

# CONDICIÓN JURÍDICA DEL INDÍGENA AMERICANO EN HISPANOAMÉRICA DURANTE LOS SIGLOS XVI Y XVII

PATRICIO J. LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN

Universidad Nacional de Cuyo - Universidad de Mendoza.

RESUMEN. Este trabajo tiene por objeto acercarnos a la condición jurídica del indígena en Hispanoamérica durante los siglos XVI y XVII. Para alcanzar esta meta debemos tener en cuenta la cultura jurídica de la época y el complejo derecho indiano, que entre otras características era casuístico, donde se tenían en cuenta una serie de factores para determinar el *status* jurídico de una persona. Siendo fundamental el *status libertatis*, o sea la condición de libres o no de las personas, de ahí que será el primer elemento en que nos detendremos, para luego adentrarnos en tres conceptos que delinearán su condición: el de rústicos, menores y miserables.

PALABRAS CLAVE. Indio, Hispanoamérica, libertad, rústico, menor, miserable.

ABSTRACT. This work aims to approach the status of Indian in Hispanic America during the XVI and XVII centuries. To achieve this goal we must take into account the legal culture of the time and the complex Indian law, which among other features was casuistic, and took into account a number of factors to determine the legal status of a person. The *status libertatis*, or free or not-free status of people is fundamental, hence this will be the first element that we will analyze, then we will move on to get

into three concepts that delineate their condition: rustic, minor and miserable.

KEY WORDS. Indian, Hispanic America, freedom, rustic, minor, miserable.

\*

## I.- Introducción

Para analizar la condición jurídica del indígena americano en los siglos XVI y XVII en los dominios hispanos debemos partir de entender cuál era la concepción o cultura jurídica que se tenía en aquella sociedad, siendo aplicable el consejo de García-Gallo de colocarnos en cuanto podamos en la misma actitud que el jurista de la época, utilizando las mismas fuentes que utilizaría y procediendo según el mismo método de aquél<sup>1</sup>; de este modo deberemos adentrarnos en un mundo donde lo jurídico y lo religioso estaban en un contacto permanente, formando un entramado inescindible<sup>2</sup>, donde había una pluralidad de órde-

<sup>1</sup> Cfr. Alfonso GARCÍA-GALLO, «Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano», *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n°18 (1967), p. 39. Tau Anzoátegui también nos alerta sobre la necesidad de penetrar en las profundas capas de la mentalidad y cultura de una sociedad para poder descubrir el espíritu de determinado derecho, véase Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pp. 9-14.

<sup>2</sup> «Tres órdenes normativos regulaban la vida social hispana de aquellos tiempos: la religión, la moral y el derecho. Cada uno tenía su propio ámbito, con diferencia de objetivos, aunque en función social se aprecia un sólido engarce entre ellos. No se concebía así el derecho en actividad ordenadora sin la religión y la moral. Se trataba de una arraigada creencia social». Víctor TAU ANZOÁTEGUI, «Ordenes normativos y prácticas socio-jurídicas. La Justicia», en Autores Varios, *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1999, t. II, p. 283. Sobre la interrelación entre religión y derecho, véase entre otros: Bartolomé CLAVERO, «Beati Dictum, derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden», *Anuario de Historia del Derecho*

nes normativos<sup>3</sup>, en el cual por ejemplo no existía la noción de derechos subjetivos tal como lo entendemos hoy en día<sup>4</sup>. Para el objeto de estudio de este artículo, es fundamental tener en cuenta que el paradigma moderno de la igualdad, y la ficción que ella conlleva, no estaba presente en aquel tiempo; por el contrario, se

---

*Español*, n° LXIII-LXIV (1993-1994), 7-148; Carlos GARRIGA, «Orden jurídico y poder político en Antiguo Régimen», *Istor*, n° 16 (2004), disponible en: [http://www.istor.cide.edu/archivos/num\\_16/dossier1.pdf](http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf); Alejandro AGÜERO, «Las armas de la Iglesia. Saber religioso y auxilio espiritual, en la justicia secular de Córdoba del Tucumán (Siglos XVII y XVIII)», *Revista de la Junta Provincial de Historia de Córdoba*, n° 24 (2007); Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, 9a. ed., Alfonso García-Gallo, Madrid, 1982, t. I, p. 171.

