

# La consideración jurídica del indio como persona: el Derecho Romano, factor de resistencia en el siglo XVI

*Gorki Gonzales Mantilla*

## I. Presentación

Son diversas las impresiones que el hallazgo de los «nuevos territorios» produjo en los europeos recién llegados, así como diversa era la realidad «descubierta». Están aquéllos en quienes se suscita la imagen de un mundo idealizado, en el cual los indios aparecen como seres felices, que viven «...en la Edad del oro, desnudos, sin pesos ni medidas, sin el mortal dinero, sin leyes, sin jueces calumniosos, sin libros, contentándose con la naturaleza, viven sin solicitud ninguna acerca del porvenir»<sup>1</sup>. Pero la idea del «buen salvaje» presente en esta inicial percepción, sin embargo, no duró mucho ni fue unívoca. Así, hubo también quienes sostuvieron por el contrario, que «esta gente destos indios de sí misma es para poco, e por poca cosa se mueren o se ausentan e van al monte; porque su principal intento (...) era comer, e beber, e folgar, e lujuriar, e idolatrar, e ejercer otras muchas suciedades bestiales»<sup>2</sup>.

Las imágenes, en uno u otro caso, explican los esfuerzos para dar sentido a esta nueva y compleja realidad. En ella, la forma como serían vistos y tratados los indios, cubrió un espacio importante y prioritario en el universo de preocupaciones surgidas con motivo de este descubrimiento. Es por esto que el solo hecho de haber encontrado una comunidad de seres humanos ocupando los

- 1 ANGLERÍA, Pedro Mártir de. *Décadas del Nuevo Mundo*. Trad. de Agustín Millares Carlo. México, José Porrúa e Hijos, 1964, Lib. II, cap. IV, p. 21.
- 2 FERNÁNDEZ DE OVIEDO, Gonzalo. *Historia General y Natural de las Indias*. Edición y estudio preliminar de Juan Pérez de Tudela. Madrid, Editorial Atlas, 1959, Lib. IV, cap. II, t. I, p. 197.

«nuevos territorios» hizo que el conjunto de problemas políticos y económicos, consustanciales a la naturaleza de la empresa colonizadora, se vincularan de manera definitiva al tratamiento jurídico al que habría de someterse a sus habitantes.

El presente trabajo se propone analizar uno de los problemas más importantes para el Derecho y el pensamiento jurídico del siglo XVI. Se trata de precisar los elementos conceptuales que han permitido la construcción de la noción jurídica de persona atribuida al indio, a partir de la tradición del *ius commune*. Se incluyen en este análisis las formulaciones que, situadas al margen de este sistema, litigaron permanentemente con él y lograron filtrarse a su interior. En suma, el estudio tiene por objeto establecer la vigencia del concepto de persona de base romanística como eje para la consideración jurídica del indio.

Si bien el tema tiene un obligado marco histórico de referencia, el perfil de análisis propuesto prioriza el énfasis en la identificación y estudio de los problemas jurídicos. Para tal efecto, el razonamiento empleado tiene su punto de apoyo en el desarrollo de la noción jurídica de persona proveniente del Derecho romano, presente en forma sistemática a través del Derecho común desde las primeras manifestaciones jurídicas en el nuevo orden. Las formulaciones teóricas de Juan Ginés de Sepúlveda, Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas son el núcleo conceptual a partir del cual se discute la problemática en mención.

## **II. La noción hombre-persona: las definiciones y el debate**

El trato con los naturales fue sin duda el aspecto medular en el proceso de organización de la construcción política en los territorios del «nuevo mundo». La constelación de los distintos intereses de la Corona, la Iglesia y los colonizadores demuestra, más aún, que la obtención del control político sobre la población indígena tenía que ser la cuestión predominante, pues ésta era el requisito para el control económico de los recursos de las nuevas regiones y sus habitantes<sup>3</sup>.

3 PIETSCHMANN, Horst. *El Estado y su evolución al principio de la colonización española en América*. México, Fondo de Cultura

Esto explica en términos inmediatos que los objetivos políticos y económicos tuvieran que compartir la escena con lo discutido en la vía de lo jurídico y teológico. En efecto, si las tierras americanas hubieran estado despobladas, el problema de los españoles se habría reducido a establecer los términos para la ocupación y posterior colonización de las mismas, pero la presencia de comunidades de «hombres infieles» ocupando esos territorios hizo que el panorama se tornara cargado de problemas de diversa naturaleza<sup>4</sup>.

Económica, 1989, p. 109. Por otra parte, es de precisar que cuando se produce el arribo del primer viaje de Colón en 1492, el objetivo prioritario de la empresa como tal, y de los Reyes Católicos, es expansivo y económico. Lo que no significa que el ánimo de evangelizar las nuevas tierras no estuviera presente, pero será recién a partir de 1493, con las bulas «Inter Caetera» o Bulas Alejandrinas, que éste se hará patente. Aunque es preciso indicar que la búsqueda de este tipo de respaldo en la Iglesia, tuvo detrás intereses igualmente políticos y económicos, pues estaba encaminada a consolidar la soberanía de las tierras que se descubriesen en el futuro y a la exclusividad en el comercio y la navegación en dichos territorios y sus mares aledaños. Véase RUMEU DE ARMAS, Antonio. «La libertad del aborigen americano», en *Estudios sobre política indigenista española en América*. Valladolid, Seminario de Historia de América de la Universidad de Valladolid, 1975, t. I, p.49-50.

- 4 ICAZA DUFOUR, Francisco de. «De la libertad y capacidad del indígena». En *Revista de Investigaciones Jurídicas*. Año 17, México, 1993, p. 37. En tal sentido, ha precisado Silvio ZAVALA, que cuestiones como la justicia de los títulos de la invasión española, con todo lo que eso implicaba, es decir, la apropiación de los bienes y tesoros encontrados en los nuevos territorios, así como la justicia de la guerra efectuada contra los indios, forman parte del primer ciclo de problemas que tuvieron que afrontarse, apenas producido el arribo de los españoles a las costas americanas. Véase *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*. Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1935, p. 1-10.

En este contexto, se explica el hecho de que, a la vuelta del primer viaje de Colón, los Reyes Católicos se preocuparan por conseguir la consagración papal de sus derechos sobre las tierras descubiertas y por descubrir. Además de producir el efecto deseado, la respuesta papal no puso en tela de juicio la capacidad racional de los naturales de los territorios recién descubiertos, pero tampoco la afirmó de manera contundente. En cualquier caso, se sostiene que las gentes «...que pacíficamente viven, y que según dicen andan desnudos y no comen carne ; y (...) las tales gentes, habitantes de las antedichas islas y tierras, creen en un Dios creador que esta en los Cielos, y parecen bastante

## II.a. El *Ius commune* como contexto

Es de precisar que el sentido de la expresión *Ius commune*, cuyo origen proviene del Derecho romano clásico, fue utilizada para aludir a la regulación jurídica de aplicación general, frente a una de aplicación especial para casos o clases de personas determinadas<sup>5</sup>. Fue el jurista Gayo (siglo II d.C.) quien otorgó al término un significado más complejo, adoptándolo para expresar un Derecho usado por todos los pueblos, respecto de otro utilizado exclusivamente por determinado pueblo<sup>6</sup>. Al inicio de sus Instituciones (1.1), Gayo establece en forma clara los términos de tal contraposición:

Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte un *derecho común* a todos los hombres. Así, pues, lo que cada pueblo constituye como derecho para sí mismo, es *derecho propio* de la misma ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio de esa ciudad; mas lo que razón natural constituye entre todos los hombres es observado por igual entre todos y se llama derecho de gentes, como derecho que usan todas las gentes.

Las Instituciones y el Digesto de Justiniano recogen el texto de Gayo junto a otro semejante de Ulpiano<sup>7</sup>, y ambos servirán como base para la discusión de los juristas medievales en torno a la existencia de un Derecho de aplicación universal frente a otro de

aptos para recibir la fe católica y serles enseñadas buenas costumbres...». De este modo, la soberanía concedida por el Papa Alejandro VI, estuvo subordinada a la evangelización de los habitantes. Cf. MORALES PADRÓN, Francisco. *Teoría y leyes de la Conquista*. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, Centro Iberoamericano de Cooperación, 1979, p. 165-179.

5 El derecho especial más característico es el previsto, por ejemplo, en D.28.3.7, que se refiere al testamento de los militares. Véase el prólogo de Alejandro Guzmán Brito en BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. XI.

6 *Ibid.*, p. XII.

