

EDUARDO CEBREIROS ÁLVAREZ

## La condición jurídica de los indios y el derecho común: un ejemplo del “favor protectionis”

### 1. *Introducción*

No hace mucho, el profesor Manlio Bellomo invitaba a la comunidad científica a participar en un proyecto que tenía como fin el análisis del derecho indiano bajo el prisma del sistema del derecho común<sup>1</sup>. En la búsqueda de poder extraer ideas o principios generales, el maestro dirige su mirada hacia la figura o concepto del *favor*, que considera ampliamente implantado en el esquema jurídico indiano, proponiendo su estudio en varias de las concreciones del mismo. Una primera puesta en práctica del proyecto planteado ha sido realizada de forma espléndida por mi maestra, la profesora Montanos Ferrín, quien analiza la institución del mayorazgo indiano como plasmación del principio del *favor maioris aetatis*<sup>2</sup>. Qué mejor forma de participar en este homenaje al profesor Bellomo que desarrollar otra perspectiva de su proyecto, en este caso el *favor protectionis* que se manifiesta en los indios por su inclusión dentro del grupo de personas miserables.

\* Este artículo constituye el resultado final de una investigación llevada a cabo durante mi estancia en la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile bajo la dirección del profesor Javier Barrientos Grandon. Sin su colaboración y sabias aclaraciones este trabajo no hubiera sido posible, por lo que deseo expresarle públicamente mi gratitud.

<sup>1</sup> M. Bellomo, ‘I fondamenti ideali del diritto privato indiano nell’opera dei giuristi d’Antico Regime. Linee di un progetto’, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 11 (2000) 297-304. Sobre la conceptualización y desarrollo del sistema de derecho común resultan fundamentales, del mismo autor, *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell’età moderna* (8ª edic., Roma 1997), *L’Europa del Diritto Comune* (7ª edición, Roma 1994), obra que posee una edición inglesa titulada *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800*, con introducción de Ken Pennington (Washington D.C. 1995) y una edición española con introducción de Emma Montanos Ferrín, *La Europa del Derecho Común* (2ª edic., Roma 1999).

<sup>2</sup> E. Montanos Ferrín, ‘El sistema de “ius commune” en la literatura jurídica indiana. El mayorazgo en la obra de Matienzo’, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 11 (2000) 33-42.

## 2. *La condición jurídica del indio*

La consideración que merecían los indios suscitó un gran debate en el que intervinieron importantes teólogos, filósofos y juristas de la corona castellana como Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria o Ginés de Sepúlveda, por citar algunos de los más destacados. Las controversias más relevantes se plantearon una vez que surgieron las primeras voces de alarma ante los abusos que recibían esos indios por parte de los conquistadores, quienes utilizaron a los nativos como mano de obra esclava con total desprecio hacia sus derechos. Reconocida su condición humana – que nunca había sido puesta en duda – surgieron más problemas a la hora de afirmar su libertad, pues desde el pensamiento original de Aristóteles, que distinguía entre el grupo de directores y los bárbaros por naturaleza, no fueron pocas las voces que clamaron por incluir en este último grupo a los indios. Ello equivalía a considerarlos esclavos. De ahí que el debate se fuese dirigiendo hacia el reconocimiento de la libertad natural de los indios y su condición de personas y vasallos, principios que, poco a poco, se irían aceptando y consolidando a partir, sobre todo, del siglo XVI<sup>3</sup>. Partiendo de estas premisas se formuló la doctrina jurídica según la cual los indios se asimilarían a las personas miserables dada su incapacidad relativa. Esa capacidad de obrar reducida justificaría la designación de un protector de indios, institución encargada de velar por ellos y evitar los abusos que pudiesen recibir. En todo caso, gozarían de una propia organización, conformándose de este modo la denominada República de indios.

## 3. *Definición de personas miserables y su repercusión jurídica*

La construcción del concepto jurídico de personas miserables ha sido elaborado por los juristas medievales sobre las categorías del derecho común. Asimismo, diferentes juristas indianos han contribuido a la conformación de su significado tomando como base la autoridad tanto de los textos bíblicos como de filósofos y juristas de *ius commune*. Veamos algunos de ellos en

<sup>3</sup> Para una clara y básica explicación del debate surgido, vid., A. García-Gallo, 'La condición jurídica del indio', *Estudios de Historia del Derecho Privado*, (Sevilla 1982) 167-177 [publicado anteriormente en *Antropología de España y América* (Madrid 1977) 281-292]; R. Peña Peñalosa, 'La República de los indios y el Derecho Común', *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 15 (1989) 129-146; G. González Mantella, 'La consideración jurídica del indio como persona: el Derecho Romano, factor de resistencia en el siglo XVI', en T. Hampe Martínez (Ed.), *La tradición clásica en el Perú Virreinal*, (Lima 1999). Sobre el debate suscitado en los concilios, vid. J.A. Llaguno, *La personalidad jurídica del indio y el III Concilio Provincial Mexicano (1585)*, (México 1983).

nuestro camino hacia el examen de la aplicación de esta categoría jurídica a los indios.

Fray Gaspar de Villarroel acude a las *Etimologiae* de San Isidoro de Sevilla en busca del significado de la expresión y encuentra dos posibles acepciones en este diccionario o enciclopedia. En primer lugar la de *miseriae habilis*, que no convence a Villarroel por su amplitud, ya que se trata de una definición predicable a todos los hombres<sup>4</sup>. La segunda etimología sí es de su agrado. Supone considerar personas miserables a las que perdieron la felicidad, *felicitem amittens*, tal y como había afirmado San Isidoro<sup>5</sup>.

Álvarez de Velasco es, sin duda, el autor que más atención dedica a este aspecto terminológico. No en vano escribió toda una obra dedicada al análisis de las personas miserables, su *De privilegiis pauperum et miserabilium personarum ad legem unicam: Cod. Quando imperator Inter Pupillos, Viduas aliasque miserabiles Personas cognoscat*<sup>6</sup>. Es aquí donde encontramos la definición más generalizada en torno a la consideración de nuestra categoría. Así, se identifica a los miserables con aquellos cuya naturaleza mueve a la misericordia: “Miserabiles enim super quibus movetur ad miserendum, dicuntur”<sup>7</sup>. Y las autoridades en las que se apoya para refrendar esta opinión son del alcance de Iohannes Andreae, el Abbas Panormitanus, Gregorio López u Ovidio<sup>8</sup>. Pero también recoge este autor la definición antes apuntada por Gaspar de Villarroel y que equipara a los miserables con aquellos que perdieron la felicidad, “quod foelicitatem amiserint”, recordando, una vez más, a San Isidoro de Sevilla y a Palacios Rubios<sup>9</sup>. Asimismo, añade una tercera definición equivalente a considerar dentro de esta categoría a los que por su

<sup>4</sup> G. de Villarroel, *Gobierno Eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio* (Madrid 1656), II, XIV, III.2: “...Esta Ethymologia, ù difinicion, tiene tanta latitud, que a las personas miserables de que aquí se trata, no puede ajustarse bien; porque es una de las reglas de la buena difinicion, que assi circunscriva el difinido, que excluya todos los otros. Y esta Ethymologia de San Isidoro, si la hemos de llamar difinicion, tiene tan grandes enfanchas, que incluye todos los hombres. Porque qual ay en esta vida, que no esté sugeto a miserias? Harto repetido es aquel lugar de Iob: Homo natus de muliere (dixit en el cap. 14) brevi vivens tempore, repletur multis miseris”.

<sup>5</sup> Villarroel, *Gobierno Eclesiástico*, II, XIV, III.3.

<sup>6</sup> He manejado la segunda edición, Lugduni, 1663.

<sup>7</sup> Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, I, LII, n. 31.

<sup>8</sup> “ut inquit Iohan. Andr. quem refert, & sequitur Panormitan. in cap. Significantibus, 38. numero 6. de offic. y potestat. iud. delegat. Gregor. Lopez in d.l.48 tit.6 part. I. glos. fin. post. med. Argu. Ouidi. Metamorph. lib. 8.”, vid. Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, I, LII, n. 31.