<sup>3</sup> Para internarnos en la pluralidad de órdenes normativos que rigió en el derecho hispano-indiano de los siglos XVI y XVII es necesario entender primero lo que se conoció como Derecho Común o *ius commune* que se fue formando en las universidades europeas a partir del siglo XII y pronto se extendió por toda la Cristiandad. Entre las obras que ayudarán en este objetivo recomendamos: Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996; Manlio BELLOMO, *La Europa del derecho común*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1996; António Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002. Sobre la recepción del *ius commune* en Hispanoamérica: Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.

<sup>4</sup> Bernardino BRAVO LIRA, «Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América Hispana. Perspectiva histórica», en Bernardino BRAVO LIRA, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1989, p. 37, escribe: «la noción misma de derecho subjetivo, es decir, como facultad de una persona, es de origen muy reciente. No se remonta más allá de la Edad Moderna y surge, por tanto, en una época en la que esta tradición hispánica ya había alcanzado madurez. Sólo tardíamente se da el nombre de derechos o libertades civiles a los bienes protegidos. Menos aún recae esta protección, eminentemente práctica, en abstracciones como los derechos humanos. En rigor, ellos son meras aspiraciones o ideales, pues apuntan hacia cosas convenientes a todo hombre en todo tiempo y en todo lugar, que en el hecho muchos están lejos de poseer. Tales son, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud, la educación, la propiedad. (...) Debido a su carácter práctico, esta tradición no se materializa, como la de los derechos humanos, en pomposas declaraciones, sino en medios concretos de protección. Por eso su surgimiento y sus avances son empíricos». También, Bartolomé CLAVERO, «Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n° VI (1994), p. 67, quien añade: «Los juristas, siguiendo a los teólogos, no admitían

partía del reconocimiento de que todos los hombres eran iguales en dignidad por ser creados a imagen y semejanza de Dios<sup>5</sup>, pero que habían diferencias accidentales que no podían ser soslayadas. Había una jerarquía social, que tenía su razón de ser dentro de la comunidad política; cada parte o estamento cumplía una función, que no podía ser ignorada en tanto cada una era necesaria para la existencia de la sociedad<sup>6</sup>; de ahí el llamado organicismo y las analogías con el cuerpo humano<sup>7</sup>.

En esta cultura jurídica la condición jurídica de una persona se establecía de una manera concreta y relativa. Ello se debe a que sus raíces estaban en el Derecho romano, el que, debido a su carácter casuista<sup>8</sup>, no consideraba la condición jurídica como un

---

derechos en su sentido subjetivo, esto es en facultades de sujetos, por sí mismos (...); esto no entraba en los supuestos de la cultura del tiempo, era algo entonces inconcebible. De entrada, a nadie, ni a colonizador ni a colonizado sin ir más lejos, se le reconocía capacidad alguna de título originario y disposición propia. El derecho comenzaba por ser, no facultad de un titular, sino ordenamiento de la sociedad. Tenía ante todo sentido de orden objetivo. Y era además un orden de principios religiosamente indisponibles, de principios que tampoco decidía nadie, ni jurisconsulto ni legislador ni otros poderes. Venían dados por tradición y por una tradición antes religiosa que jurídica, de donde provenía y se aceptaba la misma autoridad anterior de la teología».

<sup>5</sup> Véase *Génesis*, I, 26-27 y II, 7-25.

<sup>6</sup> «A diferencia del punto de partida de nuestro sistema jurídico actual, que es el de la igualdad, establecido en las Constituciones liberales que nos rigen, el del Antiguo Régimen —anterior a la Revolución francesa y a la Constitución de Cádiz— se fundamentaba en la desigualdad. Y ello era así porque se estimaba que cada grupo social tenía un rol que desempeñar dentro de la comunidad». Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, México D.F., 1994, p. 313.

<sup>7</sup> Cfr. Alejandro AGÜERO, «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», en Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial, n° VI (2006), p. 26; y o DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de historia del derecho indiano*, cit., 1994, p. 313.

<sup>8</sup> Entendemos por casuismo aquella concepción jurídica en la que no se buscaba alcanzar soluciones abstractas y universales, sino por lo contrario la solución justa para cada caso concreto. Para el casuismo es de lectura obligada la mencionada obra de Victor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema*, cit.

concepto abstracto, inherente a todas las personas. La recepción y transformación del Derecho romano en el *ius commune* medieval y en el derecho de la temprana Edad Moderna conservó esta forma de pensar. El *status* de una persona era determinado de manera concreta según la relación entre los que actuaban, según la índole del acto jurídico en cuestión y una serie de otros componentes como el *status libertatis* (e.d., ser libre o no), el *status civitatis* (e.d., ser ciudadano o no) y el *status familiae* (e.d., la posición dentro de la familia en el concepto amplio que el *ius commune* aplicaba a la familia). Por lo dicho la diferencia entre los hombres era la normalidad y el marco conceptual, no la igualdad. La condición jurídica de cualquier persona se determinaba a través de categorías de distinción<sup>9</sup>.