7 El pasaje del libro I de las Instituciones de Ulpiano, conservado en D.1.1.6, dice: «El derecho civil es aquel que ni se aparta en todo del natural o de gentes ni se adapta totalmente a él. Así pues, cuando añadimos o sustraemos algo al *derecho común*, lo convertimos en derecho propio, es decir, civil».

aplicación restringida a una comunidad y originado en ella misma<sup>8</sup>. Aunque es preciso anotar que ya el propio Justiniano, al momento de codificar el conjunto de reglas e instituciones jurídicas del pueblo romano (*ius Romanum*<sup>9</sup>), establece su identificación con el *ius commune* para todos los hombres, pues es finalmente a causa de éstos que se constituye el Derecho (*ius hominum causa constitutum*)<sup>10</sup>. Esta perspectiva operativa que fija la vinculación del *ius commune* con el *ius Romanum*, permite sostener su función sistemática y de unificación del sistema hacia el futuro.

En tal sentido, desde fines del siglo XI, como consecuencia del énfasis puesto en los estudios del Derecho romano y del Derecho canónico en varias universidades de Europa, se produce un derecho

- 8 BRAVO LIRA, *op. cit.*, p. XIII. Desde otra perspectiva ORESTANO ha señalado que para el Derecho romano clásico el *ius commune* aparece como resultado de la contraposición con el *ius militare*, en orden a las especiales disposiciones que regulaban el testamento de los militares, tal como se desprende de D.7.28.3; D.3.29.1. De manera que el *ius militare* se opone al *ius commune* como *ius singulare*, lo cual no significa otra cosa que ambos conceptos son correlativos y se explican uno en función del otro. No habría necesidad de determinar la existencia de un *ius commune* si no existiese un *ius singulare*. No existiría una norma calificable como *ius singulare* si no existiese una norma más general que en esta relación deviene como *ius commune*. Ver: ORESTANO, Ricardo. *Ius Singulare e Privilegium in Diritto Romano. Contributo storico-dommatico*. Tolentino, 1937, p. 24-27. Mas de cualquier forma, lo que interesa a nuestros efectos es que el *ius commune* es usado como un complejo de normas que regula de manera general, es decir, en tanto representa un derecho que vale uniformemente para todos aquellos a quienes no se aplica la norma del *ius singulare*.
- 9 En realidad la expresión *ius Romanum* cumple una función sistemática y universalizante. Con ella se alude al conjunto de problemas personales y espaciales o de relación con el sistema jurídico; así mismo, el concepto es utilizado para confrontarlo con la realidad externa al sistema (de manera dinámica), para incluirla en éste o excluirla. Ver: CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1990, p. 90.
- 10 Refiriéndose al *ius commune*, Sandro SCHIPANI advierte que: «tal *ius* encuentra en la designación *ius Romanum*, la expresión sintética, puntual, operativa, que fija el perfeccionamiento de la unidad del sistema de Justiniano» en devenir expansivo. Véase «Il Diritto Romano nel Nuovo Mondo». Estratto da *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, Génova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, p. 56-57.

con pretensiones de validez general, llamado por eso mismo Derecho común. Este Derecho se considera superior a los derechos propios de cada nación, grupo, región o reino, y se expande junto a ellos<sup>11</sup>. La penetración del Derecho romano en los «nuevos territorios» tuvo entonces una doble vía. La desarrollada por el Derecho castellano que tuvo vigencia en América, debiendo poner especial énfasis en el caso de las Siete Partidas, y junto a ellas, la doctrina de los juristas que concurren a elaborar el derecho específico de Indias.

## II.b. La unidad jurídica del concepto hombre-persona

En este contexto se identifica el sentido que guarda la consideración jurídica de la noción de persona. Una primera forma de encarar el problema en esa perspectiva aparece en la línea de los principios expresados por la propia reina Isabel en su codicilo de 1504<sup>12</sup>, que en forma temprana permiten percibir el uso de la categoría hombre-persona<sup>13</sup>, precisamente para hacer frente al trato cruel e inhumano del que eran objeto los indios; es decir, como bien precisa Bravo Lira<sup>14</sup>, una categoría proveniente del Derecho romano aplicada a pueblos completamente ajenos a esa tradición.

Por otra parte, la veracidad del trato inhumano al que eran sometidos los indios será recogida en el célebre sermón de fray

11 GARCÍA GALLO, Alfonso. *Estudios de Historia del Derecho Privado*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1982, p. 28.

12 BATAILLON, Marcel, y SAINT LU, André. *El padre de las Casas: la defensa de los indios*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 76. En opinión de estos autores, la reina Isabel conjuró a sus sucesores, en un codicilo célebre, no sólo a respetar la obligación de evangelizar a los indios, sino que también insiste en que sean tratados con humanidad. «Sea su principal fin ...procurar inducir y traer a los pueblos de ellas y los convertir a nuestra Santa Fe Católica ...y no consientan ni den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas Indias y Tierra firme ganadas y por ganar, reciban agravios algunos en su persona y bienes, mas mando que sean bien y justamente tratados...» Codicilo de Medina del Campo, 23 de noviembre de 1504, citado por: BRAVO LIRA, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, p. 196.

13 *Ibid.*, p. 197.

14 *Loc. cit.*

Antonio de Montesinos, el primer domingo de adviento de 1511 en la isla Española, reiterado en la homilía siguiente, y que según se desprende del discurso estaba de «alguna forma institucionalizado en el sistema de encomiendas»<sup>15</sup>. Mas lo que interesa recalcar es que el sentido del texto de este sermón, revela con crudeza el centro de la definición del problema en los primeros años de la colonización: la condición humana de los indios. No es casual, por ello, que el fraile dominico se pregunte: «Éstos ¿no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales?»<sup>16</sup>. Las palabras del Padre Montesinos representan en cualquier caso la exacta conceptualización del largo debate en torno a la caracterización jurídica de los indios. Tal como advierte Schipani<sup>17</sup>, es la unidad de base presente en la noción de hombre, propia del sistema del *ius Romanum/commune*, que reacciona y se instituye como el núcleo contra el cual se enfrentan los diversos planteamientos que se levantarán en forma adversa<sup>18</sup>.

El antecedente inmediato de esta perspectiva se identifica en las Siete Partidas. En ellas se define el estado de los hombres, sin perder de vista el contenido concreto de la noción, reconociendo a todos los seres humanos al interior de la misma, independientemente de las divisiones por razón de estatus, nacimiento o género. El principio reza de la siguiente manera:

El estado de los omes e la condicion dellos, se departe en tres maneras. Ca o son libres o siervos, o aforrados a que llaman en latín libertos. E a un y ha otro departamento. Ca o

15 GARCÍA, Antonio. «El sentido de las primeras denuncias». En *La ética en la conquista de América*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984, p. 72. Fueron las reales cédulas fechadas en Alcalá de Henares el 20 de marzo de 1503 y en Zaragoza el 29 de marzo del mismo año, las que organizaron el sistema de trabajo forzado a través de las encomiendas, como se puede ver en KONETZKE, Richard. *Colección de documentos para la formación social de Hispanoamérica, 1493-1810*, vol. I (1493-1592), Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1953, p. 9. Los indios serían reunidos en aldeas, catequizados y civilizados bajo la autoridad de un español encomendero, que les garantizaba también justicia y protección; a cambio, serían sometidos a un servicio forzado, por turno, bajo las órdenes de los caciques.

16 LAS CASAS, Bartolomé de. *Historia de las Indias*. Madrid, Aguilar, s. f., Lib. 3, cap. IV, p. 25.

17 SCHIPANI, Sandro. «Il Diritto Romano nel Nuovo Mondo», p. 70.

18 *Loc. cit.*

son nascidos, o por nascer... (Partida IV, Título XXIII).

La definición otorgada por las Siete Partidas es clara, no obstante su rudimentario lenguaje. Al lado del reconocimiento del hombre como expresión que indica el estado natural de todos los seres humanos, libres, siervos y libertos; nacidos o por nacer (Part.IV.23), se encuentra el uso de la palabra «persona», para indicar la referencia concreta al hombre que en cada caso actúa en la vida jurídica, tal como se desprende cuando se afirma que «*E tiene muy grande pro en conoscer, e en saber el estado de los omes, por que mejor pueda ome departir e librar lo que acaesciere en razón de las personas dellos*» (Part. 4.23.2).