<sup>9</sup> “Vel quòd foelicitatem amiserint, secundum D. Isidorum in 2. etymolog. litera M, latè Palac. Rub. in repet. d. cap. Per vestras, párr. 1, vers. Nota secundo, num. 7...” vid. Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, I, LII, n. 32.

culpa devienen en estado de miseria, como afirma Covarrubias<sup>10</sup>. El jurista hispano defiende la aplicación de los privilegios que les corresponden a las personas miserables en el caso de pobres que alcanzan esta posición por actividades negligentes, contradiciendo la doctrina de otros autores – como Andrea de Isernia – que defiende la inaplicabilidad de las ventajas a quienes han provocado ese estado<sup>11</sup>.

La segunda parte de su obra continúa con la preocupación de aclarar quiénes son estas personas miserables y para ello, ya desde el comienzo – proemio cuarto – se pregunta “Personae miserabiles quae dicantur?” para, seguidamente, realizar una enumeración especialmente extensa. Así, se habla de cautivos, personas eclesiásticas, meretrices, escolares, penitentes públicos, encarcelados, neófitos, etc.<sup>12</sup>. La larga lista de los considerados personas miserables es objeto de crítica por parte de Velasco. Estima que el número de los privilegiados es excesivamente grande. De ahí que nuestro autor pase, a continuación, a distinguir entre los miserables strictu sensu – que equipara con los recogidos por el Código de Justiniano en la ley única, *Quando Imperator* – y el resto. Sólo los primeros deben gozar o llamarse privilegiados<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> “... eum qui culpa sua, vel ob crimen in paupertatem, ac miserum statum incidit; tenet asseveranter Covarr. pract. c.6. n.2. vers. Sed si quis in paupertatem”, vid. Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, I, LIV, n.8.

<sup>11</sup> “Sed si quis in paupertatem, & miserum statum inciderit culpa sua, luxu nempe, gula, ludo, aut denique ob crimen, scribit Andre. isernia in dict. consti. Neapoli. numero nono. hunc non esse ad hoc privilegium admittendum. Quia dict. lex unica. C. quando Imper. de his tactat miseris, qui fortune iniuria in eam inciderint miseriam: quosi non sit idem in his, qui culpa propria in miserum statum pervenerit... Ego vero contrariam sententiam potius probaverim, qua privilegium hoc alteri non infert grave praeiudicium: cum in curia non tantum actori pauperi, sed & reo diviti iustitia ministranda sit. Id circo ex hoc privilegio minime aufertur alteri res propria, nec ius sibi ad rem aliquam quesitum... Et ideo pauper habebit hoc privilegium, etiam si in paupertatem culpa propria inciderit”, vid. D. Covarrubias y Leiva, *Didaci Covarrubias a Leyva toletani, episcopi segoviensis, supremisque hispaniarum senatus praesidis meritissimi, Practicarum quaestionum, liber unicus* (Salmanticae, in aedibus dominici a Portonariis, Sacrae Catholicae Maiestatis Typographi, 1576), VI, III, vers. *sed si quis in paupertatem* (en la edición que manejo el versículo citado por Álvarez de Velasco aparece en el número tres y no en el dos).

<sup>12</sup> “Miserabiliumque numerum (praeter iam relatos) ex peregrinis, rusticis pauperibus, minoribus, captivis, Ecclesia, Ecclesiasticis personis, his servientibus, civitate, meretrice, scholaribus, publice poenitentibus, expositis, senibus, caecis, carceratis, noviter ad fidem convertis, cruce signatis, Virgine, Caelibe nupta inutilem maritum habente, milite, prodigo, aliisque in discursu adducendis, iuris monarchae componunt...”, vid. Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, II, Proemium n. 4.

<sup>13</sup> “6. Miseri a lege unica C. quando Imper. inter pupill. & vid. nominati, ad eiusque privilegium vocati, non etiam ad alia saepe miserabilium privilegia admittuntur. Si divites sint, gratis ab Advocatis, aut Procuratorib...Ex Miserabiliumque diversitate, plures quoque differentiae descendunt. Iidem namque ipsi ab eadem lege nostra unica

En la segunda *quaestio*, vuelve, de nuevo, sobre los aspectos conceptuales para recoger las definiciones que ya conocemos. En primer lugar, la genérica que considera miserables a los dignos de miseria – “miserabilis, quasi miseriae habilis dicitur” – y, a continuación, la que los equipara bien al que perdió la felicidad – “quod amiserit foelicitatem” – o bien al digno de misericordia – “miseratione dignum” –, para lo cual se vale de la autoridad de personalidades que ya nos suenan: San Isidoro y Archidiacono<sup>14</sup>. Finalmente, Álvarez de Velasco nos aporta su propia definición del concepto de personas miserables, que se encuadra dentro de estas últimas consideraciones, pues, a su juicio, estos individuos son aquellos dignos de conmiseración o de quienes su naturaleza mueve a la misericordia. Éstas son sus palabras:

“Miserabilis diffinitio. Quae quidem nominis etymologia, diffinitionis vices sustinet. Apte enim diffiniri miserabilem posse arbitror ut homo miseratione dignus, vel cuius natura movemur ad miserendum. Quae quidem diffinitio (nostratum more) genere constat, & differentia”<sup>15</sup>.

Concluye Velasco afirmando que el arbitrio judicial juega de forma importante a la hora de valorar quienes deben incluirse en el grupo de personas miserables. La apreciación de estos oficiales sólo se vería limitada por ley – “iudex hac in re coartare arbitrium suum ad legum mensuram debet...” –<sup>16</sup>. El *arbitrio iudicis* es puesto de relieve, también, por Cino, Alberico y Bártolo en sus comentarios a la ley única *C. quando imperator*. De este modo, Cino da Pistoia se pregunta “*Quae sint personae miserabiles?*” a lo que responde: “secundum Petrum, iudicis arbitrio relinquendum. argumen, ff. de effracto. & expil. l. I. § expilatores”<sup>17</sup>. El pasaje del Digesto concede libre arbitrio al juez para fijar la condena de los expoliadores dado que los rescriptos imperiales no establecen pena especial. Bártolo, a su vez, afirma

nominati, ad eiusque privilegium vocati, vidua, pupillos, diuturnoque morbo fatigati: non etiam ad alia saepe miserabiles iudicantur, neque miserabilium privilegiis gaudent...”, vid. Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, II, Proemium n. 6.

<sup>14</sup> “Aliam ex divo etiam Isidoro etymologiam retulimus d.1. p. q. 52 nu. 31 dici miserabilem, quod amiserit foelicitatem. Proximior haec denominationi & sensui; a nominis deductione remotior. Cuius si vicinatatem attendamus; non procul distaret, si miseria plenum verteremus. Sed non ultima miseria, eiusque plenitudo, ut miserabilis quis dicatur, desideranda est. Miserationem alii miseratione dignum firmant cum Archidiac. a verbo impersonali miseret (dignum miseratione denotante) in c. Tanta n. 3. dist. 86 eius denominationem deducentes. Quo usus est verbo Cornel. Tacit. histo. lib. 4. Vester me pudet (inquit) miseretque”, vid. Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, II, II, 3.

<sup>15</sup> Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, II, II, 4.

<sup>16</sup> Álvarez De Velasco, *De privilegiis pauperum*, II, II, 7 y 8.

<sup>17</sup> Cini Pistoriensis, *Lectura super codice* (Edic. facsímil de la de Francoforti ad Moenum, 1578, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1998), C. 3.14.1, *Si contra*.

sobre esta cuestión "... breviter puto iudicis arbitrio relinqui"<sup>18</sup>. Por último, Alberico de Rosate también deja en manos de la decisión de los jueces la enumeración de quiénes pueden ser consideradas personas miserables, si bien se limita a remitirnos a la opinión de Cino da Pistoia: "... Cynus autem dicit arbitrio iudicis committi, quae sint miserabiles personae"<sup>19</sup>.

La doctrina de estos insignes juristas medievales es seguida por otros ilustres personajes como, limitándonos al ámbito hispano, Diego de Covarrubias: "... Relinquendum tamen est arbitrio iudicis, quae dicantur miserabiles personae praeter expressim in iure nominatas secundum Cynum, Albericum, Baldum, Bartolum, et Doct. in dict. l. unica. C. Quando imperator..."<sup>20</sup>.

Otro de los autores indianos que más se ha preocupado por esta categoría es el insigne Juan de Solórzano y Pereira. En el capítulo XXVIII del libro segundo de su *Política Indiana* nos ofrece esta definición: "Miserables personas se reputan, y llaman todas aquellas, de quien naturalmente nos compadecemos por su estado, calidad y trabajos..."<sup>21</sup>. Por lo tanto, tenemos una aproximación conceptual que equipara a estas personas a las que merecen compasión, postura nada lejana a la mantenida por Álvarez de Velasco, como acabamos de ver.

Otro autor que se planteó esta cuestión terminológica fue Feliciano de Vega en sus *Relectiones canonicae*<sup>22</sup>. No aporta especiales novedades ya que señala las tres definiciones que hasta el momento había puesto de relieve la doctrina citada. Así, en primer lugar, refiere el concepto que asimila a las personas miserables con aquellos cuya naturaleza nos mueve a misericordia por la injusticia de su fortuna aduciendo como argumentación la opinión de Azo en su *Summa*: "... Miserabiles autem dicunt senes decrepiti et diuturno morbo fatigati et debiles et omnes hi qui natura monemur ad miserandum

<sup>18</sup> Bartholus De Saxoferrato, *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatati...* (edic. facsímil de la de G.B. De Tortis, Venetiis 1516-1529, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1996), C. 3.14.1., *Si contra pupillos*.

<sup>19</sup> Alberici De Rosate, *In primam Codicis partem commentarii*, (edic. facsímil de la de Venetiis 1586, Arnaldo Forni Editore, Sala Bolognese 1979), C. 3.14.1., *Si contra pupillos*.

<sup>20</sup> Covarrubias y Leiva, *Didaci Covarrubias a Leyva toletani, episcopi segoviensis*, VI, III, in fine.

<sup>21</sup> J. de Solórzano y Pereira, *Política Indiana*, 3ª edición (Madrid 1736), II, XXVIII, 1.

<sup>22</sup> En concreto, la edición consultada fue, Feliciano de Vega, *Relectionum canonicarum in secundum Decretalium Liber. Quibus non solum difficilia iura in scholis enodantur, verum & variae resolvuntur, tam studiosis, quam iudicibus, & forensium causarum patronis utiles, & necessariae...* Tomus Primus, Pro regia Facultate, anno... (roto) Limae, apud Hieronymum de Contreras.

propter fortune iniuriam ut in prin. huius l. 7 § quod si pupilli et si divites sint<sup>23</sup>.

La segunda acepción que considera Vega es la genérica aducida por San Isidoro en las Etimologías: el digno de miseria. Finalmente, no olvida la que asimila a estas personas con quienes perdieron la felicidad, para lo que se sustenta en la doctrina manifestada por Palacios Rubios y ya conocida<sup>24</sup>. Por último, también considera que la determinación de quiénes deban incluirse dentro de este grupo, queda al arbitrio judicial, como afirma la totalidad de la doctrina indiana<sup>25</sup>.

Diego de Avendaño es autor de un importantísimo *Thesaurus indicus*<sup>26</sup> en el que constantemente se alude a la condición desfavorable y necesidad de protección que merecen los indios. Este autor se hace eco de la definición que considera personas miserables a los dignos de misericordia, citando la doctrina de Solórzano y Pereira<sup>27</sup>.

A juicio de Paulino Castañeda, los diferentes autores que analizan este concepto coinciden en apreciar tres características predicables de estas personas, a saber, que inspiran compasión, que necesitan protección y, por último, que su enumeración se deja en manos del arbitrio judicial<sup>28</sup>.

#### 4. *Los indios como personas miserables*

La categoría jurídica de personas miserables se encuentra en una célebre *constitutio* de Constantino que incluye en este grupo a los pupilos, viudas, enfermos incurables y débiles. Todos ellos, por su condición natural, necesitan

<sup>23</sup> Azonis, *Summa super codicem* (Edic. a cargo de M. Viora, Augustae Taurinorum ex officina erasmiana, 1966), C. *Quando imperator inter pupillos et viduas et miserables personas cognoscat et ne extrabantur*.

<sup>24</sup> Vega, *Relectionum canonicarum*, Cap. Ex parte XV. *De foro competenti*, n.12.

<sup>25</sup> Vega, *Relectionum canonicarum*, Cap. Ex parte XV. *De foro competenti*, n.18.

<sup>26</sup> D. de Avendaño, *Thesaurus indicus, seu generalis instructor pro regimine conscientiae, in iis quae ad Indias spectant*, 2 tomos, (Antuerpiae, 1668). Ángel Muñoz García ha realizado una edición en castellano y un estudio preliminar de los tres primeros títulos de esta obra, vid. D. Avendaño, *Thesaurus Indicus (1668)*, introducción, textos y traducción de Ángel Muñoz García (Pamplona 2001).

<sup>27</sup> "... Si enim miserabiles personae dicuntur illi, de quibus natura movetur ad miserandum, ut ex multis proponit D. Solorzanus cit. cap. 27. n.1 naturam ceter humanam exuisse videtur, qui imperium naturae ipsius rationi adeo conforme, non agnoscit, sed ferino quodam impetu ad vexandas imbelles animas, & teneram Christi ac Matris Ecclesiae gregem, semel iterumque raptatur", vid. Avendaño, *Thesaurus indicus*, Additiones ad tomo I, ad titulum XI, § I, n. 143.

<sup>28</sup> P. Castañeda Delgado, 'La condición miserable del indio y sus privilegios', *Anuario de Estudios Americanos*, XXVIII (1971) 247. Para una mayor concreción – sobre todo bíblica – del concepto de persona miserable y para la enumeración de los que se consideran integrados en esta categoría vid. las páginas 245-258.

ser protegidos y amparados por el derecho. Y de ahí que el Emperador asuma por sí mismo esta actividad<sup>29</sup>. Las personas miserables, por su situación, recibirían todo un amplio conjunto de privilegios y favores, que más adelante se reseñarán.

Los juristas del Nuevo Mundo incluyeron a los indios dentro de este grupo, realizando una extensión de esta disposición recogida en el *Codex* de Justiniano. Y tuvieron muy presentes los términos, *figurae* y conceptos del *ius commune* para justificar su presencia en la categoría general de personas miserables<sup>30</sup>.

Quizás, el autor que mejor ha explicado esta inclusión sea Juan de Solórzano y Pereira en su *Política Indiana*. Parte, inicialmente, de la consideración de personas desvalidas de los indios, para lo que se ampara en

<sup>29</sup> C.3.14.0. Quando imperator inter pupillos vel viduas vel miserabiles personas cognoscat et ne exhibeantur. C.3.14.1pr.: Imperator Constantinus. Si contra pupillos viduas vel diutino morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicum compellantur comitatu nostro sui copiam facere. quin immo intra provinciam, in qua litigator et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam atque omni cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. \* const. a. ad andronicum. \* <a 334 d. xv k. iul. constantinopoli optato et paulino cons.>”. Esta constitución se recoge en la compilación justiniana del *Codex Theodosianus*, en concreto de la ley segunda del *De Officio iudicum omnium* – C. Th. 1.22.2 –, que, más tarde, también, se incluiría en *Breviario de Alarico* 1.9.2. La *Constitutio* fue recogida, asimismo, en *Partidas*, III, XVIII, XLI: “Como non deve valer la carta que fuere ganada contra biuda, o huerfano, o contra alguna de las otras personas que son dichas en esta ley. Muevense a las vegadas maliciosamente omes ya a ganar cartas contra los huerfanos, e las biudas, o los omes muy viejos, o cuytados de grandes enfermedades, o de muy gran pobreza para aduzir los a pleyto ante el Rey, o ante los adelantados, o ante otros juezes que non son moradores en la tierra do biven estos sobredichos contra quien las ganan. E porque esto non tenemos por guisada cosa, nin por derecha: mandamos que la carta que fuere ganada contra qualquiera destos sobre dichos, o contra otra persona semejante dellos de quien ome deviesse aver merced, o piedad por razon de la mezquindad, o miseria en que bive que non vala, nin sea tenuto de yr a responderle por ella a ninguna parte: si non ante aquel juez de su lugar do bive. Mas las otras cartas que qualquier destas personas cuytadas contra otri ganasse para aduzir lo ante el Rey, o ante otro juez que le otorgasse que lo oyesse, e le fiziesse aver derecho mandamos que vala. E esto tovieron por bien los sabios antiguos porque señaladamente los Emperadores, e los Reyes son juezes destos a tales mayormente que delos otros, e a ellos pertenesce de los fazer alcançar derecho, e de los mantener en justicia de manera que non reciban tuerto, nin fuerça delos otros que son mas poderosos que non ellos”. Parece fuera de toda duda la voluntad de Alfonso X de proteger a estas personas miserables.