A partir del intrincado sistema jurídico hispano-indiano, arriba esbozado, y la consecuente complejidad para determinar la condición jurídica de una persona, el trabajo tiene por objeto dar una aproximación a la condición jurídica del indio en Hispanoamérica en los siglos XVI y XVII. Debido a la multiplicidad de factores que influían para determinar la condición jurídica de una persona hemos decidido partir de establecer primeramente su *status libertatis*, ya que consideramos que el reconocimiento de la libertad del indio fue la base sobre la que se fue elaborando el estatuto de derecho de ellos. Luego nos adentraremos en tres conceptos: el de rústico, menor y miserable, que configuraron la clave de su *status*; para concluir con algunas consideraciones finales.

---

<sup>9</sup> Cfr. Thomas DUVE, «La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el derecho indiano», en Mario G. LOSANO (coord.), *Un Giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Giuffrè editore, Milano, 2004, p. 9. Nosotros hemos utilizado la Separata de dicho artículo: la numeración de páginas para las citas se toma de esta última. Cfr. también: Thomas DUVE, «El 'privilegio' en el antiguo régimen y en las Indias. Algunas anotaciones sobre su marco teórico y la práctica jurídica», en Beatriz ROJAS (coord.), *Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas*, CIDE/Instituto Mora, México D.F., 2007, pp. 33-34.

## II.- Libertad de los indios: principio, limitaciones y excepciones.

Para poder precisar cuál fue el status jurídico del indígena americano bajo el Derecho Indiano debemos tener en cuenta, como hemos anticipado, uno de los elementos fundamentales que hacía a la determinación de la condición jurídica de una persona, y este era el de establecer si era libre o esclavo, o sea su *status libertatis*<sup>10</sup>. Es fundamental advertir que los conceptos de «persona» y de «capacidad», en su alcance jurídico, tal como los entendemos hoy en día, no estaban aún precisados; en este sentido las Siete Partidas, siguiendo los viejos conceptos romanos, imponían a la libertad como requisito esencial para el disfrute de la capacidad, a la que definían como «... poderío que ha todo home naturalmente de facer lo que quisiere, solo que fuerza ó derecho de ley ó de fuero non gelo embargue»<sup>11</sup>. Por lo que quien carecía de libertad no podía hacer lo que quisiera y, traducido a términos modernos, podemos decir que carecía de capacidad<sup>12</sup>.

Por lo dicho el reconocimiento o no de la libertad de los nativos de América sería un hecho fundamental para poder entender cuál fue su status jurídico. Y a partir de la afirmación de la libertad

---

<sup>10</sup> Dice Abelardo LEVAGGI, «La libertad de los naturales según Solórzano y su fundamentación en el Derecho Romano», *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 33 (1997), p. 335: «Recuérdese que la libertad era una de las condiciones puestas por el derecho romano para ser sujeto de derecho, que la misma se oponía a la servidumbre, y que un principio de ese derecho era el *favor libertatis*, a partir de la premisa de que «por derecho natural todos los hombres nacen libres» (Dig., 1.1.4). En consecuencia: «la libertad es más favorable que todas las cosas» (Dig., 50.17.122). Sin perjuicio de ese principio, diversos factores (edad, sexo, etc.), o la costumbre recogida por el derecho de gentes, podían afectar el goce y ejercicio de los derechos personales».

<sup>11</sup> Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, Imprenta Real, Madrid, 1807, t. III, Partida IV, cap. XXII, ley 1. Solórzano la definía como «la facultad de hacer un hombre de sí, lo que quisiere, y vivir a donde, y con quien quisiere». Juan de SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, Madrid, 1736, libro II, cap. IV, 22.

<sup>12</sup> Cfr. Francisco de ICAZA DUFOUR, «De la libertad y capacidad del indígena», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n° IV (1992), pp. 105.

de los indios, la Corona va a ir elaborando la condición jurídica que les va a corresponder.