Ahora bien, como ha precisado Catalano<sup>19</sup>, la noción jurídica concreta de hombre que proviene de *homines*, además de ser característicamente romana, es antiquísima. Precisamente esta noción es la que da lugar al título V del Digesto de Justiniano (*De statu hominum*) y se encuentra conectada a las nociones también concretas de *liberi, servi, cives Romani, ingenui, libertini, qui in utero sunt*, etc., a las cuales permite tutelar. Por lo tanto, son hombres los libres y los esclavos (Gayo 1.9), los *cives* romanos y los extranjeros, los que se encuentran bajo la patria potestad (*alieni iuris*) o los que están fuera de ella (*sui iuris*), los nacidos o por nacer.

Cuando los juristas empezaron a utilizar el término persona<sup>20</sup>, según lo precisa Orestano<sup>21</sup>, querían indicar un aspecto del hombre en cuanto tal, en ese sentido, se recuerda a Gayo (I.9) cuando afirma: *et quidem summa divisio... personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sun aut servi*<sup>22</sup>. Por ello, para los juristas romanos antiguos las nociones de *homo* y de *persona* evidencian distintos aspectos de una misma realidad concreta: el hombre.

19 CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone*, p. 167.

20 La palabra «persona», siguiendo a Albanese, es de origen etrusco, y alude originariamente a la máscara teatral. En su aplicación jurídica se utiliza para designar al ser humano en cada una de sus posibles roles, es decir, como varón o mujer, libre o siervo, ciudadano o extranjero. Véase ALBANESE, Bernardo. *Le persone nel Diritto Privato romano*. Palermo, Pubblicazione del Seminario Giuridico dell' Università di Palermo, 1979, p. 8.

21 ORESTANO, Ricardo. *Il problema delle persone giuridiche in Diritto Romano*. Torino, G. Giappichelli, 1968, p. 9.

Este es el sentido del párrafo de Hermogeniano en D.1.5.2, «*Quum igitur hominum causa omne ius constitutum...*»<sup>23</sup>, que además de servir de motivo de fondo al orden a partir de la cual se construye el sistema mismo, se refiere a todos los hombres individualmente considerados.

La unidad de base de la noción hombre-persona, presente en el ordenamiento jurídico romano, según afirma Schipani<sup>24</sup>, ha permitido que «los *servi* puedan transformarse en *liberi* y *cives* por voluntad de un ciudadano que ejercita así concretamente la soberanía de la cual él participa...»; pero, más aún, se ha instituido como base ideológica para dar respuesta a ciertas posturas jurídicas y filosóficas que, como la aristotélica, intentaron defender la esclavitud por naturaleza.

La noción hombre-persona, se ubica entonces, como categoría sistemática<sup>25</sup> que permite organizar el conjunto de datos normativos del ordenamiento jurídico, y su valor, por ello, no es genérico o puramente expositivo, sino dogmático. La presencia inicial de la categoría jurídica de hombre irá progresivamente haciendo su aparición con matices de definición más intensos. En junio de 1537

- 22 En textos sin contenido técnico-jurídico, «persona» viene utilizada también para indicar colectividad de hombres (*persona civitatis*, *persona coloniae*). No obstante ello, en todo caso se trata de un uso metafórico que alude siempre al hombre como equivalente de persona: Ver CATALANO. *Op. cit.*, p. 169.
- 23 «Así pues, como todo derecho haya sido constituido por causa de los hombres, trataremos primero del estado de las personas, y después de las demás cosas, siguiendo el orden del Edicto perpetuo y aplicándoles títulos adecuados y conexos, según lo permita la naturaleza de la cosa» (Trad. de Alfonso García del Corral).
- 24 SCHIPANI, Sandro. *Derecho Romano: codificación y unificación del Derecho*. Bogotá, Universidad del Externado, 1983, p. 55-56.
- 25 La carga de la «sistemática», viene referida a la función desarrollada por algunas categorías jurídicas, en el sentido que sirven para institucionalizar una tipología y orden en la experiencia jurídica. Permiten constituir categorías expositivas que ordenan normas e instituciones en torno a los núcleos expresados por ellas, tendientes a su vez a convertirse en conceptos jurídicos generales. En tal sentido, el concepto jurídico de persona incluye el tratamiento de libres y esclavos (Gaio 1.9 ss.; J. 1.3 ss.), comprende además el tratamiento de la patria potestad, del matrimonio y de la adopción (Gaio 1.55; J. 1.9 ss), de la manus (Gaio 1. 143 ss.; J.1.13 ss.) y de la curatela ( Gaio 1. 198 ss.; J.1.23). Véase SCHIPANI, Sandro. *Derecho Romano: codificación y unificación*

la bula *Sublimis Deus*<sup>26</sup> fija doctrinariamente los términos de la consideración racional del indio y confirma la existencia de la unidad de la categoría jurídica de hombre<sup>27</sup>, proveniente de la vía del Derecho romano cristiano y de su evolución a través del *ius commune*:

El Dios sublime ama tanto a la raza humana, que El mismo ha creado al hombre de manera tan sabia para que pueda participar no solamente en las cosas que otras criaturas puedan gozar, sino que le ha dotado con la capacidad para alcanzar el inaccesible e invisible bien supremo y contemplarlo cara a cara; (...) Nos... consideramos convencidos, que los indios son hombres verdaderos y que no solamente son capaces de entender la fe católica sino, que según tenemos entendido, desean vehementemente recibirla (...) los dichos indios y todos los otros pueblos que posteriormente sean descubiertos por los cristianos, por ningún concepto podrán ser privados de libertad o propiedades aun

*del Derecho*, p. 32-42.

- 26 La bula *Sublimis Deus* es el fruto de un proceso de reacción en contra del trato inhumano que se venía dando a los aborígenes, el mismo que incluía la creencia de que los indios no eran capaces para la fe y no tenían la capacidad para vivir por sí solos, sino que requerían estar permanentemente sometidos. Ver: HANKE, Lewis. *El Papa Paulo III y los indios de América*. México, Editorial Jus, 1992, p. 19-23. En torno a la idea de la incapacidad de los indios, Alberto de la Hera advierte citando al Padre Remesal que: «Para que no hubiese que les argüir (a los que hacían grandes estragos entre los indios) *vinieron a negar un principio tan caro y evidente como que los indios eran hombres*, y con esto respondían a quienes les afeaba el término que usaban ellos y el robarles sus personas, hijos y haciendas, como quien no tenía más dominio sobre lo uno o lo otro que las fieras del campo. Esta opinión diabólica tuvo principio en la isla Española, y fue en gran parte para agotar los antiguos moradores de ella, y como toda la gente que se repartía por todo este nuevo mundo de las Indias pasaba primero por aquellas islas, que era en este punto entrar en una escuela de Satanás para deprender este parecer y sentencia del infierno. Lleváronla muchos a México y sembráronla por la comarca, y principalmente los soldados que entraban a descubrimientos y conquistas y nuestra provincia de Guatemala estuvo bien infeccionada de ella». LA HERA, Alberto de. *Los Derechos espirituales y temporales del Nuevo Mundo*. México, Editorial Jus, 1992, p. 102-103.
- 27 SCHIPANI, S. «Il Diritto Romano nel Nuovo Mondo». p. 70-71. En igual sentido, LA HERA, *Los Derechos espirituales y temporales*

cuando estuvieran fuera de la fe, y que podrán libre y legítimamente disfrutar de su libertad y la posesión de sus propiedades y no podrán por ningún motivo ser reducidos a esclavitud pues si de otro modo sucediera, ello sería nulo y sin efecto<sup>28</sup>.

Vemos que son tres los puntos sobre los cuales incide con especial énfasis: a) la capacidad de los indios para recibir la fe y la necesidad de que se les dé a conocer, b) la prohibición de reducirles a esclavitud, pues son libres por naturaleza, y c) la prohibición de privarles de sus bienes. Los términos explícitos en el título doctrinal de la bula resumen la consideración de la naturaleza humana como la base para alcanzar el perfeccionamiento a través de la fe. Y se acentúa el sentido de esta consideración unitaria al sostener que todos los hombres son capaces de la misma<sup>29</sup>.

Esta posición se ha de reflejar años después en las Leyes Nuevas, cuando se sanciona que los indios «...*sean instruidos y enseñados en las cosas de nuestra santa fe católica y bien tratados como personas libres y vasallos nuestros como lo son...*»<sup>30</sup>, retomando una antigua instrucción de los Reyes Católicos<sup>31</sup>. De manera que el concepto unitario de hombre viene conscientemente readquirido en consonancia con el documento pontificio citado<sup>32</sup>.

La fuerza de este razonamiento condicionó el marco teórico en el cual habrían de moverse los argumentos para afirmar los derechos de los habitantes de los nuevos territorios. Más aún, se instituyó

*del Nuevo Mundo*. p.95

28 Traducida del latín al español por el Padre Mariano Cuevas, S.J., *Documentos inéditos del siglo XVI para la historia de México*. México, D.F., Biblioteca Porrúa, 1975, doc. XVIII, p. 84-86.