<sup>30</sup> Una magnífica explicación del juego del sistema del derecho común en el mundo indiano puede verse en J. Barrientos Grandon, *Historia del derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación*. I. *Ius commune - ius proprium en las indias occidentales* (Roma 2000). En esta obra el profesor Barrientos aplica a las Indias la construcción teórica del sistema desarrollado teóricamente por el profesor Manlio Bellomo siguiendo los precedentes apuntados por su maestro Francesco Calasso.



la doctrina de Gregorio García y de Juan Zapata. A continuación, aporta Solórzano, un argumento nuevo para considerarlos personas miserables, su condición de neófitos o de recién convertidos a la fe<sup>31</sup>. Para sostener esta tesis se ampara en la doctrina de Inocencio IV y sobre todo de Gregorio López, quienes reconocen que los infieles que se convierten al cristianismo deben considerarse sujetos dignos de protección y por ello, *miserabiles personae*. El primero defiende claramente esa inclusión de los neófitos dentro de las personas miserables en su *Apparatus in quinque libros decretalium*: "... quia de novo conversi sunt, & finguntur miserabiles personae" <sup>32</sup>. Por su parte, el glosador de Partidas, analizando la competencia jurisdiccional de la Iglesia para entender de las causas de personas miserables, también sostiene la integración de los indios en esta categoría debido a su recién conversión a la fe cristiana y confirma su opinión con la cita – ya señalada – de Inocencio IV<sup>33</sup>.

Feliciano de Vega afirma la condición de personas miserables de los indios peruanos debido a su imbecilidad, rusticidad y estado pusilánime<sup>34</sup>. Esta situación en la que se encuentran los nativos del Nuevo Mundo justifica la necesidad de que se les destinen tutores o curadores, como si fuesen menores, lo que se traduce en la aparición del protector de indios, institución encargada de su amparo. Es decir, este autor no aporta otros argumentos que los derivados de su baja condición o inferioridad natural respecto al resto de seres humanos. Su doctrina tuvo una gran importancia, como se desprende del análisis de otras obras que tratan, también, sobre la condición de los indios. Así, Fray Gaspar de Villarroel señala con rotundidad que éstos son personas miserables, "... materia que no cae debaxo de duda" y su único argumento

<sup>31</sup> "Y aun quando no concurrieran en los Indios estas causas, para deber ser contados entre las personas miserables, les bastara ser recién convertidos à la Fé, à los quales se concede este titulo, y todos los privilegios, y favores, que andan con él, como en general de los Indios, y demás Infieles, que se convierten, lo enseña Inocencio (g) comunmente recibido, y en especial hablando de los Indios nuestro Gregorio Lopez, Matienzo, Alfaro, y el Arzobispo de Mexico D. Feliciano de Vega, (h) que expressamente lo afirman, assi por esta razon, como por las demás, que déxo apuntadas, de su imbecilidad, rusticidad, pobreza, y pusilanimidad, y continuos trabajos, y servicios", vid. Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 3.

<sup>32</sup> Innocentii IV, *Apparatus in quinque libros decretalium*, X.5.6.6: "Iudaei (Haereditatis). De haereditate & bonis, ideo intromittit se ecclesia, quia de novo conversi sunt, & finguntur miserabiles personae, ff. de verbo.sig. super quibusdam, alias enim se non intromitteret, supra qui fil. sint legi. causam".

<sup>33</sup> Partidas, 1.6.48, glosa A decir al Rey, circa fine: "... ubi sunt Indi de novo conversi ad fidem, qui et dicuntur miserabiles personae, secundum Innocentium in cap. Iudaei, sive Sarraceni, de Iudaeis..."

<sup>34</sup> "...in hoc Peruano Regno, satis dici miserabiles personas Indos in eos natos, tum propter eorum imbecillitatem, de rusticitatem, tum etiam ob ipsorum paupertatem, pusillanimitatem, ac ob continuos labores, & servitia personalia, quibus oneratos videmus", vid. Vega, *Relectionum canonicarum...*, Cap. Ex parte XV. *De foro competenti*, n.19.

consiste en repetir las palabras del Arzobispo Vega que acabamos de examinar y que considera suficientes para defender su afirmación<sup>35</sup>.

También Diego de Avendaño se apoya en otro autor para justificar la condición de los indios. En este caso, acude a la *Política Indiana* de Juan de Solórzano, donde – a su juicio – queda demostrado de forma patente que los indios son personas miserables por varios títulos, entre los que cita su nueva conversión, su rusticidad, niñez y débil discurso<sup>36</sup>.

Alonso de la Peña Montenegro considera que las personas miserables son aquéllas que perdieron la felicidad, siguiendo la doctrina de San Isidoro y de Palacios Rubios, tantas veces citada. El argumento que esgrime este autor para incluir a los indios en esta categoría es que en ellos se encuentran juntas todas las miserias que se dan en las *miserabiles personae* citadas en la célebre *Constitutio* de Constantino. Las palabras de Alonso de la Peña son significativas al respecto: “Y si los pupilos, las viudas y enfermos de enfermedad continua son personas miserables y gozan de los privilegios de tales, como se colige de la ley única, con más razón se deben tener los indios por personas miserables y gozar de los privilegios de tales: pues en ellos se hallan juntas todas y recopiladas las miserias de los referidos: hállase la falta de la capacidad de los pupilos, la fragilidad de las viudas y su desamparo, hállase la imposibilidad de los enfermos: pues siendo ellos tan inclinados a la soledad, se tiene por imposible moralmente que puedan ocurrir a los tribunales a defenderse y demandar”<sup>37</sup>.

Por último, Nicolás Matías del Campo afirma que los indios son personas miserables por dos motivos. En primer lugar, porque se trata de sujetos de los que nos compadecemos y, en segundo, por su recién conversión a la fe, por lo que incide, nuevamente, en el argumento aducido por Solórzano y, por ello, también, se apoya en la opinión de Gregorio López y Feliciano Vega, ya conocida<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Villarroel, *Gobierno Eclesiástico*, II, XIV, III.27.

<sup>36</sup> “...Prosequitur illos Dom. Solorzanus Tomo 2 lib. I. Cap. 27. & in Política Lib. 2. Cap. 28 & 29 & sunt obvii, abiectissima scilicet eorum conditio, novitas conversionis, paupertas, rusticatio, discursus inopia, puerorum...”, vid. Avendaño, *Thesaurus indicus*, Additiones ad Tomo I, ad titulum XI, § I, n. 141.

<sup>37</sup> A. de la Peña Montenegro, *Itinerario para párrocos de indios*, Edic. de C. Baciero, M. Corrales, J.M. García Añoveros y F. Maseda (Madrid 1995), libro II, tratado I, prólogo n. 3.

<sup>38</sup> “Exc.mo Señor. Los Indios del Perú, como los demas de Occidente, son, y deben ser reputados entre las personas que el Derecho llama miserables, assi por ser de aquellas de quien naturalmente non compadecemos, por su estado, calidad, ò trabajos, como por nuevamente convertidos à la Fè, à quienes se concede este titulo, y todos los favores, y privilegios à èl anexos...”, vid. N.M del Campo y De La Rynaga, *Memorial historico y iuridico, que refiere el origen del oficio de Protector general de los Indios del Perú en su gentilidad, causas y utilidades de su continuacion por nuestros gloriosos Reyes de Castilla, nuevo lustre y autoridad que le comunicaron, haziendole uno de sus*

### 5. *El reconocimiento legislativo*

El pensamiento manifestado de forma clara por toda esta doctrina indiana se plasmó también en abundante legislación en la que directa o indirectamente se equiparaba a los indios con las personas miserables. Este reconocimiento legal fue puesto de relieve por los diferentes autores destacando, en este aspecto, Juan de Solórzano y Pereira.