Cristóbal Colón, al regresar de su segundo viaje, llevó a algunos aborígenes con la intención de venderlos como esclavos; no obstante que en un principio obtuvo autorización de la Corona<sup>13</sup>, «sin embargo, esta impremeditada resolución llenó a los monarcas de dudas de conciencia y vacilaciones. ¿Podrían ser vendidos como esclavos los indígenas de un territorio cuya soberanía habían confirmado los pontífices romanos a cambio de su evangelización?»<sup>14</sup>. A consecuencia de estas dudas revocaron la susodicha autorización mediante real cédula de 16 de abril de 1495, dirigida también al obispo Fonseca a fin de que no procediera a la venta de los indios y, de los que se hubiera hecho, retuviere su importe, ya que: «(...) Nos querríamos informarnos de letrados, teólogos o canonistas, si con buena conciencia se pueden vender estos (...)»<sup>15</sup>.

Debido a ello se reunió una comisión de teólogos, juristas y canonistas para evacuar la consulta real, quienes en 1500 entregaron la respuesta a los monarcas. Como corolario los reyes Católicos expidieron otra real cédula con fecha de 20 de junio de dicho año ordenando poner en libertad a los indios<sup>16</sup>. Solución que era

---

<sup>13</sup> Por real cédula de 12 de abril de 1495 dirigida al obispo Fonseca autorizando la venta de los nativos americanos en Andalucía. Véase esta real cédula en Antonio RUMEAU DE ARMAS, «La primera declaración de libertad del aborígen americano», en *Estudios sobre política indigenista española en América*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1975, t. I, pp. 65-66.

<sup>14</sup> RUMEAU DE ARMAS, «La primera declaración de libertad del aborígen americano», cit., p. 54.

<sup>15</sup> RUMEAU DE ARMAS, «La primera declaración de libertad del aborígen americano», cit., p. 66. Esta real cédula también en: Richard KONETZKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1953, t. I, pp. 2-3.

<sup>16</sup> Véase esta real cédula, en RUMEAU DE ARMAS, «La primera declaración de libertad del aborígen americano», cit., p. 67; y KONETZKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, cit., p. 4. Siguiendo esta dirección los reyes en diciembre de 1501 ordenaron que se liberaran los

opuesta a la idea social y jurídica de la época, ya que siguiendo los principios del *ius commune* los monarcas hispanos podrían haber actuado como lo hicieron los portugueses en su expansión asiática y africana esclavizando a los habitantes de los lugares en donde se afincaban, e incluso los mismos castellanos en las Canarias, y sin embargo optaron por declarar la libertad para todos los nativos de América, quedando así equiparados a los españoles, para compar-tir con ellos la categoría de hombres libres<sup>17</sup>.

Recordemos que las bulas de Alejandro VI — *Inter Caetera* del 3 y 4 de mayo de 1493—, por las cuales el pontífice otorgaba los nuevos territorios a la Corona de Castilla, reconocían que estas tierras estaban pobladas por pueblos capaces de recibir la fe católica — debe ser tenido muy en cuenta ya que al reconocerles la aptitud de abrazar el catolicismo se estaba anticipando su libertad y su capacidad<sup>18</sup>—, y que justamente la donación que realizaba el Sumo Pontífice era con cargo de evangelizar<sup>19</sup>. Isabel La Católica en su

---

indios que Cristóbal Guerra y otros habían traído, y que se averiguara dónde estaban los que había vendido, para lograr su libertad, y llevarlos nuevamente a su lugar de origen, ya que esto había sido realizado «contra nuestra provisión y defendimiento, y siendo los dichos indios nuestros súbditos, y nos queremos saber la verdad de cómo lo susodicho pasó». «Real Cédula sobre los indios que Cristóbal Guerra trajo y vendió. Ecija, 2 de diciembre de 1501», en KONETZKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, cit., pp. 7-8.

<sup>17</sup> Cfr. Martha Norma OLIVEROS, «La construcción jurídica del régimen tutelar del indio», *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 18 (1967), p. 106; Alfonso GARCÍA-GALLO, «El Derecho común ante el Nuevo Mundo», *Revista de Estudios Políticos*, n° 80 (1955), p. 138-139; y José María DÍAZ COUSELO, «El *ius commune* y los privilegios de los indígenas», *Revista de Historia del Derecho*, n° 29 (2001), p. 275.

<sup>18</sup> «(...) recordaremos que al ser descubierta América, los términos de capacidad, libertad y confesión católica eran sinónimos en el derecho castellano (...). ICAZA DUFOUR, «De la libertad y capacidad del indígena», cit., p. 110.