29 LA HERA. *Los Derechos espirituales y temporales del Nuevo Mundo*, p. 180-181.

30 KONETZKE. *op. cit.*, p. 145.

31 Instrucción al comendador frey Nicolás de Ovando, gobernador de las islas y tierra firme del Mar Océano. En: KONETZKE, *op. cit.*, p. 4-5. La afirmación es similar a la contenida en las Leyes Nuevas: « ... Nos deseamos que los indios se conviertan a nuestra santa fe católica y sus ánimas se salven. (...) diréis de nuestra parte a los caciques que Nos queremos que los indios sean muy bien tratados como nuestros buenos súbditos y vasallos...».

32 SCHIPANI, «Il Diritto Romano nel Nuovo Mondo», p. 71. Es importante anotar, según precisión de este mismo autor que, las Nuevas Leyes «constituiscono un rinnovato sforzo di traduzione in un

como el núcleo contra el cual habrían de enfrentarse los argumentos que pugnaban por restringirlos o negarlos. La noción del indio como persona vinculó los efectos jurídicos de los demás problemas de la colonización española en América<sup>33</sup>.

### **II.c. El problema de la condición humana del indio y el concepto de Derecho natural**

Sin embargo, el discurso oficial que en lo jurídico mantuvo la línea de principios a los que nos hemos referido, no tuvo necesariamente un correlato en los hechos. Las diferencias entre los hechos y el Derecho empiezan a hacerse visibles no bien arribaron los primeros europeos al «nuevo continente». En esto jugó un rol importante la diversa actitud de los españoles frente a la nueva realidad, por razones tocantes a la distinta formación personal o intereses de cada cual respecto de ella. Por otra parte, la distinta naturaleza y situación de los indios en razón de sus diferencias étnicas, físicas y culturales, hicieron que el problema que planteaban no siempre fuera el mismo, así como la consideración de los indios por parte de los españoles tampoco fue siempre la misma.

Está claro que los problemas jurídicos planteados por el arribo de los españoles a las costas del «nuevo mundo» exceden por su magnitud y peculiares circunstancias los cuadros del Derecho tradicional y positivo<sup>34</sup>. El asunto habría de merecer la atención y deliberación de una junta de letrados, canonistas y teólogos. De este reexamen, resulta que el punto de articulación entre el orden jurídico y la concepción general estará constituido por el Derecho natural. Sobre la base de éste debía edificarse el orden jurídico positivo, que se integraba también, a través de él, en una concepción unitaria del Universo<sup>35</sup>. De este modo, la determinación de un problema como el de naturaleza racional de los indios, sólo podría

complesso organico di disposizioni, destinati all' applicazione, della ininterrotta linea del diritto comune, del suo unitario concetto di uomo, che quindi non si modifica, ma viene consapevolmente riacquisito».

33 ZAVALA, Silvio. *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, p. 56-57.

34 GARCÍA-PELAYO, Manuel. Estudio preliminar a Juan Ginés de Sepúlveda, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los*

ser tratado en esta nueva dimensión.

En este marco, el auspicio y la opinión de diversos cronistas, juristas y teólogos prominentes, incidió severamente en la consideración de la capacidad y libertad del indio, marcando la línea de separación con los principios provenientes del Derecho romano. En otras palabras, fijada la condición de ser humano del indio y, en cuanto tal, persona, fue materia de cuestionamiento su capacidad racional para asimilar las costumbres occidentales y entender la religión.

Resulta importante, por ello, establecer los alcances de su cuestionamiento, así como los argumentos que le hicieron frente, pues está claro que entre éstos se cuenta la concepción unitaria de la consideración de persona de origen romanista. Es de la posición asumida frente al Derecho natural que derivaría, en buena parte, el carácter otorgado al status del indio a nivel de las propias normas del ordenamiento jurídico posterior. Al respecto, las opiniones más importantes, y en la perspectiva indicada, son las de Juan Ginés de Sepúlveda, Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria. A ellos nos referiremos por separado, puntualizando esencialmente en el tema materia de estudio.

### **[1] JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA (1490-1573)**

Sepúlveda, además de un representante de la Escolástica, es un hombre de formación renacentista que lee a Aristóteles en su idioma original y traduce al latín *La Política*. Como fiel discípulo del Filósofo, trata el problema de las relaciones de los españoles con los indios de manera semejante a como los griegos solían situarse ante los bárbaros<sup>36</sup>.

Para Sepúlveda existe una plena identificación entre ley divina y ley natural. «Todo lo que se hace por derecho o ley natural, se puede hacer también por derecho divino y ley evangélica». Mas, en una visión que busca secularizar el contenido de la ley natural, explica que ésta es una participación de la ley eterna en la criatura racional, impresa por Dios y por la naturaleza en el corazón del

*indios*. México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 4-5.

35 *Ibid.*, p. 7.

36 ZAVALA, Silvio. *La filosofía política de la conquista de América*.

hombre. Define la ley eterna como la voluntad de Dios que quiere que se conserve el orden natural y prohíbe que se perturbe. En consecuencia, la ley natural es la recta razón que permite la inclinación al deber y aprueba las obras virtuosas<sup>37</sup>.

La ley natural declara en la conciencia de los hombres de bien lo que es bueno y justo, pero a esto se mantienen ajenos todos aquellos que han corrompido la recta naturaleza con malas costumbres<sup>38</sup>. Así, el Derecho natural se restringe a la opinión de los hombres doctos, de tal manera que son los pueblos de superioridad natural y ética los que deben determinar aquello que sea justo por naturaleza<sup>39</sup>, esto es, el contenido del Derecho natural.

Para Sepúlveda no todos los hombres y pueblos participan del Derecho natural por su condición de tales<sup>40</sup>, «pues ninguna nación hay de las que son y se llaman civilizadas que no observe la ley natural»<sup>41</sup>; por lo tanto, del Derecho natural sólo participan los pueblos civilizados. Obsérvese que Sepúlveda identifica el Derecho natural humano con el Derecho de gentes<sup>42</sup>, ya que éste coincide con el sentir de los pueblos civilizados, es decir, rige las relaciones de todos los pueblos, a excepción de aquellos tan bárbaros que deben considerarse al margen de la humanidad<sup>43</sup>. En este punto, precisamente, radica la particular visión que Sepúlveda tiene de la naturaleza del indio: «... la índole y costumbres de estos *hombrecillos* tan bárbaros, incultos e *inhumanos*, (...) y eso que todavía no hemos hablado de su impía religión y los nefandos sacrificios en que veneran como Dios al demonio, a quien no creían tributar ofrenda mejor que corazones humanos...»<sup>44</sup>.

Por lo tanto, la noción de ley natural no puede comprender a quienes se encuentran, por sus costumbres, tan alejados de lo que manda la razón y obliga la ley divina, en suma, a pueblos tan incivilizados como los encontrados en los nuevos territorios. La

México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 58.

37 *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, p. 59 y 67.

38 *Ibid.*, p. 69.

39 *Ibid.*, p. 9

40 *Ibid.*, p. 12.

41 Citado por CASTILLA URBANO, Francisco. «Juan Ginés de Sepúlveda: en torno a una idea de civilización». *Revista de Indias*. Vol. LII, núms. 195/196. Madrid, 1992, p. 336.

42 GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 8.

visión de Sepúlveda del indio como insecto, bestia o, en el mejor de los casos, hombrecillo, grafica el grado de incivilización en el que se encuentra. Pero, así mismo, es la demostración de su inobservancia de la ley natural, justificando en este sentido la ubicación del indio al margen de las elementales condiciones de vida jurídica indispensables para su respeto por los demás y para justificar su conquista y dominación<sup>45</sup>, inclusive por medios violentos<sup>46</sup>.

En estos términos, está claro que para Sepúlveda los indios no son insectos o animales, pues si así fuera, no tendría sentido la argumentación para establecer las causas justas de la guerra en su contra o, menos aún, el hecho de estimar que nada mejor pudo suceder a estos bárbaros

...ni más saludable, que el quedar sometidos al imperio de aquellos cuya virtud y religión los han de convertir de *bárbaros, tales que apenas merecían el nombre de seres humanos*, en hombres civilizados en cuanto pueden serlo; de torpes y libidinosos, en probos y honrados, de impíos y siervos, en probos y adoradores del verdadero Dios<sup>47</sup>.

Resulta evidente, sin embargo, que la noción de humanidad de Sepúlveda se encuentra atravesada por una esencial restricción que supone la existencia de gradaciones y que por ello limita la condición de ser humano del indio, ubicándolo en una situación cualificada o intermedia, hasta que se vaya haciendo más humano y florezca en él la probidad de costumbres y la religión cristiana<sup>48</sup>.

## [2] FRANCISCO DE VITORIA (1492-1546)

Vitoria sigue con bastante fidelidad los ejes de Tomás de Aquino en la teoría del Derecho natural<sup>49</sup>. En tal sentido distingue la

43 *Ibid.*, p. 9.

44 SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 111.

45 *Ibid.*, p. 12.

46 Para Sepúlveda la ley divina y la natural obligan a que «...a estos bárbaros contaminados con torpezas nefandas y con el impío culto de los dioses, no sólo es lícito someterlos a nuestra dominación para traerlos a la salud espiritual y a la verdadera religión por medio de la predicación evangélica, sino que se los puede castigar con guerra todavía más severa» (*Ibid.*, p. 117).

existencia de una ley natural, Común a todos los hombres por el sólo hecho de serlo, y una ley divina perfeccionadora de la ley natural<sup>50</sup>. En este punto radica una de las principales diferencias del pensamiento de Vitoria respecto del de Sepúlveda. De este modo, en la base del pensamiento vitoriano está la consideración del indio como parte de la humanidad, pues asume que «la naturaleza ha establecido el parentesco entre todos los hombres»<sup>51</sup>. Por lo tanto, pese a su estado de barbarie<sup>52</sup>, los indios no dejan de ser hombres «prójimos de los españoles, como surge del Evangelio»<sup>53</sup>.

Al lado de esta noción, que alude a la existencia de derechos inalienables y cuya raíz es identificable, por cierto, en la línea de pensamiento que viene del Derecho romano, Vitoria sostiene que, si bien el Derecho natural regula las relaciones entre todos los individuos, existe un Derecho de gentes que rige las relaciones entre todas las naciones y que se deriva del Derecho natural<sup>54</sup>. «Dice la Instituta (*De jure naturale et gentium*): se llama derecho de gentes el que la razón natural constituyó entre todas las naciones»<sup>55</sup>.

Este punto de vista permite sostener que el núcleo de la construcción conceptual de Vitoria estuvo constituido por el *ius gentium*, retomado y estudiado en la trilogía de origen romanista *ius naturale*<sup>56</sup> / *gentium*<sup>57</sup> / *civile*<sup>58</sup>, lo que supone que el Derecho de gentes que deriva del Derecho natural aparece como un ordenamiento racional de relaciones humanas entre diversos pueblos, con el objeto de satisfacer las exigencias y necesidades de socialización. Se trata de un ordenamiento que se presenta como universal, a pesar de la

47 *Ibid.*, p. 133

48 *Ibid.*, p. 173.

49 SANCHO IZQUIERDO, Miguel, y HERVADA, Javier. *Compendio de Derecho Natural*. Navarra, EUNSA, 1981, t. II, p.268.

50 ICAZA DUFOUR, «De la libertad y capacidad del indígena», p. 36.

51 VITORIA, *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Buenos Aires/México: Espasa Calpe Argentina, S.A., 1947, p. 105.

52 Vitoria llega a decir: «Por lo que creo que el que parezcan tan insensatos y obtusos, proviene de su mala y bárbara educación, lo que es admisible si consideramos que entre nosotros no faltan rústicos poco diferentes de los animales». *Ibid.* Primera parte, p. 61.

53 *Ibid.*, p. 104.

54 *Ibid.*, p. 102.

pluralidad de sus partes y la diversidad de las formas históricas en las cuales se puede expresar. Más aún, se presenta como un ordenamiento necesario, no siendo concebible fuera de él otras formas de relaciones entre los pueblos y sus respectivos ordenamientos nacionales (*ius civile*)<sup>59</sup>.

En la medida que se trata de un ordenamiento universal y necesario, en el pensamiento de Vitoria el Derecho de gentes se presenta como idéntico a sí mismo, a pesar de la diversidad de sus formas en el espacio y el tiempo, y a pesar de sus connotaciones y variables, lo cual no le impide extenderse también a otros pueblos, como los de los «nuevos territorios», creando una única comunidad universal de seres humanos. En este contexto, la natural existencia de una pluralidad de pueblos determina una natural comunicación<sup>60</sup>, sobre la cual se funda la obligación de mantener recíprocas relaciones<sup>61</sup>.

De cualquier forma, es como consecuencia del desarrollo de esta última perspectiva que Vitoria establece un conjunto de títu-

- 55 La cita es directamente a las Instituciones de Justiniano, cuando se afirma que: «El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes y costumbres tienen un derecho que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones» (I.1.2.1)
- 56 La definición que nos provee el Digesto, y que reproducimos para un mejor manejo del problema es: «Derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves» (D.1.1.1.3).
- 57 La definición de las Instituciones de Justiniano se reafirma en el Digesto, así: «Derecho de gentes es aquel que usan todos los pueblos humanos; el cual fácilmente se diferencia del natural, porque éste es común a todos los animales, y aquél sólo a los hombres entre sí» (D.1.1.1.4).
- 58 «Derecho civil es aquel que ni se aparta del todo del natural o del de gentes, ni en absoluto se conforma con él y así, cuando añadimos o quitamos algo al derecho común, hacemos el derecho propio, esto es, el civil» (D.1.1.6).
- 59 PANEBIANCO, Massimo. «La recezione del *ius gentium* in America Latina». En *Cultura Iberica e Diritto Romano*. Sassari, Università di Sassari, Società Sassarese per le Scienze Giuridiche, 1980-81, p. 152. De cualquier forma esta línea de razonamiento discrepa

los, a los que da el calificativo de legítimos, los cuales orientan por otros derroteros la ética de la ocupación española de América<sup>62</sup>. Mas lo que nos interesa y salta a la vista en este mismo contexto, es la inserción de una contradictoria caracterización – fundada en la naturaleza– de los indios, poco antes considerados parte de la humanidad y prójimos de los españoles. Dice Vitoria que: «estos bárbaros son por naturaleza medrosos, y muchas veces estúpidos y necios...»<sup>63</sup>, lo que los hace precisamente inaptos para entender el significado del Derecho de gentes. Y es que:

Por derecho natural son comunes a todos, el agua corriente, el mar, los ríos y los puertos y por derecho de gentes es lícito atracar en ellos. De ello resulta que estas cosas son públicas y comunes y que, por lo tanto, su uso no puede vedarse a nadie, y, por lo tanto, los bárbaros ofenderían a los españoles si se lo prohibieran en sus regiones<sup>64</sup>.

Si en un principio para Vitoria, el haber oído hablar de «tantas

ampliamente con la expuesta por Guzmán Brito, para quien Vitoria desarrolla una perspectiva de la ciencia del Derecho natural independizada del Derecho civil romano. Ver Prólogo a BRAVO LIRA, *op. cit.*, p. XXVIII.

60 La idea de la comunicación natural está presente en documentos oficiales. Esto se desprende de la Carta de Carlos V de 1543, a los caciques indios. Veamos: «Y porque nos deseamos tener con vosotros toda amistad y buena confederación, para que habiendo conformidad, todos sirvamos a Dios como debemos, les hemos dado todo nuestro poder cumplido [a los portadores] para que puedan con vos [los caciques] hacer cualesquier concordias y asientos, para que haya entre nos y vosotros verdadera amistad, y mucha benevolencia, y entre nuestros súbditos y los vuestros, toda hermandad y compañía; y vuestras tierras gocen de lo que en nuestros reinos Dios ha criado, que allá no tengáis, y lo que en los ingenios y la industria de nuestros súbditos en todos los siglos ha hallado, e inventado. De lo cual creemos, que cuando tengáis entera noticia, tendréis mucho contentamiento. Y también esperamos que como la suma sabiduría de Dios en todas las partes del mundo cría cosas de mucho provecho para los hombres, y en cada provincia de da a los naturales de ella ingenios e industria bastante, habrá algunas cosas en esa vuestra tierra, de que nuestros reinos sean aprovechados y reciban beneficio; por lo cual huelgan de os ir a ver y llevar las cosas». ZAVALA, Silvio. *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, p.15.

61 PANEBIANCO, *op. cit.*, p. 153.

62 HERNÁNDEZ, Ramón. «La hipótesis de Francisco de Vitoria». En

hecatombes humanas, de tantas expoliaciones de hombres inofensivos...»<sup>65</sup>, le permite dudar de la justicia de la conquista, esto no le impedirá al final introducir en la categoría de ser humano del indio una condición natural negativa, que pesa como razón de fondo entre las justificaciones de la conquista bajo justo título. Mas no se debe pasar por alto que para Vitoria el estado de barbarie no es un resultado de la incapacidad natural, sino más bien una consecuencia de la mala educación<sup>66</sup>. Por lo tanto, las deficiencias observadas en la naturaleza de los indios, son susceptibles de modificación a través de la educación y la religión<sup>67</sup>. Se puede concluir entonces que, dejando a salvo la condición racional de los indios, Vitoria acepta sin embargo la presencia de elementos que inciden negativamente en su consideración integral de ser humano, específicamente en cuanto concierne a su capacidad.

### [3] BARTOLOMÉ DE LAS CASAS (1484-1566)

La defensa de la condición racional del indio tendrá su mayor exponente en el Padre Bartolomé de las Casas. La base sobre la cual se articula su pensamiento, no sólo es el resultado de una investigación teórica, sino más bien la expresión de su propia experiencia vital en los nuevos territorios. En este sentido hay que advertir que la postura lascasiana está teñida de un compromiso, tal como resulta de la lectura de sus escritos, con la defensa de los derechos del indio.

Para Las Casas existe un Derecho natural que es común a todas las gentes, al igual que el Derecho de gentes es común a todos los pueblos y naciones, «sean cristianos y gentiles, y de cualquier secta, ley, estado, color y condición que sean, sin ninguna diferencia...»<sup>68</sup>. La ley natural está estrechamente vinculada a una visión humanista radical, cuya fuente se encuentra en el Dere-

*La ética en la conquista de América*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984, p. 362.

63 VITORIA, *op. cit.*, Tercera parte, p.108.

64 *Ibid.*, p. 104.

65 *Ibid.*, p. 46.

66 «Por lo que creo que el que parezcan tan insensatos y obtusos, proviene de su mala y bárbara educación, lo que es admisible si consideramos que entre nosotros no faltan rústicos poco diferentes de los animales»

67 Vitoria afirma que son razones de caridad las que influyen en la necesidad de gobernar a quienes por su condición de barbarie se encuentran prácticamente en un estado de amencia o idiocia: es por su bien. (*Ibid.*, p. 119-120). Ver igualmente el comentario

cho romano clásico; es por ello que, citando a Cicerón<sup>69</sup>, Las Casas sostiene que:

Todas las naciones del mundo son hombres, y de cada uno dellos es una no más la definición... todos tienen entendimiento y voluntad, todos tienen cinco sentidos exteriores y sus cuatros interiores, y se mueven por los objetos dellos; todos se huelgan con el bien y sienten placer con lo sabroso y alegre, y todos desechan y aborrecen el mal y se alteran con lo desabrido y les hace daño... Todo esto dice Tulio en el libro I de *Legibus*...<sup>70</sup>.

Ahora bien, para Las Casas, la ley racional se conforma a la ley divina, que la perfecciona, y en tal sentido: «... aunque los hombres al principio fueron todos incultos, y, como tierra no labrada, feroces y bestiales, pero por la natural discreción y habilidad que en sus ánimos tienen innata, como los haya criado Dios racionales, (...) se han de mover y atraer hacia el ejercicio de la virtud las racionales criaturas»<sup>71</sup>. El hombre, como criatura de Dios, ha sido hecho a su imagen y semejanza, ser racional. Por ello, Las Casas reacciona contra la fácil calificación de bárbaros, y de incapaces, que algunos juristas y teólogos atribuían a los pueblos que no pertenecían a su cultura ni a su religión, pues se desprende que en su concepto de Derecho natural —que no se desliga a la formulación ciceroniana—, el hombre se define por su razón, la misma que es común a todos los

sobre este punto en: ZAVALA. *La filosofía política de la conquista de América*, p. 100.

68 LAS CASAS. *Historia de Indias*, Lib. I, cap. XLVI, t. I, p. 233.

69 Es significativo el hecho de que Las Casas se apoyara en Cicerón para el desarrollo de su posición sobre la unidad jurídica de la consideración del hombre. Como sostiene Guzmán Brito, «a través de Cicerón hablaba la estirpe romana, dominadora del mundo entonces conocido, y que en consecuencia pudo haber concebido una suerte de noción de superioridad por sobre las demás estirpes al modo en que los griegos la concibieron para sí, en razón de su ostensible y evidente primacía cultural. Cicerón mismo no ocultaba el sentimiento de la superioridad política del pueblo romano...», pero ya vemos que esa suprema valoración fue plenamente compatible con la idea de que lo que verdaderamente define al hombre como tal es su razón, y que cualquier definición del hombre vale para todos, porque «nada hay tan semejante, tan igual a otra cosa como todos los hombres entre nosotros mismos» (Cic., *De Legibus* 1,10,29). Ver: GUZMÁN BRITO, Alejandro. «La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico

seres humanos sin distinciones.

Es de precisar, por ello, que en el contexto del humanismo propugnado por Las Casas, el iusnaturalismo teológico se reencuentra con la consideración jurídica de hombre del Derecho romano. Afirma en tal sentido que: «Desde el principio del género humano, todos los hombres ... por derecho natural y de gentes fueron libres ... y no sujetos a servidumbre<sup>72</sup>». La igualdad de base en la noción de hombre le permite afirmar a Las Casas que los indios gozan de plena capacidad racional, «tanto porque en ellos concurren todas las causas naturales para ello, como porque históricamente se ve que efectivamente lo son y lo han sido, según se revela en su modo de vida»<sup>73</sup>. Como es evidente, esta forma de argumentación secularizante demuestra no sólo que los indios participan con todas sus consecuencias en dicha naturaleza racional<sup>74</sup>, sino que la consideración de humanidad no acepta términos medios. En tal sentido, para Las Casas, el hombre es de una naturaleza racional que se actualiza o no plenamente, pero que no admite grados de ningún tipo, y el indio se ubica en esa noción de humanidad sin ninguna limitación.

### III. El indio entre la libertad y la esclavitud

¿En qué medida la presencia de la noción jurídica de persona sirvió como mecanismo de resistencia, ante la presión de posiciones que pugnaban por establecer divisiones y niveles de discriminación, sosteniendo la existencia de factores naturales que afectaban negativamente la capacidad del indio y su consideración integral como persona?

romano de la época clásica». En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Valparaíso, 1991, p. 27-29.

70 LAS CASAS. *Historia de Indias*, Lib. II, cap. LVIII, p. 334.

71 *Ibid.*, prólogo, t. I, p. 14-15.

72 LAS CASAS. *De regia potestate*. Edición crítica bilingüe por Luciano Pereña, J. M. Pérez-Prendes, Vidal Abril y Joaquín Azcarraga. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1969, p. 16.

73 Según Bartolomé de las Casas: «El continente, que son todas estas regiones indianas, es felicísimo y favorable a la naturaleza y condición humana ...». A ello agrega: «todas estas indias son

Consideramos aplicable al presente análisis la perspectiva<sup>75</sup> según la cual los conceptos jurídicos se clasifican en: a) fundamentales, en tanto suponen nociones primarias que desarrollan o concretan las notas características del sistema o *ius*, y b) derivados, que reciben su cualidad jurídica por la relación que tienen con una noción jurídica primaria. En esa dirección, el concepto jurídico de persona, al que nos estamos refiriendo, «es fundamental o básico, lo que significa que su entidad jurídica no radica en un concepto jurídico superior, sino en un concepto ontológico en el que se explica la última realidad de lo jurídico»<sup>76</sup>. En otras palabras, se trata de un concepto sistemático que desarrolla notas características del *ius*, lo cual permite asumir que a la persona se le atribuya una dimensión jurídica *per se*. Así, dada la unidad de base de la noción hombre-persona, se desprende una natural correspondencia entre lo ontológico y lo jurídico, coincidencia que ciertamente no desconoce la diferencia formal intrínseca.

Por todo ello, observamos dos características en este proceso. La primera, es consecuencia del carácter sistemático de la noción jurídica de persona. Brevemente se puede afirmar que su presencia en los términos precisados en el párrafo anterior va a impedir que se geste una posición en la cual el concepto jurídico de persona devenga como concesión del ordenamiento jurídico, es decir, un concepto cuyo contenido hubiera podido ser variado a voluntad del legislador. Probablemente las consecuencias jurídicas generadas por esta posibilidad hubieran agravado aún más la condición social del indio. En segundo lugar, la unidad de base en la consideración jurídica del indio como persona se instituye como

las más templadas, las más sanas, las más fértiles, las más felices, alegres...y más conforme su habitación a nuestra naturaleza humana, de las del mundo». En *Apologética Historia Sumaria*. México, Instituto de Investigaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, Vol. I, p. 169 y 108.

74 «Como pues aquestas naciones sean de su naturaleza tan benignas, quietas y mansas y ajenas de ser perturbadas sus ánimas de la ira, que es pasión impeditiva del entendimiento, manifiesto es que por la carencia natural que tiene della, por esta causa natural no podrán ser impedidos en los actos del entendimiento natural». De donde Las Casas deduce no solamente la capacidad intelectual de los indios, sino su especial aptitud para la vida intelectual y científica, así sostiene: «...porque aquestas gentes por la mayor parte (...) son para las ciencias más que otros hábitos». *Ibid.*, p. 166-167,190-191.

un núcleo expansivo, de manera que a lo largo de los momentos más significativos del debate analizado, esta línea de principios sirve para sustentar la plena capacidad racional de los indios dada su condición de hombres, pero además se filtra y opera como factor de resistencia y contradicción, al cual deberán enfrentarse posiciones tan opuestas como las de Sepúlveda.

La discusión sobre la naturaleza humana de los indios estuvo estrechamente vinculada al debate sobre la libertad de los mismos. Podría decirse que de ambos aspectos surgen los elementos que servirán para caracterizar la capacidad y los atributos de la categoría de persona, que habría de reconocérsele al indio. Es preciso establecer, por ello, los referentes que operaron como marco conceptual de este segundo problema, ya que ello permitirá tener una imagen completa del panorama en el cual se ubica la consideración jurídica del indio como persona.

### **III.a. La igualdad natural de los hombres en el Derecho romano**

Interesa remarcar que el problema tiene un punto de atención cuyo soporte se encuentra en el Derecho romano clásico. Más aún, la libertad como estado natural del hombre se encuentra reconocida desde los *mores maiorum*, en la época en que la gentilidad era la estructura social predominante en el régimen político de la ciudad<sup>77</sup>. De este modo, la condición de hombre libre en la tradición romana era una situación estable desde muy antiguo<sup>78</sup>.

La esclavitud como institución ajena a la condición natural de los hombres, cuya naturaleza es común, sean libres o esclavos, se encuentra en el pensamiento de juristas como Venuleyo<sup>79</sup>, de cuya formulación en D.48.2.12.4<sup>80</sup> se puede desprender que la igualdad resulta precisamente de que, más allá de la libertad o esclavitud, todos los hombres tienen una naturaleza común. El esclavo, entonces, por limitación legal estaría fuera del alcance de la Ley Pompeia sobre el parricidio, pero debido a su naturaleza común, la mencionada ley se le aplicará cuando matare a quienes hubieran sido jurídicamente sus ascendientes y cognados, de no haber sido

75 HOYOS CASTAÑEDA, I.M. *El Concepto jurídico de persona.*

esclavos.

Lo propio resulta del pensamiento del jurista Florentino<sup>81</sup>, quien en D.1.5.4<sup>82</sup> pone de manifiesto que la libertad es una facultad natural y que la servidumbre es una institución contraria a la naturaleza. Igual reconocimiento está presente en Claudio Trifonio<sup>83</sup>, para quien en D.12.6.4<sup>84</sup> la libertad pertenece expresamente al Derecho natural y, casi en el mismo sentido que Florentino, establece que la esclavitud fue introducida por el Derecho de gentes. Más adelante, en D.40.11.2<sup>85</sup>, Elio Marciano<sup>86</sup> interpreta que con la ingenuidad se restituye al manumiso al nacimiento como si fuera libre, pues en este estado estaban todos los hombres al principio, y sólo después fue que algunos comenzaron a nacer como siervos por efecto de haberse introducido la esclavitud.

Por todo ello, bien apunta Schipani que el debate sobre la libertad de los indios alcanza a poner en cuestión el concepto de la unidad de la naturaleza del hombre, y como consecuencia de ello, el tipo de relación que dicha naturaleza mantendrá con el Derecho<sup>87</sup>. En tal sentido, la visión que está detrás del reconocimiento del problema

Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1989, p. 35.

76 *Ibid.*, p. 527.

77 HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo. «La defensa de la libertad en el Derecho romano». En *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, IX, Valparaíso, 1984, p. 13.

78 *Ibid.*, p. 13-14.

79 Jurista del tiempo del emperador Adriano (117-138), también fue contemporáneo de Pomponio y Gayo. La obra de este autor fue citada frecuentemente por juristas posteriores y utilizada, más tarde, en el Digesto de Justiniano. Ver: GARCÍA GARRIDO, Manuel. *Diccionario de jurisprudencia romana*. Madrid: Editorial Dykinson, 1982, p. 318.

80 «Mas por todas las leyes son declarados reos los esclavos, excepto por la ley Julia de la violencia privada, porque en virtud de esta ley los condenados son castigados con la confiscación de la tercera parte de los bienes, cuya pena no es aplicable al esclavo. Y lo mismo se ha de decir en cuanto a las demás leyes, en que se impone pena pecuniaria, o también la capital, que no corresponden a las penas de los esclavos, así como la relegación. Tampoco la ley Pompeya sobre el parricidio, porque el primer capítulo comprende a los que hubieren matado a sus ascendientes o cognados, o a sus patronos, cuyas circunstancias por lo que se refiere a las palabras de la ley, no concurren en los esclavos; pero cuando la naturaleza es común se les castiga igualmente también a ellos. Asimismo Cornelio Sula fue autor de que el esclavo no

de la libertad de los indios, presente desde las primeras normas que habrán de favorecer la libertad de los mismos<sup>88</sup>, mantiene un nivel de coherencia con el principio de la consideración unitaria del ser humano<sup>89</sup>, y además se encuadra dentro de los principios generales del Derecho común civil, al amparo de un doble presupuesto lógico dogmático: de una parte, el reconocimiento de la vigencia de este derecho para regular las relaciones mantenidas con los indios, y en segundo lugar, la unidad de base prevista por tal derecho, fundada por razón del hombre, que se divide en *libres* y *servis*<sup>90</sup>.

Así, la libertad constituye la línea máxima de valor que discrimina a las personas<sup>91</sup>, a la vez que su condición natural. Por su parte, la esclavitud es, pues, una imposición contra la naturaleza, y si *summa* es la división entre libres y esclavos, superior es la

deba ser admitido como reo por la ley Cornelia sobre las injurias, pero le amenaza extraordinariamente una pena más dura».

- 81 Jurista del siglo II d.C., fue contemporáneo de los emperadores Marco Aurelio y Cómodo. Escribió un libro de Instituciones. Ver: GARCÍA GARRIDO, Manuel, *op. cit.*, p. 140.
- 82 «Libertad es la natural facultad de hacer a lo que le place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza, o por la ley. La esclavitud es una constitución del derecho de gentes, por la que ninguno está sujeto contra la naturaleza del dominio ajeno (...)».
- 83 Claudio Trifonio fue miembro del consejo imperial de Septimio Severo, emperador entre los años 193 y 211 d.C.
- 84 «Si lo que el señor debió a un esclavo, se lo pagó ya manumitido, aunque creyendo que le estaba obligado por alguna acción, no lo podrá, sin embargo, repetir porque pagó una deuda natural; porque así como la libertad se contiene en el derecho natural, y la dominación fue introducida por el derecho de gentes, así se ha de entender naturalmente en la condición la razón de lo debido, o de lo no debido».
- 85 «A veces aún los nacidos esclavos se hacen ingenuos por disposición del derecho en virtud de un hecho posterior, por ejemplo, si un libertino hubiere sido restituido por el príncipe a su condición natal. Porque se los restituye ciertamente a aquella condición natal en que estuvieron todos los hombres en un principio, no a aquella en que nace cuando hubiese nacido esclavo; pues éste, por lo que se refiere a todo el derecho, es considerado lo mismo que si hubiese nacido ingenuo; y ni su patrono puede ir a su sucesión. Y por esto no suelen los emperadores restituir a cualquiera su condición natal, sino consintiéndolo el patrono».
- 86 Jurista del siglo III d.C. Escribió una obra de instituciones en 16 libros, una obra de Digestos en 7 libros y algunas otras obras

relevancia de la categoría común que los une<sup>92</sup>. En este contexto, cabía formalmente la excepción aplicada al caso de los indios sometidos a esclavitud por causa de «buena guerra».

### III.b. La esclavitud natural y el argumento aristotélico

Sin embargo, las especificidades planteadas por la nueva realidad van a producir un desbordamiento de los principios emanados del Derecho común, según lo expuesto en la discusión sobre el problema de la naturaleza humana del indio. En este sentido, el debate que pone en cuestión la dimensión en la cual la esclavitud aparece como un hecho ajeno a la naturaleza de los seres humanos, es producto de una argumentación ajena al sistema. De ahí que la influencia de estos postulados, en su litigio permanente con la consideración unitaria del hombre del Derecho romano, será decisiva en la configuración jurídica de la consideración de persona del indio.

En realidad, en el fondo de la discusión está el problema de la igualdad natural de todos los hombres. Dicho en otros términos, si se acepta que hay seres humanos por naturaleza esclavos frente a otros también por naturaleza amos, se puede llegar a aceptar en consecuencia que al interior del género humano existen desigualdades esenciales, esto es, desigualdades concernientes a la estructura del ser humano mismo, independientes de las diferencias provenientes de las desigualdades accidentales. En suma, es en estas desigualdades esenciales y naturales que la esclavitud encuentra su fundamento<sup>93</sup>.

monográficas. Fue contemporáneo del emperador Antonino Caracalla. Ver: GARCÍA GARRIDO, Manuel, *op. cit.*, p. 234.

87 SCHIPANI, Sandro. «Il Diritto Romano nel Nuovo Mondo», p. 64.

88 Tal es el caso de la real cédula del 20 de junio de 1500, en la cual los reyes mandan que todos los indios que Pedro Torres tenía en depósito, «...los cuales agora mandamos se pongan en libertad», y se restituyan a los países de su naturaleza. Ver KONETZKE, *op. cit.*, p. 4. Este mismo discurso está presente a lo largo de todas las normas que se han ocupado del problema de la libertad de los indios, incluyendo las Leyes Nuevas.

89 SCHIPANI, *op. cit.*, p. 66.

90 *Loc. cit.*

91 ALBANESE, Bernardo. *Le persone nel Diritto Privato Romano*, p.

En cambio, si por el contrario se entiende que la esclavitud no es natural, las diferencias esenciales no existen y, por lo tanto, los hombres son iguales. Por ello, el problema de la esclavitud en esta óptica, que es la utilizada por quienes se han ocupado de fundamentar el sometimiento de los indios a la misma, atañe centralmente a la igualdad del género humano<sup>94</sup>. Esto último lo vemos con claridad en el pensamiento de Sepúlveda, quien a partir de ello sustentará la esclavitud natural de los indios.

Ahora bien, la noción de esclavitud que impregna el pensamiento teológico y canónico desarrollado en Europa del siglo XIII al siglo XVI tiene su origen en la filosofía política de los griegos, en especial en la *Política* de Aristóteles<sup>95</sup>. En tal sentido, la manera de encarar el problema de la esclavitud de los indios tuvo como premisa una perspectiva filosófica, que partía de las diferencias que existen entre los hombres en cuanto al uso de razón. El texto específico sobre el cual van a girar las interpretaciones y cuestionamientos es el siguiente:

El que es capaz de prever con la mente, es naturalmente jefe y señor por naturaleza; y el que puede ejecutar con su cuerpo esas previsiones, es súbdito y esclavo por naturaleza; por eso el señor y el esclavo tienen los mismos intereses... Por eso dicen los poetas que es justo que los griegos manden sobre los bárbaros, entendiendo que bárbaro y esclavo son lo mismo por naturaleza<sup>96</sup>.

Los esfuerzos de quienes se comprometieron en este debate estuvieron orientados a establecer una línea de razonamiento que tuviera como marco conceptual la discusión sobre: a) la esclavitud tiene un carácter natural que radica en las diferencias que existen entre los seres humanos en cuanto al uso de la razón; b) los esclavos por naturaleza son aquellos cuya función estriba en el empleo del cuerpo, y de los cuales esto es lo más que puede obtenerse.

El pensamiento de Juan Ginés de Sepúlveda, como ya quedó dicho anteriormente, parte de considerar que el contenido del Derecho natural se restringe a la opinión de los hombres doctos o

19.

92 SCHIPANI, *op. cit.*, p. 61.

93 GUZMÁN BRITO, Alejandro. «La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica»,

filósofos, de tal manera que son los pueblos de superioridad natural y ética los que deben determinar aquello que sea justo por naturaleza<sup>97</sup>. Con la premisa advertida, Sepúlveda establece que la ley natural declara en la conciencia de los hombres de bien lo que es bueno y justo, mas no sólo en los cristianos, «sino en todos aquellos que no han corrompido la recta naturaleza con malas costumbres, y tanto más cuanto uno es mejor y más inteligente»<sup>98</sup>. Luego escribe en alabanza de Aristóteles, «cuyos preceptos... han sido recibidos por la posteridad con aprobación tan unánime que no parecen ya palabras de un solo filósofo, sino sentencias y opiniones comunes a todos los sabios»<sup>99</sup>. Reparando en esto último, como advierte García Pelayo<sup>100</sup>, existe para Sepúlveda un nivel de identidad entre las opiniones de Aristóteles y el Derecho natural mismo.

Esta proclamada adhesión al pensamiento aristotélico<sup>101</sup> explica entonces que el argumento de la noción de la esclavitud natural y la justicia de la guerra emprendida contra los pueblos de cultura inferior, como demuestra García Pelayo, son prácticamente una traducción del libro primero de la *Política* de Aristóteles. Sobre este particular, el planteamiento central de Sepúlveda es el siguiente: a) que el dominio y potestad, siendo de muchos géneros como el del padre sobre los hijos, el del marido sobre su mujer o el del señor sobre sus siervos, se fundan en recta razón y tienen su base en el Derecho natural; b) que la mencionada jerarquía se reduce al principio de que lo perfecto debe imperar y dominar sobre lo imperfecto.

Existen, entonces, de una parte, los hombres perfectos, sanos de alma y cuerpo, que exceden a los demás en prudencia e ingenio, aunque no en fuerzas corporales: éstos por naturaleza son señores<sup>102</sup>. Pero, por otra parte, existen los viciosos y depravados, en los que muchas veces domina el cuerpo al alma y el apetito a la razón, que son tardíos y perezosos de entendimiento, aunque ten-

p. 17-18.

94 *Loc. cit.*

95 ZAVALA, Silvio. *La filosofía política en la conquista de América*, p. 42.

96 ARISTÓTELES. *Política*. Lib. I, cap.1, citado por BACIERO, Carlos. «Conclusiones definitivas de la segunda generación», en *La ética en la conquista de América*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984, p. 420.

gan fuerzas corporales para cumplir las obligaciones necesarias: éstos son por naturaleza siervos, «y es justo y útil que lo sean, y aún lo vemos sancionado en la misma ley divina»<sup>103</sup>. En el primer caso se encuentran los españoles y, por supuesto, en el segundo se ubican los indios<sup>104</sup>.

En suma, concluye Sepúlveda, es justo, conveniente y conforme a la ley natural que los varones probos, inteligentes, virtuosos y humanos dominen sobre todos los que no tienen estas cualidades<sup>105</sup>. De este modo, para el polemista castellano la esclavitud tiene su fundamento en el Derecho natural y de gentes, en virtud de la norma que dice que «las personas y los bienes de los que hayan sido vencidos en justa guerra pasan a poder de los vencedores»<sup>106</sup>.

97 GARCÍA-PELAYO. Estudio preliminar a *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, p. 9

98 *Ibid.*, p. 67.

99 *Ibid.*, p. 69

100 *Ibid.*, p. 23.

101 Es la que caracteriza su posición frente al problema de la libertad de los aborígenes americanos y, como precisa García Pelayo, la raíz de su distanciamiento con la Escolástica, «pues si la ley natural está escrita en el corazón de todos los hombres, aunque sean griegos o escitas, si es conocida directamente por la razón sólo por la calidad del ser humano, es evidente que dentro de esta naturaleza no puede encuadrarse aquella que divide a los hombres en señores y siervos por naturaleza. La doctrina de Sepúlveda respecto a los indios arrastra dentro de sí esta

contradicción». *Ibid.*, p.24.

102 *Ibid.*, p. 83-85.

103 *Ibid.*, p. 85. Adviértase el viraje que hace Sepúlveda para buscar respaldo, más allá del pensamiento aristotélico, en la ley natural y divina.

104 La base de este razonamiento es el concepto de superioridad cultural presente en el pensamiento de Sepúlveda. Esta perspectiva lo lleva a sostener que es comprensible, si se conoce «...las costumbres y la naturaleza de una y otra gente, que con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del nuevo mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes clementísimas, de los prodigiosamente intemperantes a los continentes y templados, y estoy por decir que de monos a hombres». *Ibid.*, p. 101.

105 *Ibid.* p. 87.

106 *Ibid.*, p. 159.