En su *Política Indiana*, el eminente jurista cita una gran cantidad de disposiciones recogidas en la Recopilación indiana que avalan esta afirmación<sup>39</sup> y, particularmente, refiere dos de Felipe IV que, en rigor, no aluden al término miserable en el sentido jurídico que estamos examinando, pues el monarca se limita a constatar su penosa situación y la necesidad de que se les trate bien, como personas que son<sup>40</sup>. Lo mismo podemos señalar con

*Magistrados con Toga, y motivos que persuaden su conservacion*, (Madrid, por Mateo de Espinosa y Arteaga, 1671) 1.

<sup>39</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 6, nota 1: “Tom. I. impres. pag. 316 y seqq. tom 4. ex pag. 22 y 266 y alibi passim. \*L. 21 y seqq. lib. 6. tit.1. l. 34 y sig. tit. 18. lib.2.l.63 y sig. tit.3.lib.3.l.21.tit.16.lib.4.l.14 y sig. tit. 19.l.30 y 31.tit.25.lib.4.l.21 y sig. tit.1.lib.6.l.14.tit.12.lib.8. Recop.”. Todas ellas inciden en el respeto a la persona del indio y su plena libertad, evitando abusos por parte de las autoridades. Asimismo, se insiste en la protección que necesitan, tal y como se recoge en una de las leyes citadas al encargar a los fiscales de las Audiencias que actúen como protectores de indios, *Recopilación de Indias*, II, XVIII, XXXIII: “D. Felipe Segundo en Monçon de Aragon a 6 de Setiembre de 1563... Que los Fiscales sean Protectores de los Indios, y los defiendan y aleguen por ellos. Los Fiscales de nuestras Reales Audiencias sean Protectores de los Indios, y los ayuden y favorezcan en todos los casos y cosas, que conforme á derecho les convenga, para alcançar justicia, y aleguen por ellos en todos los pleytos civiles y criminales de oficio y partes, con Españoles, demandando, ó defendiendo, y assi lo dén á entender á los Indios, y en los pleytos particulares entre Indios, sobre hazienda, no ayuden á ninguna de las partes, y en las Audiencias donde huviere Protectores generales, Letrados y Procuradores de Indios, se informen como los ayudan, para suplir en lo que faltaren, y coadjuvarlos, si les pareciere necessario”.

<sup>40</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 7: “...valga por todas la del Rey nuestro Señor D. Phelipe IV, que Dios guarde, con los renglones, que añadió en ella de su letra, y por su poderosa, y piadosa mano, que déxo citada, è inserta en el Cap. XII. del Libro Primero, y en el fin del quinto de este Segundo, y las Ordenanzas antiguas, y modernas, dadas, para el Supremo Consejo de las Indias, de las quales, la nona, entre las que oy corren, dice estas palabras: Por lo que querriamos favorecer, y hacer bien á los Indios naturales de nuestras Indias, sentimos mucho qualquier daño, ò mal, que se les haga, y de ello nos deservimos. Por lo qual encargamos, y mandamos á los del nuestro Consejo de las Indias, que con particular aficion, y cuidado procuren siempre, y provean, lo que convenga para la conversion, y buen tratamiento de los Indios, de manera que en sus personas, y haciendas no se les haga mal tratamiento, ni daño alguno, antes en todo sean tratados, mirados, y favorecidos como Vasallos nuestros, castigando con rigor, à los que lo contrario hicieren, para que con esto los dichos Indios entiendan la merced, que les deseamos hacer, y conozcan, que haverlos puestos Nos debaxo de nuestra proteccion, y amparo, ha sido por bien suyo, y para sacarlos de la

relación a la referencia que se hace, seguidamente, a normativa de índole eclesiástica, en concreto, al III Concilio Limense, ya que también en este caso se pretende poner de relieve su situación desfavorable y la necesidad de que lo indios sean tratados como seres humanos, disposición que, sin duda, tiene muy en cuenta los abusos que los españoles habían cometidos contra los indígenas y que tanta discusión doctrinal planteó, como ya he señalado<sup>41</sup>.

Diego de Avendaño, refiere varias disposiciones de Felipe III en las que también su argumentación parte de una visión semejante a la manifestada por Solórzano, si bien, aduce otras en las que el monarca equipara la condición de los indios a la de las demás personas miserables, como en la disposición de 20 de julio de 1617: “Pues no es justo que en causas de Indios, y personas miserables, que prosiguen el castigo y Iusticia de sus iniuras, o de los suyos... Que en las causas de los Indios o personas miserables, se ha de guardar la costumbre referida”<sup>42</sup>.

En todo caso, la legislación – especialmente la Recopilación de Indias – insiste una y otra vez en la necesidad de protección y amparo de los indios. Sirva como ejemplo la rúbrica del título décimo del libro sexto de la citada

tyranía, y servidumbre, en que antiguamente vivian \* L.23.tit.6.lib.6. Recop.\*”; Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 8: “Y en un Capitulo de carta escrita al Principe de Esquilache, Virrey de Perú en San Lorenzo a 24 de Abril de 1628 despues de referir los daños, que se havia entendido, que padecian los Indios de aquellas Provincias, y las muchas leyes divinas, y humanas, que en esto se quebrantaban, se le dice formalmente, lo que se sigue: Me ha parecido necessario advertiros de esto, para que lo esteis del miserable estado, que esto tiene, y que, pues es la primera cosa, como queda referido, en que se debe emplear vuestro gobierno, y que mas precisa, è inmediatamente corre por vuestra cuenta, enmendeis la parte, que se ha dexado de remediar en el tiempo de él, ò lo que en los demás se huviere causado, de manera que estos vassallos, que como queda dicho, son personas tan miserables, y necesitadas de auxilio, y favor de la Justicia, y caridad conveniente, con que deben ser amparados, y tan sujetos à vexaciones, y en su estado los mas utiles à mi Corona, sean restituídos à la libertad, buen tratamiento, y gobierno, que tengo mandado, y deseo, que esta es mi Real voluntad, y la causa, à que en primer lugar, y ante todas cosas, deseo, que se acuda, y que con esto descargo mi Real conciencia, poniendo á cargo de la vuestra la execucion de todo”. Más disposiciones en este mismo sentido pueden verse en Castañeda Delgado, ‘La condición miserable del indio’, 264-273.

<sup>41</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 10: “Y las del Concilio Limense III que por esta causa, y la mansedumbre de los Indios, su natural obediencia, y sujecion y su perpetuo trabajo, en acudir à tantos servicios, como acuden, los llama pobres, flacos, y miserables: y encarga sobre todas cosas, tierna, y exageradamente à los Ministros Espirituales, y Seculares, que miren mucho por su proteccion, y defensa, y escusen los fraudes, violencias, injurias, è insolencias, que de ordinario reciben, haciendo oficio de Pastores, y no de lobos, ò carniceros à estas mansas, y rendidas obejas, abrigandolas en su seno, llevandolas en sus ombros, y que todos conozcan, que les están encomendados por la Magestad Catholica, y que son Vassallos libres, y no esclavos en ningun modo”.

<sup>42</sup> Avendaño, *Thesaurus indicus*, Additiones ad tomo I, ad titulum XI, § I, n. 142.

Recopilación que se encabeza con el epígrafe: “Del buen tratamiento de los Indios”.

6. *Enumeración de los privilegios más importantes que conlleva esta consideración*

La condición jurídica de personas miserables que se aplica a los indios conlleva como consecuencia más destacable el que gocen de toda una serie de privilegios jurídicos que se les otorgan en atención a su posición desventajosa, a esa necesidad de protección de la que hablamos o, en palabras del profesor Bellomo, al *favor protectionis*. Este régimen jurídico especial se manifiesta, especialmente, en el campo del derecho civil y en el procesal.

Debemos a Juan de Solórzano y Pereira la exposición más clara de estos privilegios. Una vez que concluye en su *Política Indiana* que los indios, por las razones anteriormente expuestas, son personas miserables, considera que han de gozar de todos los privilegios y ventajas que la legislación otorga a menores, pobres y rústicos, entre otros, aludiendo como doctrina que apoya esta idea la autoridad de los *Consilia* de Baldo<sup>43</sup>. Este jurista se limita a realizar una equiparación entre pobres y menores, afirmando que “... pauperes in genere pupillis equiparantur”<sup>44</sup>.

Con relación al ámbito del derecho civil señala Solórzano cómo los indios gozan de la *restitutio in integrum*, están exentos de la carga de la tutela o cómo pueden revocar los contratos que celebren salvo que haya intervenido su protector general.