<sup>19</sup> Los textos de las bulas *Inter Caetera* del 3 y 4 de mayo de 1493 en versión latina y castellana en: Alfonso GARCÍA-GALLO, «Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias», *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXVII-XXVIII (1957-1958), pp. 799-807. Se dice en ellas: «...navegando en el mar Océano, encontraron ciertas islas remotísimas y también



famoso Codicilo encargaba a su marido Fernando, a su hija Juana y a su yerno Felipe el buen trato de los indios y su evangelización<sup>20</sup>:

«Item: por quanto al tiempo que nos fueron concedidas por la Santa Sede apostólica las yslas y Tierra Firme del Mar Océano, descubiertas y por descubrir, nuestra principal intención fue al tiempo que lo suplicamos al papa sexto Alejandro, de buena memoria, que nos hizo la dicha concesión, de procurar ynducir y traer los pueblos dellas y los convertir a nuestra Santa Fe Católica, y enviar a las dichas yslas y Tierra Firme prelados, religiosos y clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios para instruir los vecinos y moradores de ella en la fe católica, y los enseñar y dotar de buenas costumbres y poner en ellos la diligencia debida, según más largamente en las letras de la dicha concesión se contiene; por ende, suplico al rey, mi señor, muy afectuosamente y encargo y mando a la dicha princesa, mi hija, y al dicho príncipe, su marido, que así lo hagan y cunplan y que esto sea su principal fin; y que en ello pongan mucha diligencia y non consientan ni den lugar que los indios vecinos y moradores de las dichas Yndias y Tierra Firme, ganadas y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas ni bienes, mas manden que sean bien y justamente tratados; y si algún agravio an recibido, lo remedien y provean, por manera que no escedan cosa

---

tierras firmes que hasta ahora no habían sido descubiertas por otros, en las cuales habitan varios pueblos que viven pacíficamente y, según se asegura, andan desnudos y no comen carne: y, según pueden opinar vuestros citados enviados, estas gentes que habitan en las mencionadas islas y tierras creen en un Dios creador que está en el cielo y las consideran bastante aptas para abrazar la Fe católica e imbuirles buenas costumbres; y se tiene la esperanza de que, si se les enseña, fácilmente se introducirá el nombre del Salvador, nuestro Señor Jesucristo, en las tierras e islas mencionadas». GARCÍA-GALLO, «Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias», cit., p. 801.

<sup>20</sup> Antonio Rumeu de Armas aclara que cuando Colón capitula en Santa Fe, 1492, el viaje a la India por el occidente, su objetivo, y el de los monarcas hispanos, era expansivo y económico, pero no misional, y que recién a partir de la solicitud y expedición de los documentos pontificios existirá el fin misional. Cfr. RUMEAU DE ARMAS, «La primera declaración de libertad del aborigen americano», cit., p. 49.

alguna lo que por las letras apostólicas de la dicha concesión nos es injungido y mandado»<sup>21</sup>.

La condición de libres de los indios fue un tema que adquirió gran repercusión en la monarquía hispana, fundamentalmente durante la primera mitad del siglo XVI. En este sentido no podemos dejar de mencionar el sermón de Montesinos, la lucha de Fray Bartolomé de las Casas, las elecciones de Vitoria, etc.<sup>22</sup> Triunfó oficial y finalmente la causa de los defensores de la libertad de los indios<sup>23</sup>. Esta posición quedó robustecida por el Papa

---

<sup>21</sup> «Cláusula del testamento de Isabel la Católica relativa a la conversión y conservación de los indios, Medina del Campo, 23-IX-1504», en RUMEAU DE ARMAS, «La primera declaración de libertad del aborigen americano», cit., p. 78. Esta cláusula fue integrada a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, Lib. VI, tit. X, ley 1 (utilizamos: Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias. Mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Carlos II Nuestro Señor, Boix, Madrid, 1841, en adelante Recopilación de Indias, seguido por el número del libro, título y ley respectivamente).

<sup>22</sup> La bibliografía sobre este tema es muy extensa, por lo que mencionaremos a modo ilustrativo algunas obras que a nuestro juicio han resultado emblemáticas: Lewis HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1949; Silvio ZAVALA, *Servidumbre natural y libertad cristiana según los tratadistas españoles de los siglos XVI y XVII*, Peuser, Buenos Aires, 1944; Silvio ZAVALA, *Por la senda hispana de la libertad*, FCE/Mapfre, México D.F., 1993; P. Venancio CARRO O. P., *La teología y los teólogos-juristas españoles ante la conquista de América*, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de la Universidad de Sevilla, