

83. «[I]. Primeramente ordeno y mando que todos los indios así de pueblos como los que conforme a la Real Tasa están acimentados, rancheados y naturalizados en las estancias, chácaras y casas de españoles o en otra cualquier parte y los yanacunas y beliches que al presente se hallan y adelante se hallaren en este reino, ciudades y partidos del goce de la gracia, merced y entera libertad que S.M. con su acostumbrada clemencia les ha concedido quitándoles el dicho servicio personal y que sean tratados, habidos y tenidos comúnmente reputados como los demás vasallos libres que Su Majestad tiene en este reino y los de España sin que sus encomenderos tengan contra ellos más derecho que para cobrar

Todas estas leyes⁸⁴, eran verdadero derecho indiano provincial, al ser dictadas por las propias autoridades indianas para ser aplicadas en todo el Reino de Chile.

4. Articulación práctica del discurso jurídico sobre servicio personal y aplicación del derecho indiano provincial y local en la ciudad de Mendoza

Hemos visto que el derecho indiano provincial y local del Reino de Chile, y consecuentemente se aplicaba a Mendoza, prohibía el servicio personal, lo que coincidía con la opinión de las máximas autoridades eclesiásticas de Chile y del discurso jurídico. Sin embargo, ciertas circunstancias, a saber: la carencia de mano de obra allende los Andes, el poderío del grupo encomendero de Santiago de Chile, la residencia de muchos encomenderos de Mendoza en Chile, la po-

el dicho tributo en los frutos y géneros y especies que irán declarados», *ibid.*, pág. 127. «[III]. Item, ordeno y mando a todos los vecinos encomenderos deste reino y provincias a él sujetas de cualquier estado y condición que sean que se sirvieran de indios los traten como a vasallos de Su Majestad y personas libres así a los indios como a las indias sin hacerles malos tratamientos ni castigarlos en manera alguna pues cuando cometieren algunos delitos los castigarán las justicias con conocimiento de la causa y delito que hubieren cometido procurando en todo su buen tratamiento y que sean doctrinados e industriados en nuestra santa fe católica y buena pulcía cristiana sin hacerlos trabajar los domingos y fiestas ni de noche ni en las curtidurías en tiempo de invierno pena de que serán gravemente castigados lo contrario haciendo y que por la primera vez pierdan el tributo del indio por tres años y la sigunda de todo punto y que se pueda ir a servir libremente a la parte donde quisiere y mando a las justicias y corregidores de partidos tengan cuidado de ejecutar y cumplir esta ordenanza en todo y por todo de cuyo cumplimiento se les haga grave cargo en sus residencias», *ibid.*, pág. 128.

84. Utilizamos el término ley en un sentido amplio. «De la voz ley rezumaba una noción más amplia, equivalente al conjunto de normas escritas que fundamentaban el orden social», dice Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Causismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pág. 510.

breza de la región de Cuyo, fueron una constante amenaza para el cumplimiento de las ordenanzas, reales cédulas y leyes que prohibían el servicio personal de los indios y el consiguiente traslado de los huarpes hacia Chile⁸⁵. Estas circunstancias pueden llegar a hacernos pensar que estaríamos ante situaciones que forzaban el incumplimiento del derecho, y que en última instancia llevaban a que las autoridades locales violaran el orden jurídico; sin embargo no podemos dejar de resaltar que las autoridades locales, en este caso el Cabildo de Mendoza, tenían *iurisdictio*, es decir, la facultad de decir el derecho, ya fuese a través de una norma general o de la declaración en el caso concreto. Lo que presupone la existencia del derecho, quien tenía *iurisdictio* no creaba el derecho, lo descubría, lo declaraba⁸⁶.

85. «Ordenamos, que el tercio de indios de la otra parte de la Cordillera; ciudades de Mendoza, San Juan y San Luis de Loyola y sus términos, no pase más á servir de mita de esta parte de la Cordillera, y que á los indios que se hallaren de esta parte, ningun encomendero los detenga con violencia, antes los deje volver libremente a sus tierras y no se les señale tercio, porque donde tienen su vecindad sirvan de mita en labranza y crianza, y no los alquilen a otras personas ni expongan al peligro y trabajo de pasar la ordillera nevada con mugeres é hijos, y que asi se cumpla puntualmente, pena de que la primera vez que los pasaren ó violentaren, ó á alguno de ellos para que no se vuelvan, pierdan los encomenderos el tributo de aquel año [...], y la segunda vez quedan desde luego por esta ley vacos los indios que podrá encomendar el gobernador sin dilacion á quien deba conforme á derecho». *Recopilación de Indias*, lib. VI, tit. XVI, ley 35. Concordante con «Tasa y ordenanza para el Reino de Chile hecha por don Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache, 28 de marzo de 1620», en Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., cap. V, ordenanza 15, t. I, pág. 81; «Ordenanzas hechas para el servicio de los indios de las provincias de Chile y que sean relevados del servicio personal. 17 de julio de 1622», *ibid.*, ordenanza 40, pág. 100.

86. «Iurisdictio es, en sentido restringido, la función de juzgar propia del juez ordinario, pero –también y sobre todo– algo más elevado y más complejo: es el poder de aquel –persona física o jurídica– que tiene una posición de autonomía respecto a los súbditos; y no se trata de este o aquel poder (con una visión espasmódicamente fragmentaria que existe entre nosotros, los modernos, pero que no existía entre los medievales), sino más bien una síntesis de poderes que no inspira el temor de verse condensada en un único sujeto. Con esta advertencia

Dentro de la cultura jurídica indiana, heredera del *ius commune*⁸⁷, estaba presente la idea del derecho como orden a descubrir, y no cómo un simple ordenamiento legal. Por lo cual las decisiones que tomaba la institución capitular debían entenderse dentro de esta cosmogonía⁸⁸, y por lo tanto sus decisiones en la medida que fuesen justas, atendiendo las particularidades del caso⁸⁹, aunque se separasen

fundamental: que en aquella síntesis de poderes de la función emergente y tipificadora es la de juzgar: se es príncipe porque se es juez, juez supremo. Ahora bien, si existe un concepto lógicamente extraño a la iurisdicción es la creación del Derecho: “decir” el Derecho significa presuponerlo ya creado y formado, significa explicitarlo, hacerlo manifiesto, aplicarlo, no crearlo». Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 140-141. Cfr. Alejandro AGÜERO, «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», en Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CDJ, núm. VI (2006), págs. 31-32.

87. El orden jurídico medieval de la baja edad media, y que subsistirá aún en la moderna está atravesado por el derecho común o *ius commune*, heredero del derecho romano, que se gestó en las universidades europeas a partir del siglo XI, pero fundamentalmente del XII y pronto se extendió por toda la cristiandad. Para este tema véase Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, cit.; Manlio BELLOMO, *La Europa del derecho común*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996; Antonio Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos, 2002; sobre la recepción del *ius commune* en Hispanoamérica: Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989; respecto de la pluralidad de ordenamientos jurídicos en la cultura del *ius commune*: Jesús VALLEJO, «El cáliz de plata: Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del *ius commune*», *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), núm. 38 (2009), [en línea-citado 2012-03-06]: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842009000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1853-1784.

88. Véase Alejandro AGÜERO, «Ciudad y poder político en el Antiguo Régimen. La tradición castellana», *Cuadernos de Historia* (Córdoba, Argentina), núm. 15 (2005), págs. 237-310.

89. Es lo que se conocía como casuismo, es decir, aquella concepción jurídica en la que no se buscaba alcanzar soluciones abstractas y universales, sino por lo contrario la solución justa para cada caso concreto. Para el casuismo es de lectura obligada la mencionada obra de Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit.

de lo dispuesto por las normas reales o provinciales, eran derecho, en este caso derecho local.

El Cabildo mendocino, si bien se opuso a la práctica del traslado de naturales de Mendoza a Chile, en diversas oportunidades con distintos argumentos, que se encuadran dentro del discurso jurídico que hemos desarrollado, otras veces autorizó sendos traslados, fundándose en argumentos que coincidían con el discurso jurídico referido, lo que implicó una manifestación del derecho local. A continuación analizaremos algunos casos:

El primero de ellos data del 18 de enero de 1631, cuando el cuerpo capitular al tener noticias que se aproximaba una persona desde Santiago de Chile, con una comisión del gobernador Laso de la Vega para llevarse indios para la capital del Reino «con color de aser taxamar», dispuso se escribiese al licenciado Segura, abogado de la Real Audiencia, a fin de que hiciese las diligencias necesarias para «estorbarlo con los señores de la rreal audi.a», por ser necesarios los indios para hacer un tajamar en Mendoza, puesto que la ciudad corría el riesgo de ser llevada por las crecientes de agua⁹⁰.

Quien venía con estas instrucciones era el capitán Pedro de Zárate Bello, quien compareció ante el cabildo mendocino el 22 de febrero de 1631. Los capitulares lo tuvieron por presentado, pero en cuanto a su cumplimiento dijeron que «[...] se bera lo que se puede aser en serbi. de se mag.d y auidos a lo que se le pidio por el dicho capitán luis de contreras. por decreto. y comision que para la saca dellos tiene y quedo enesto para oy en todo el dia [...]»⁹¹. No hay constancia de lo que efectivamente sucedió, es decir, si Zárate Bello llevó o no indios a Chile, sin embargo lo importante aquí es destacar cómo el Cabildo utilizó el argumento de la necesidad de la ciudad, en este caso de realizar un tajamar para condicionar el cumplimiento de la orden de un superior.

90. Cfr. *Actas capitulares de Mendoza* (en adelante *ACM*). Años 1627 a 1650, Mendoza, Junta de Estudios Históricos de Mendoza, 1961, t. II, págs. 151-152.

91. *Ibid.*, pág. 155.

Asimismo resaltamos cómo los capitulares pusieron en primer lugar la necesidad local por sobre la de la capital del Reino, que también invocaba la realización de similar obra allá. En definitiva se hizo pesar más el Bien común local que el provincial, o el de la capital del Reino.

El problema del incumplimiento de la prohibición del servicio personal y el consiguiente traslado de los nativos al occidente de la cordillera siguió durante el siglo XVII con avances y retrocesos, no siendo homogéneo la utilización de los argumentos del discurso jurídico, y/o la aplicación de las normas del derecho provincial indiano y las soluciones adoptadas; es decir, si bien en ocasiones, como en el caso arriba señalado, se esgrimió la necesidad del trabajo indígena para realizar una obra esencial para la subsistencia de la ciudad, causa que según los juristas facultaba la compulsión al trabajo, sin que por eso perdieran la condición de hombres libres, ya que primaba el bien común por sobre el particular; otras veces, en cambio, se esgrimió el derecho indiano provincial, o el bienestar de los naturales para el incumplimiento de una orden de las más altas autoridades del Reino.

En este sentido el 17 de marzo de 1644 el Cabildo suplicó al maestro de campo don Luis de Toro Masote no usase del oficio de protector general de la provincia de Cuyo por estarle prohibido, ya que era vecino encomendero y tenía trato de carretas, el cual se sustentaba necesariamente con el trabajo de indios y mal podía ser protector de ellos cuando «de su sudor y sangre a de sacar sus intereses»⁹². Al presentar Luis de Toro el poder de protector general, los capitulares dispusieron que no utilizase dicho poder hasta que la Real Audiencia informase otra cosa, y teniendo en cuenta que el corregidor Juan de la Guardia Berverena, justicia mayor, estaba realizando la visita a estas tierras, ejerciendo el oficio de protector, amparando a los naturales y haciendo que se les pagase lo que se les debía como nunca antes se había hecho, solicitaron que se relevase a esta provincia de protectores, ya que dicho oficio lo estaban cumpliendo correctamente los corregidores⁹³.

92. *Ibid.*, pág. 196.

93. *Ibid.*, págs. 199-200.

Posteriormente Gabriel Niño de Cepeda, procurador general de la ciudad de Mendoza, solicitó que no se recibiese a don Ramiro Campofrío de Caravajal como protector general por suceder lo mismo que con don Luis de Toro Masote⁹⁴, y agregaba que además «[...] viene a sacar jente para santiago de Chile lo qual esta prohibido y con mano de vecinos y protetor podra haber en este caso molestias yrreparables a los dhos yndios y dano grande a esta provincia Llevandose los pocos naturales que ya an quedado en ella por todo lo qual a V SS.a pido y sup.co no se rresiva por tal protetor al dho Don rramiro y se le notifique y mande con graves penas no saque de yndios de esta provincia para parte ninguna ni vaya a las Lagunas aunque sea con color de ver y visitar sus indios porque no es sino para llevarlos a Santiago lo qual no se debe permitir por las rraçones alegadas pido justicia y en lo necesario [...]»⁹⁵.