Además, como garantía para que no se les engañe y “no terminen sin haciendas”<sup>45</sup> se establecen toda una serie de medidas encaminadas a proteger sus bienes en caso de venta. Así, antes de vender bienes inmuebles se realizarán 30 pregones durante 30 días, requisito que se reduce a nueve en el caso de muebles. Este amparo se recoge en fuentes de *ius proprium*, en concreto, en *Recopilación de leyes de Indias*, VI, I, XXVII<sup>46</sup>, pero también en textos de *ius commune*. Así, Solórzano alude a la finalidad de conservar los

<sup>43</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 24.

<sup>44</sup> Baldus de Ubaldis, *Prima et secunda pars consiliorum domini Baldi de Perusio*, (Lugduni, 1559), *Consilium CCCCLXV*, 2.

<sup>45</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 44.

<sup>46</sup> Recopilación de Leyes de Indias, VI, I, XXVII, D. Felipe Segundo en Aranjuez á 24 de Mayo, y á 23 de Julio de 1571 en S. Lorenço á 6 y en Madrid á 18 de Mayo de 1572: “Que los Indios puedan vender sus haziendas con autoridad de justicia. Quando los Indios vendieren sus bienes raizes, y muebles, conforme á lo que se les permite, traiganse á pregon en almoneda publica en presencia de la Iusticia, los raizes por termino de treinta dias: y los muebles por nueve dias; y lo que de otra forma se rematare sea de ningun valor, y efecto, y si pareciere al Iuez por justa causa abreviar el termino en quanto á los bienes muebles, lo podrá hazer”.

bienes de estos desvalidos y evitar que se les engañe citando leyes del *Codex* y del Digesto, entre otras, C. 4.35.21, D. 5.3.25.11 y D. 4.4.1.

La ley recogida en el código justiniano pretende proteger lo entregado en mandato, afirmando la responsabilidad por una administración negligente o descuidada.

La primera de las disposiciones citadas correspondiente al Digesto se preocupa por los poseedores de buena fe de una herencia, quienes no recibirán perjuicio alguno salvo si se enriquecieron, en cuyo caso quedan obligados.

El título IV del cuarto libro del Digesto se dedica a los menores de 25 años y en su primera ley se recoge explícitamente la voluntad del pretor de proteger a estas personas en atención a su frágil y débil juicio, que puede traer como consecuencia directa el intento de otros de engañarlos. Por ello, se sancionarán los negocios efectuados con menores de esta edad<sup>47</sup>.

Además, acude Solórzano a la doctrina de Bártolo para señalar que el incumplimiento de los límites establecidos implica la no sujeción al contrato, con lo que no existe obligación civil ni natural. Así lo expone claramente este jurista en sus *Commentaria* al Digesto, glosa *Cum lex*, en la que afirma la libertad absoluta de la que goza el fiador cuando el contrato principal no es válido.

En otro orden de cosas, también en atención a su débil condición, se estima que en los testamentos realizados por los indios no se deben respetar las solemnidades establecidas, permitiendo su forma libre, sin la necesidad de que actúen escribanos ni testigos vecinos<sup>48</sup>. Solórzano asimila este caso al de los rústicos del campo, para los que Justiniano ya había establecido esta libertad en la formalización del testamento en C. 6.23.31<sup>49</sup>. De su análisis

<sup>47</sup> D.4.4.1pr.: “Ulpianus 11 ad ed. Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem”. D.4.4.1.1: “Ulpianus 11 ad ed. Praetor edicit: ‘quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam’”.

<sup>48</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 55: “Testamento de Indios, y su solemnidad. Plena libertad a los indios, sin intervención del protector, salvo que haya alguna falsedad. En el testamento no es necesario que intervenga escribano ni testigos vecinos y rogados. Basta que los escriba uno de sus Gobernadores y que intervengan dos o tres testigos varones o hembras. Comprobado esto por juez competente: que valga. Porque todo esto obra en los Indios su mucha simplicidad, y llaneza, y hallarse muchas veces en partes, donde no ay Escribanos, ni testigos, como en semejante caso hablando del Testamento del Rustico hecho en el campo, lo dixo, y dispuso el Emperador Justiniano (d. l. fin. C. de testam.)”.

<sup>49</sup> C. 6.23.31: “Et ab antiquis legibus et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. cum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est

queda claro que la sencillez y simpleza de los campesinos impide que se sometan a las solemnidades legales de los testamentos, por lo que por razones de humanidad se les dispensa de la sutileza de las leyes, prevaleciendo sobre toda disposición su voluntad, siempre que sea clara.

Para favorecer su condición de donatarios, Álvarez de Velasco considera que las donaciones efectuadas a estas personas miserables deben guiarse por una interpretación *lata*<sup>50</sup>.

La necesidad de amparo de estos individuos conlleva el nombramiento de una persona que vele por ellos y evite los abusos que puedan sufrir. Es así como surge el protector general de indios, institución que se asemeja a la del tutor o del curador, por lo que el oficio deberá recaer en personas de entera confianza, como señala Solórzano<sup>51</sup>. La patente indefensión de los indios y su equiparación a los menores fueron puestos de relieve por diferentes autores para justificar el nombramiento de estos protectores. Sirva como ejemplo la opinión de Juan Ortiz de Cervantes, abogado y procurador en Perú, quien, en un memorial presentado al rey en 1619 defendía el señalamiento de tutores y curadores para los indios ante el preocupante descenso en su número<sup>52</sup>.

Por lo que se refiere a los privilegios de índole procesal, Solórzano insiste en la necesidad de que los pleitos en los que se vean incursos los indios sean sumarios y breves, atendiendo, una vez más, a las peculiares características de estas personas, aclarando que "... si en todas las personas miserables, y en los rusticos, es justo, y conveniente... en los Indios es sumamente necesario"<sup>53</sup>. Así se desprende, además, de la propia *Recopilación de Indias*, que insiste en no atormentar a estos individuos con procesos largos<sup>54</sup>. En este sentido se

*litterarum peritia quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? ideo ad dei humanitatem respicientes necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. \* iust. a. iohanni pp. \* <a 534 d. iii non. iul. constantinopoli dn. iustiniano a. iiii et paulino vc. consss.>".*

<sup>50</sup> Álvarez de Velasco, *De privilegiis pauperum*, II, proemium, n. 27: "Donatio miserabilibus, aut piae causae facta, late interpretanda".

<sup>51</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 47 y 48. Sobre el protector general de indios, vid. la obra ya clásica, C. Bayle, *El protector de Indios* (Sevilla 1945) o la más reciente, C. Ruigómez Gómez, *Una política indigenista de los Habsburgo: el Protector de Indios en el Perú* (Madrid 1988).

<sup>52</sup> J. Ortiz de Cervantes, *Memorial que presenta a su Magestad el Licenciado Iuan Ortiz de Cervantes, Abogado y Procurador General del Reyno del Piru, y Encomenderos, sobre Pedir remedio del daño, y diminucion de los Indios: y propone ser medio eficaz la perpetuydad de Encomiendas*, año 1619, n. 128: "Siendo desta calidad de ser pupilos, y miserables, que por tales gozan del privilegio de los menores en el Reyno, justo es que se pongan en tutela, y en curaduria inmediata a ellos, dandoles quien los gobierne, ampare, y defienda..." (fol. 14).

<sup>53</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 26.

<sup>54</sup> Recopilación de Leyes de Indias, II, XV, LXXXIII: "El Emperador D. Carlos en la ley 20 de 1542... Que las Audiencias tengan cuidado del buen tratamiento de los Indios, y brevedad de sus pleytos. Porque una de las cosas mas principales en que nuestras

pronuncia, asimismo, Castillo de Bovadilla, quien encarga a los corregidores que despachen con brevedad los asuntos de las personas miserables puesto que “no tienen quien hable ni importune por sus negocios...”<sup>55</sup>.

Entre el resto de ventajas procesales encaminadas a su protección que enumera Solórzano podemos citar la posibilidad de revocar sus decisiones en el pleito en cualquier instante del proceso, el que no incurren nunca en contumacia judicial, la no presunción de dolo o engaño efectuado por ellos o la absoluta libertad para que presenten testigos y pruebas en cualquier momento. Finalmente, también recomienda nuestro autor que no se les tome juramento, pues desconocen su significado y pueden cometer perjurio con gran facilidad<sup>56</sup>.

Especial relevancia cobra el privilegio que considera los pleitos en los que se vean incursos estas personas como casos de Corte y que es puesto de relieve, también, por Gaspar de Villarroel y Matías del Campo. El conde de la Cañada nos explica la razón por la que se consideran incluidos en esta categoría los procesos que afectan a las *miserabiles personae*. Estos asuntos mueven “... la equidad y conmisericordia de los Reyes, y de los tribunales que inmediatamente los representan, y juzgan á su nombre”<sup>57</sup>. Esta ventaja sigue

audiencias de las Indias han de servirnos, es tener muy especial cuidado del buen tratamiento de los Indios, y su conservacion. Mandamos, que se informen siempre de los excesos, y malos tratamientos, que les son, ó fueren hechos por los Governadores, ó personas particulares, y como han guardado las Leyes, Ordenanças, é Instrucciones que les han sido dadas, y para el buen tratamiento de ellos están fechas, y en lo que se huviere excedido y excediere tengan cuidado de lo remediar, castigando los culpados por todo rigor, conforme á justicia, y no den lugar, que en los pleytos entre Indios, ó con ellos se hagan processos ordinarios, ni haya dilaciones, como suele acontecer, por la malicia de algunos Avogados y Procuradores, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos, y que tengan las Audiencias cuidado, que assi se guarde *por los otros Iuezes inferiores*”; Recopilación de Leyes de Indias, V, X, X: “D. Iuana y D. Fernando V... Que los pleytos de Indios se actuen, y resuelvan la verdad sabida. Los Pleytos entre Indios, ó con ellos, se han de seguir, y substanciar sumariamente, según lo resuelto por la ley 83. tit. 15. lib. 2. y determinar la verdad sabida...”

<sup>55</sup> Castillo de Bovadilla, *Política para corregidores y señores de vassallos en tiempo de paz y de guerra...*, edic. facsímil de la de Amberes de 1704 (Madrid, 1978), III, XIV, n. 76: “Tenga muy gran cuydado de oyr y despachar al forastero, que haze costa fuera de su casa, y al pobre, y al menor, y à la viuda y al huerfano y al labrador, y miserables personas, que no tienen quien hable ni importune por sus negocios, no para hazer agravio à sus adversarios por las dichas calidades, sino para entender bien, y procurar saber su derecho y razon, y para despacharles con brevedad y sin costa, ygualando à todos en la distribucion de la justicia, que por esto se llama el juez ygualador y mediador: pero bien puede y debe en caso ygual despachar primero la causa del pobre, y de las miserables personas, que la del rico, como diximos en otro lugar”.

<sup>56</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 25 y 33.

<sup>57</sup> Conde de la Cañada, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan, y*



la línea marcada por la famosa *constitutio* de Constantino que garantizaba la protección procesal de las personas miserables al no permitir que se les demandase ante otro tribunal que no fuese el de su provincia y al posibilitar el amparo de estos desvalidos ante el príncipe. Partidas, al analizar al demandado, no hace más que seguir estos principios afirmando que los pleitos se verán, con carácter general, ante el tribunal donde habite éste – Partidas, III, III, IV – pero, a continuación, exceptúa algunos supuestos que constituyen casos de corte y que deberán ser vistos ante el Rey, entre los que se encuentran los pleitos dirigidos a las personas miserables<sup>58</sup>. Además, las personas miserables gozan de fuero mixto, tal y como señalaron un buen número de juristas, pues sus causas pueden dirigirse ante los tribunales laicos pero también ante los eclesiásticos, pues a ellos compete la protección de estos desvalidos. Pero estas consideraciones exceden el objetivo del presente artículo<sup>59</sup>.

Por lo que se refiere a los privilegios penales se considera que por su condición deben recibir penas moderadas salvo comisión de delitos atroces o con malicia o si se agravia a otros<sup>60</sup>. Cita Solórzano como respaldo la doctrina de Alberico y de Lucas de Penna, quienes defienden la templanza en los castigos de rústicos y menores en atención a su escasa capacidad.

Igualmente, Alonso de la Peña estima que los delitos por ellos cometidos deben recibir un castigo menor ya que no actúan con pleno conocimiento y les falta malicia<sup>61</sup>. Siguiendo a Solórzano exceptuó el caso de los delitos atroces y aquellos en los que se daña a terceros<sup>62</sup>.

*acaban en los tribunales reales*, 2ª edición, (Madrid, en la oficina de Don Benito Cano, 1794), parte III, capítulo IV, n.10, 494.

<sup>58</sup> *Partidas*, III, III, V: “Sobre qual pleyto, son tenudos los demandados de responder antel Rey, maguer non les oviessen primeramente demandado por su fuero. Contiendas, e pleytos, y ha sin aquellos que avemos dicho en la ley ante desta que son de tal natura, que según fuero de España, por razon dellos, son tenudos los demandados de responder antel rey: maguer non les demandassen, primeramente, por su fuero. E son estos... o por pleyto que demandasse huerfano, o ome pobre, o muy cuytado, contra algund poderoso, de que non podiesse tambien alcançar derecho, por el fuero de la tierra. Ca sobre qualquier destas razones, tenuto es el demandado, de responder ante el Rey, do quier que lo emplazassen. E non se podria escusar, por ninguna razon porque estos pleytos, tañen al Rey, principalmente, por razon del señorío”.

<sup>59</sup> Sobre el tema vid. una primera aproximación en Castañeda Delgado, ‘La condición miserable del indio’, 260-262. Relación con este punto presenta una *quaestio disputata* de Iacopo Belvisi que he trabajado en una estancia en la Universidad de Catania bajo la dirección del profesor Bellomo y que espero presentar en breve, al hilo de una exposición más concreta de los problemas procesales y de competencia en este ámbito que se suscitan con relación a las *miserabiles personae*.

<sup>60</sup> Solórzano, *Política Indiana*, II, XXVIII, 31.

<sup>61</sup> “La rusticidad y simplicidad que tienen los indios, obligan a que los jueces usen de toda la piedad posible en castigar sus delitos, usando con ellos de toda piedad: porque, como obran el mal con imperfecto conocimiento, tienen menos de voluntario y

Por otro lado, desde el punto de vista pasivo, los delitos cometidos a los indios eran castigados con más rigor y perseguibles de oficio, tal y como señala la Recopilación de Indias: “Ordenamos y mandamos, que sean castigados con mayor rigor los Españoles que injuriaren, ó ofendieren, ó maltrataren á Indios, que si los mismos delitos se cometiesen contra Españoles, y los declaramos por delitos públicos”<sup>63</sup>.

También analiza los privilegios que reciben los indios Gaspar de Escalona y Agüero, abogado criollo de Lima, que pretendió recopilar todo el derecho personal de los indios del Perú recogido en las leyes españolas para que pudiesen conocerlo los criollos. Su intento no pasó de un mero proyecto, pues la obra no llegó a terminarse<sup>64</sup>. García-Gallo ha dado a conocer el proemio y los índices de los cuatro libros programados según un manuscrito conservado en el Palacio Real de Madrid, el primero de los cuales analiza los privilegios apostólicos y reales de que gozan los indios. Gaspar de Escalona justifica la existencia de éstos debido a la condición de personas miserables de aquéllos y así señala al presentar los diferentes libros en la introducción proemial: “... El primero consta de todos los privilegios que e alcanzado aver concedido Su Sanctidad a esta gente o el Rey nuestro Señor y sus Virreyes, a título de miseria, pobreza, rusticidad y menoría”<sup>65</sup>. El título segundo de este libro cita como privilegios reales, entre otros, los siguientes: XII. Breve y sumario despacho, XIII, Prelación de sus causas a otras, XIV, derechos procesales, XXVII, Castigo de delitos contra indios, XXX, solemnidad de testamentos, XXXII, Arrepentimiento en sus contratos. Como se observa, se presentan tanto ventajas en el orden procesal, como en el penal y en el privado pero la falta de desarrollo de este índice impide concretar cada uno de ellos. Para resolver este problema, podemos acudir al manuscrito sevillano, trabajado por Sánchez Bella que, pese a tratarse de una obra inconclusa, aporta más datos para conocer la intención de Escalona y explica de forma más pormenorizada alguno de los privilegios de que gozan los indios. Se incluyen en este documento más privilegios que los reseñados en el texto custodiado en Madrid<sup>66</sup> y del total de ellos – 67 – sobre 27 se efectúa un tratamiento más

libre, con que la malicia es menos, y así la pena también ha de ser menor que la que se da a los que obran mal con perfecto conocimiento”, vid. Peña Montenegro, *Itinerario para párrocos...*, libro II, Tratado I, sección II, n.1.

<sup>62</sup> Peña Montenegro, *Itinerario para párrocos...*, libro II, Tratado I, sección II, n.3.

<sup>63</sup> Recopilación de leyes de Indias, VI, X, XXI.

<sup>64</sup> Vid. sobre el particular, A. García-Gallo, ‘El proyecto de “Código Peruano” de Gaspar de Escalona y Agüero’, AHDE, XVII, (1946), 889-920, I. Sánchez Bella, ‘Notas sobre Gaspar de Escalona y Juan Luis López, juristas del Virreinato peruano’, *Revista Chilena de Historia del Derecho* 6 (1970) 217-237 y Castañeda Delgado, ‘La condición miserable del indio’, 319-335.

<sup>65</sup> García-Gallo, ‘El proyecto de “Código Peruano”’, 914 (fol. 15r del manuscrito).

<sup>66</sup> Entre los privilegios procesales novedosos merecen destacarse los siguientes: “25. En caso dudoso, se ha de sentenciar a favor de indios. 28. Nunca perece la instancia a favor de indios actores y otras personas miserables. 30. Indios pueden apelar omiso

pormenorizado consistente en presentar la legislación que ampara a cada uno así como la doctrina jurídica que los analiza. De éstos que reciben un desarrollo significativo merecen destacarse tres, uno de carácter penal – que se castiguen con mayor fuerza los delitos cometidos contra los indios –, otro de índole procesal – que sus negocios se resuelvan de forma sumaria – y, finalmente, un privilegio de derecho civil relativo a la menor solemnidad de sus testamentos.

### 7. *Algunos ejemplos prácticos: la Real Audiencia de Chile*

El estudio de la condición jurídica del indio como persona miserable no sería completo si al lado del análisis de la legislación y doctrina jurídica expuesta, que responde al desarrollo teórico que realizaron los más destacados autores indianos, no se analiza la visión práctica de esa situación de protección y privilegios que reciben los indios. Para ello he examinado algunos procesos de la Real Audiencia de Chile – conservados en el Archivo Nacional de Santiago de Chile – que ponen de relieve esta circunstancia. Se trata de unos pocos ejemplos pero significativos – creo – a la hora de apreciar cómo los Tribunales manifestaban la situación desfavorable de los indios y la necesidad de que recibiesen protección. Los jueces conocen, pues, toda la teoría expuesta por los juristas del Nuevo Mundo en la que se presenta al indio como persona miserable.

El primer ejemplo se refiere al juicio que a comienzos del siglo XVIII el protector general de indios sigue con el Fiscal sobre discrepancias en el pago de tributos por parte de los indios<sup>67</sup>. Con independencia del asunto principal, interesa poner de relieve el parecer de la Real Audiencia, al señalar – folio 75 – que con los indios no se deben entender con rigidez los plazos.

medio al superior et per saltum. 35. Después de concluida la causa para sentencia se admiten testigos a favor de los indios. 36. La confesión extrajudicial es probanza suficiente a favor de los indios. 37. Indios y otras personas miserables pueden poner excepciones dilatorias después de contestada la demanda”. Por lo que se refiere a ventajas en el campo del derecho privado podemos referirnos a dos relativas a testamentos y legados: “44. El testamento en que son instituidos indios u otras personas miserables con solas conjeturas y presunciones, queda firme y aún basta el asentir con la cabeza el testador. 45. El legado de cosa ajena hecho a favor de persona miserable cual es el indio, vale de derecho indistintamente, sépalo o no el testador”. Por último, en el ámbito penal Escalona recoge con el número 33: “La injuria y maleficio hecho a indios se debe castigar aún con mayor rigor que si fuese hecho a españoles”, vid. todos ellos en Sánchez Bella, ‘Notas sobre Gaspar de Escalona y Juan Luis López’, 224-225. Resulta interesante resaltar en esta enumeración de privilegios las constantes alusiones que Gaspar de Escalona realiza a los indios calificándolos como personas miserables.

<sup>67</sup> Archivo Nacional de Chile (en adelante, A.N.CH.), Real Audiencia de Chile, vol. 1221, pieza 2ª.

Otro de los pleitos examinados tiene lugar en 1680. El Protector General de Indios entabla juicio con Juan de Cisternas Carrillo sobre mejor derecho a las tierras del cacicazgo del pueblo de indios de Copiapó<sup>68</sup>. En el expediente – folio 117 – se constata y afirma una condición privilegiada de los indios, al no correr prescripción contra ellos.

Por último, a finales del siglo XVIII, en el pleito que sostienen los indios de Tagua-Tagua con Simón Salgado y otros sobre el deslinde de tierras en ese pueblo, se defiende el principio de la restitución de tierras a los indios “... porque quando es persona privilegiada como los Indios, que siempre se reputan en la clase de menores, entonces se les socorre con el beneficio de la restitución contra ese mismo consentimiento”<sup>69</sup>. Pese a que no se les define como personas miserables de forma explícita, se les equipara a los menores, uno de los grupos por excelencia que integran esta categoría.

## 8. Conclusiones

De lo expuesto en las páginas precedentes se pueden extraer varias ideas fundamentales. Así, resulta claro que el derecho indiano se sirvió de los principios, de las *figurae* del derecho común. Esto es lógico y no nos debe sorprender si tenemos en cuenta que ese derecho de las Indias conformaba un derecho propio que en este sentido se comportaba del mismo modo que el resto de *iura propria* europeos con respecto al *ius commune*. La categoría de personas miserables recogida en los *libri legales* – en la célebre constitución de Constantino – y desarrollada por todo un conjunto de juristas europeos que trabajan sobre esas fuentes de *ius commune* es aceptada en el Nuevo Mundo sobre la base de la idea de protección y acogida a personas desvalidas. A ese grupo de viudas, pobres, huérfanos, etc., el derecho indiano asimila a los indios, tomando en consideración la necesidad de amparo que presentan. En este sentido, el discurso de los juristas indianos y de la legislación castellana – *ius proprium* – toma como base el *ius commune*, bebe de sus fuentes y así explica ese *favor protectionis*. El derecho propio se aplica usando el derecho común. De nuevo, vemos operando al sistema del derecho común en todo su esplendor, tal y como ha sido descrito con gran maestría por el profesor Bellomo.

Pero el uso de las fuentes del derecho común no se limita a uno de esos grandes bloques que lo integra – el *ius civile* – sino que también se acude al otro tronco – el *ius canonicum* –. Los indios son considerados *miserabiles personae*, también, por su condición de neófitos, de recién convertidos a la fe – tal y como señala en su glosa de Partidas Gregorio López – lo que justifica las citas a Inocencio IV y nos lleva al *Corpus Iuris Canonici* y al tratamiento de

<sup>68</sup> A.N.CH., Real Audiencia de Chile, vol. 1335, pieza 16<sup>a</sup>.

<sup>69</sup> A.N.CH., Real Audiencia de Chile, vol. 1589, pieza 3<sup>a</sup>, folio 260.

los indios como personas miserables dentro del ámbito del derecho propio a través de su examen en los diferentes concilios indianos.

Por otro lado, la aplicación de todos estos aspectos teóricos ha quedado demostrada a través de algunos ejemplos de la actividad judicial llevada a cabo en la Real Audiencia de Chile.

En definitiva, con independencia del lugar en que se coloque al *ius commune* en los diferentes sistemas de prelación de fuentes que surgen por toda Europa, el derecho común debe ser entendido como algo más que un mero derecho positivo, debe de analizarse no sólo bajo el prisma de los derechos propios sino desde la óptica que le confiere un claro protagonismo como fuente explicativa y conceptualizadora de todas una serie de principios y figuras jurídicas que son utilizadas por todos los *iura propria*. Y estas consideraciones no son mías, sino del profesor Bellomo, como es sabido, al que he pretendido homenajear, modestamente, con el desarrollo del principio del *favor protectionis* en Indias y la exposición de un ejemplo más del funcionamiento del sistema del derecho común.