Tanto en este caso como en el de Toro de Masote encontramos invocado el bienestar de los naturales e implícitamente el cumplimiento del derecho indiano provincial, para no recibirlos como protectores. Con resoluciones distintas a largo plazo, ya que en el caso de Toro de Masote no se le recibió en el cargo, mientras que en el caso de Ramiro de Carvajal, si bien no hay constancia en el acta referida de que el Cabildo se haya expedido sobre la petición de Gabriel Niño de Cepeda⁹⁶, por lo cual podemos deducir que en un principio no se lo habría admitido como protector, sin embargo, al año siguiente, encontramos a Ramiro de Caravajal actuando como protector de naturales⁹⁷.

En marzo de 1645 compareció ante el Cabildo, Justicia y Regimiento de la ciudad de Mendoza fray Fulgencio de Orta, agustino, con una provisión del marqués de Baydes, gobernador y capitán ge-

94. Debemos remarcar que ambas presentaciones fueron en marzo de 1644, con muy pocos días de diferencia, aunque no nos queda claro el día de la oposición a Ramiro Campofrío de Carvajal. *Ibid.*, págs. 196 y 204.

95. *Ibid.*, pág. 204.

96. Cfr. *ibid.*, págs. 204-207.

97. Cfr. *ibid.*, pág. 266.

neral del reino de Chile⁹⁸. En ella el marqués solicitaba a los capitulares mendocinos que permitiesen al citado fraile llevar indios para construir el convento de su orden en Santiago. Dicha provisión había sido originada en un memorial presentado al gobernador por el maestro fray Juan de Toro Masote, padre de la Orden de San Agustín en esa provincia, en el cual solicitaba licencia para traer indios de la provincia de Cuyo. El motivo de esta solicitud era que su orden estaba edificando una iglesia y no se encontraban peones y obreros por faltar indios en Santiago de Chile y sus términos. La solución que proponía a esta carencia era traer indígenas del otro lado de la cordillera, como otras veces se había realizado, lo que sería «[...] seruy de dios nro Sr y prouecho de las almas de dichos yndios por las buenas costumbres enseñaça y doctrina en que les imponen de que estan destituidos en sus tierras donde se crian barbaramente sin pulicia ni conocimtyo de dios [...]»⁹⁹. Por lo que solicitaba se le concediera licencia para traer entre veinticuatro y treinta indios para realizar la obra, previo permiso de sus encomenderos, y que a los indios además del bien espiritual que obtendrían, les pagarían lo establecido en las reales tasas¹⁰⁰. Podemos ver cómo el agustino destacaba en primer lugar el servicio a Dios que se iba a realizar al poder construir la iglesia, lo que era totalmente coherente no sólo con la investidura de Toro Masote sino con la cultura de la época, en la que Dios era el centro y fin último de las obras de los hombres; en segundo lugar destacaba el provecho para las almas de los propios indios, ya que según él en sus tierras vivían bárbaramente, sin policía ni conocimiento de Dios; y en tercer lugar que se cumpliría con el derecho indiano provincial, al hacer referencia a que se pagaría a los indios lo que estaba determinado en las tasas y ordenanzas.

Posteriormente, se corrió vista de esta petición a los «SSes fiscales de su magd y fiscal protector de los naturales». Éste último en su dictamen reconocía que la «saca de naturales» de la provincia de Cuyo

98. Cfr. *ibid.*, págs. 265-271.

99. *Ibid.*, pág. 266.

100. Cfr. *ibid.*

estaba prohibida por la Real Tasa y ordenanzas¹⁰¹, debido al daño que ocasionaba a los indígenas; pero también señaló que la Real Audiencia había concedido licencia para que los indios cuyanos se alquilasen por tres años para el carretaje de las provincias de Tucumán y Buenos Aires, en cuya actividad caminaban más de trescientas leguas de ida y de vuelta. Argumentó que, teniendo en cuenta que en dicha provincia vivían sin enseñanza y sin doctrina, considerando la necesidad de hacer la iglesia de San Agustín, que el capítulo final de la tasa del príncipe disponía que se proveyesen indios para la construcción de iglesias¹⁰² y considerando que vivían en Santiago vecinos de Cuyo¹⁰³, aceptó que se despachase provisión, requiriendo se trajesen de la provincia de Cuyo quince indios por el tiempo de seis años, mudándose por mitas cada año, con la obligación de que se les pagase en su presencia¹⁰⁴.

Con los dictámenes de los fiscales –protector de indios y fiscal de su majestad¹⁰⁵– y «[...] atento a que me consta la necesidad del

101. Cfr. «Tasa y ordenanza para el Reino de Chile hecha por don Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache, 28 de marzo de 1620», en Álvaro JARA, *Fuentes para la historia...*, cit., cap. V, ordenanza 15, t. I, pág. 81; «Ordenanzas hechas para el servicio de los indios de las provincias de Chile y que sean relevados del servicio personal. 17 de julio de 1622», *ibid.*, ordenanza 40, pág. 100.

102. Cfr. «Tasa y ordenanza para el Reino de Chile hecha por don Francisco de Borja, Príncipe de Esquilache, 28 de marzo de 1620», *ibid.*, cap. X, ordenanza 3, pág. 88, y cfr. también «Ordenanzas hechas para el servicio de los indios de las provincias de Chile y que sean relevados del servicio personal. 17 de julio de 1622», *ibid.*, ordenanza 71, pág. 107.

103. Entre 1630 y 1650 de aproximadamente 39 encomenderos de indios huarpes, 20 residían en Santiago de Chile, cfr. María del Rosario PRIETO NARDI, «Formación y consolidación de una sociedad en un área marginal del Reino de Chile: la provincia de Cuyo en el siglo XVII», *Anales de Arqueología y Etnología* (Mendoza), núm. 52-53 (1997-1998), pág. 141.

104. Cfr. *ACM*, t. II, págs. 267-268.

105. «El fiscal de su magd dice que a visto este pedimto del pe m° fr. Ju° de toro y recaudo que con el pressta y lo que responde en la oja de enfrente El sr fiscal protector de los yndios y atendiendo a la necesidad y a la Causa publica con su vista podra VSa probeer lo que fuere justa tal qual pide [...]», *ibid.*, pág. 268.

dicho Comvto y ser “del” (testado) obra tan pia y del seruy de diso nro Sr y de su magd El acudir a la fabrica de su iglesia [...]»¹⁰⁶, el gobernador mandó se despachase la provisión autorizando que se trajeran de Cuyo quince indios. Finalmente la petición fue confirmada por el cabildo¹⁰⁷. Hemos visto cómo si bien hay un reconocimiento expreso de la prohibición de trasladar a los huarpes de Cuyo a Chile por parte de las distintas tasas y ordenanzas, que constituían lo que entendemos por derecho indiano provincial; mas la necesidad del trabajo indígena para realizar una obra que en definitiva se hacía en «[...] seruy de dios nro Sr y prouecho de las almas de dichos indios [...]» fue determinante para autorizar la petición.

Es de destacar que en este caso se requirió un triple consentimiento: el del cabildo de Mendoza, del encomendero y de los indios que fueron de mita¹⁰⁸, para permitir la saca de indios; y además encontramos los distintos argumentos del discurso jurídico que justificaban la compulsión al trabajo de los indios: en primer lugar la necesidad de llevar a cabo una obra pia como la construcción del convento era necesaria y útil para todo el Reino con lo cual estaríamos en presencia de las condiciones segunda y octava que establecía Solórzano; así mismo, el bien que obtendrían los indios al ser doctrinados en la fe católica, lo que no ocurría en sus tierras se estaría cumpliendo con la condición novena. Al determinarse el cambio por mita cada año y que se pagase conforme a las tasas, se estaría cumpliendo con las condiciones primera y sexta, y con el derecho indiano provincial. En principio se había cumplido con la cuarta condición, ya que de la lista de los diez indios que finalmente fueron a Santiago no figuran mujeres y, al menos, no se señala que fuesen niños ni ancianos. El cumplimiento de la séptima no surge expresamente, pero uno creería que los frailes agustinos y el protector de naturales de

106. *Ibid.*, pág. 269.

107. Cfr. *ibid.*, pág. 271. La lista de los indios que fueron a Santiago, solamente diez, entre ellos un cacique, figura en: *ibid.*, pág. 275.

108. Cfr. *ibid.*, págs. 265, 266, 270, 271 y 275.

Santiago se encargarían de que los indios encontraran precios justos para su comida y demás gastos. Las condiciones tres y cinco son las que en definitiva fueron exceptuadas en aras del bien superior de la Iglesia que redundaba en el Reino de Chile, ya que la construcción del convento era en definitiva un servicio a Dios y del bien particular de los propios indios, que se beneficiarían al ser educados en policía y doctrinados en el evangelio.

Por lo dicho el Cabildo de Mendoza tomó una decisión conforme a derecho, aunque fuese en contra de lo dispuesto por las tasas y ordenanzas, ya que coincidía con el discurso jurídico y la concepción jurídica de la época, en el que el Bien Común de la República debía primar sobre los bienes particulares, en la medida que no fuesen injustos, por lo que podemos afirmar que el Cabildo en uso de su *iusdictio* estaba declarando el derecho para el caso particular. O en otros términos que el derecho indiano local primó ante el derecho indiano provincial.

Otro ejemplo que podemos mencionar data de fecha 3 de marzo de 1646, cuando Sebastián de Chávez y Vargas, procurador general de la ciudad de Mendoza, presentó una petición ante el cabildo con el objeto de que se prohibiese la entrada de Diego de Rosas a la jurisdicción mendocina debido a que venía a llevarse indios a Santiago. Es interesante el contenido del petitorio ya que de él surge que Chávez hizo hincapié en el daño que la extracción de huarpes reportaría a la ciudad y a los vecinos, pero no mencionó ni el interés de los nativos, ni la lesión al orden jurídico: «Sebastian De chaues y Vargas Procurador general desta ciud de mendosa Paresco ante VSSa y digo que a mi notisia a benido como diego de Rosas no viene a otra cosa sino a saxar indios desta ciud Para la de Santiago de chile como lo tiene echo otras beses de que es grandaño desta ciud por tanto-AVSSa Pido y suplico mande poner Remedio en esto y que el dho diego de Rosas se baya de la ciud Poniendole graues penas y que no saque indio ninguno ni tampoco benga a esta ciud por que solo viene a sacar dhos indios deque hace gran daño a los vesinos pido jusa y lo n Sa SSan De chaues y Vargas»¹⁰⁹. Esta impetración fue aprobada

109. *Ibid.*, pág. 333.

por los capitulares, y notificado el auto a Diego de Rosas el mismo día¹¹⁰.

Aquí el argumento varía, no se hizo hincapié en el daño a los indígenas, ni en la violación al derecho indiano provincial ni local, sino en el perjuicio a los vecinos que la quita de indios provocaría, motivo totalmente descartado y censurado por los juristas para justificar los servicios personales. Asimismo se introdujo, a contrario *sensu*, el argumento de la necesidad de la ciudad al aludir al gran daño que se le acarrearía a ella, en el que se incluía el bien de los indios, ya que, como hemos desarrollado, estos formaban parte de la misma.

Posteriormente, el 20 de octubre de 1646, Chávez y Vargas puso en conocimiento que se estaban llevando indios y chinas con las carretas de vino, algunos de los cuales eran trasladados a Chile; requirió que se aplicasen penas. La petición fue finalmente aprobada por el Cabildo¹¹¹. Nos interesa, una vez más, el contenido del petitorio ya que no hace referencia expresa ni al derecho indiano provincial ni local, ni tampoco al bien de los naturales, sin embargo se puede interpretar que implícitamente estaban presentes al manifestar el bien de la República, es decir, de la ciudad; pero aparece nuevamente el argumento del daño que ocasionaría a los vecinos; razón que, como hemos expresado, era rechazada por los juristas para justificar el uso de coacción sobre los indios para que sirvieran¹¹².

110. Cfr. *ibid.*, pág. 334.

111. Cfr. *ibid.*, págs. 354-355.

112. Similares argumentos esgrimió, el 25 de febrero de 1645, ante el cabildo de Mendoza don Pedro de Fuentes Pabon, vecino morador de la ciudad, al quejarse porque el general Luis Lopes Gallardo, corregidor y justicia mayor de la provincia de Cuyo, le había quitado dos indios de su servicio para ir a trabajar a las minas de Canota, «[...] usando lo mesmo con los demas besinos ques en grande perjuisio mio y desta dha sivdad quitar le serbisio para cosas tan dudosas Como son las dhas minas pues amas de sinco años se continua este susidio sin que dello resulte probecho a su magestad ninguno ni a otra persona antes an serbido de muchos menos cabos y gastos a muchas personas y cavsa aVyentarseme la genente (sic) de mi serbisio y para que esta bejasion tenga remedio conbiene se de bos y notisia al procurador general desta dicha siVdad [...]», *ibid.*, pág. 264.

También es de interés un pleito seguido por don Antonio Moyano Cornejo y su hermano el visitador don Pedro Moyano Cornejo en contra del corregidor don Martín de Maguna y del cabildo de Mendoza, como causantes de la pérdida de ganado que aquellos habían internado en la cordillera para llevarlo a Chile. El juicio se inició en 1655, pero a partir de 1659 el expediente se encuentra incompleto¹¹³. Los actores habían contratado con el gobernador de Chile y los jueces reales del Obispado de la Imperial, el traslado desde la jurisdicción de Mendoza de unas cuatro mil vacas para el sustento de los hombres de guerra. Arguyeron que habían obtenido licencia del corregidor de Cuyo, el mencionado Maguna, para llevar indios de los pueblos para conducir el ganado, y que con ese fin habían contratado doce. Según los accionantes, el corregidor temiendo que a Antonio Moyano Cornejo lo nombrasen corregidor de Cuyo, acordó con los capitulares de Mendoza quitarles los indios, cuando ya estaban al pie de la cordillera con el ganado; para tal fin azotaron a los indios dispersándolos, asimismo Maguna puso todo tipo de obstáculos con el objeto de que transcurriese el tiempo hábil para cruzar la cordillera. Cuando llevaron a cabo el cruce fueron sorprendidos por una nevada en la que perecieron tres mil cabezas de ganado y dos españoles, quedando los indios «muy estropeados». Por lo que pidieron a la Real Audiencia aplicase una multa de diez mil pesos al corregidor Maguna y al cabildo de Mendoza¹¹⁴.

La defensa de Maguna alegó «[...] que su parte como Corregidor cumplió con el Gobierno dando a Moyano doce indios, pero que eso de dejarlos pasar a Chile era desnaturalizarlos, lo que está prohibido por la R. A [...]»¹¹⁵. En esta invocación a una prohibición de la Real Audiencia de Santiago de Chile encontramos una clara referencia al derecho indiano provincial. A partir de esa alusión al derecho

113. Cfr. Juan Luis ESPEJO, *La provincia de Cuyo del Reino de Chile*, Santiago de Chile, Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1954, t. I, págs. 177-189.

114. Cfr. *ibid.*, pág. 178.

115. *Ibid.*, pág. 180.

indiano provincial es que el eje la argumentación defensiva giró en torno al cumplimiento del derecho indiano provincial y del bienestar de los nativos y al cumplimiento, lo cuales postergaban los motivos económicos que pudiesen invocar los Moyano Cornejo.

Alonso de Bernal del Mercado, en nombre de Moyano Cornejo, respondió que todos los años pasaban indios a Tucumán y Buenos Aires sin ponerles obstáculos¹¹⁶. Entre las preguntas que aparecen en el pliego interrogatorio, presentado por la parte actora para interrogar a los testigos, figura la siguiente: «8) Si D. Martín de Maguna y los capitulares enviaban al Tucumán sus carretas con indios no obstante las prohibiciones, y en especial dicho Maguna que tiene comercio de vino con Buenos Aires»¹¹⁷. De las testimoniales relacionadas a la saca de indios, destacamos la del general Luis Molina Parraguez, quien afirmó que veinte días después que Maguna hubiese negado la licencia para que los indios contratados por los Moyano Cornejo pudiesen salir de la jurisdicción de Mendoza, fletó veinticinco carretas para Tucumán y Buenos Aires y lo propio hizo Carvajal. Asimismo el testimonio del capitán Sebastián Chavez y Vargas confirmó que Maguna tenía comercio de vinos con Buenos Aires y que usaba a los indígenas para tal fin¹¹⁸. Desgraciadamente, como adelantáramos, el expediente está trunco por lo que no podemos saber cómo terminó el juicio, sin embargo, permite constatar la invocación del cumplimiento del derecho indiano provincial para negar la salida de indios del territorio mendocino y cómo se contrastaba con la realidad, en la que aparentemente se estaba permitiendo la práctica ilegal de la saca de indios, en este caso hacia Tucumán y Buenos Aires.

Para concluir el tema daremos un ejemplo en el que reaparece el interés de los nativos como motivo para impedir que se los llevaran a trabajar a un lugar distinto del de su origen: «[...] el ProCurador general de esta Ciudad alferes Pedro Gomez pardo propuso que mu-

116. Cfr. *ibid.*, pág. 181.

117. *Ibid.*, pág. 182.

118. Cfr. *ibid.*, pág. 183.

chas Personas que son Veçinos encomenderos de esta Ciudad passan a la Ciudad de Santiago de chille Con bacas y se lleuan los yndios de esta Prouincia desnaturalisando Los de Ella y que es en graue daño dellos y asi Pide Su sseñoria Ponga El remedio Combeniente para que dichos indios buelban a su natural pueblo= y en essa Consideracion Este aiuntamiento da Comicion al alguaçil mayor de esta Ciudad alferez miguel busto de lara Para que notifique a las Personas que estan Para sacar bacas que Pena de sinquenta pesos traiga los indios que lleua ante este Cauildo para que se sepan sus nombres y asi mesmo de fiansas de boluerlos a su pueblo y natural con adbertencia que an de ir Sin muger ni hijos [...]»¹¹⁹.

A pesar de que Gómez Pardo invocó el perjuicio que se les provocaba a los naturales de Mendoza al trasladarlos de sus tierras, ya que implicaba su desnaturalización, alejándolos del lugar de su residencia, el cabildo tomó una solución intermedia, pues no prohibió la salida de los nativos sino que exigió que se los registrase e impuso la obligación de devolverlos a su pueblo una vez terminado el turno, pero prohibiendo que fuesen mujeres y menores.

5. Conclusiones

A lo largo del trabajo hemos podido observar una continuidad entre el discurso jurídico y el derecho indiano provincial y local al condenar sistemáticamente la encomienda de servicio personal, que además coincidía con el pensamiento de los obispos chilenos. Sin embargo esta prohibición debe ser leída dentro del marco de una cultura jurídica mucho más compleja que la positivista codificadora, en la cual el derecho no implicaba solamente el cumplimiento de las normas escritas, sino que el derecho debía ser descubierto por el hombre dentro de un orden dado por Dios, y de esta manera alcanzar la justicia.

Dentro de esta cultura jurídica la compulsión para que los indios trabajasen se fundaba en una concepción organicista de la sociedad;

119. *ACM*, t. III, pág. 326.

en la que se consideraba la necesidad del trabajo de todos sus miembros y de sus distintas tareas. En este contexto se daba primacía al bien común de la República indiana, mixta de indios y españoles, por sobre el bien particular de las personas, en este caso de los indígenas. La idea central era que el bien común redundaría en el bien particular de los indios, como integrantes de aquélla. No obstante, el discurso jurídico muchas veces fue manipulado en el beneficio mezquino de los españoles, burlando las aspiraciones de justicia.

En el caso concreto de Mendoza y en relación al mantenimiento del servicio personal en la práctica y el consiguiente traslado de indios a Chile a nuestros ojos positivistas puede parecernos que habría implicado el divorcio entre teoría y realidad, entre leyes y costumbres, y que se habría puesto a la práctica por sobre los fines tuitivos de la legislación indiana. Al producirse el reconocimiento de una situación de hecho, coadyuvado por la conjunción de diferentes factores e intereses (pobreza de la tierra, la escasez de mano de obra, la guerra de Arauco, la presión de los encomenderos para obtener mayores beneficios, entre otros), creándose un conflicto entre las disposiciones de la Corona y de las más altas autoridades indianas y las resoluciones tomadas por los gobernantes locales. De esta manera se habría antepuesto a la justicia de la legislación indiana, en atención a la protección del indígena, las prácticas toleradas y aún reconocidas por las autoridades vernáculas que habrían favorecido de hecho a los encomenderos, derivando según las autoridades eclesiásticas y reales, juristas y teólogos, en esclavitud, a contra pelo de lo que debería ser la encomienda. Luego, podríamos hablar de una frustración de los fines del orden jurídico imperante: en este caso el primordial interés de los nativos.

Sin embargo este tipo de afirmaciones debe ser matizada, teniendo en cuenta que, como hemos visto, no resulta acorde al pensamiento de la época, en el cuál se le daba primacía al bien común de la República por sobre el bien particular, en este caso de los nativos, y que las autoridades locales en uso de su *iurisdictione* habrían declarado el derecho, desviándose de lo dispuesto por el derecho indiano general o provincial para hacer valer las necesidades locales, y por

lo tanto el derecho indiano local se distinguía, según los casos, del general o provincial. Lo que no significa que muchas veces se haya abusado de esta primacía para satisfacer intereses mezquinos, burlando a la justicia. Pero lo que sucedió en el plano de la práctica, aunque haya nulificado muchas veces las aspiraciones de justicia, no desfigura lo dispuesto en el plano de los fines del derecho indiano.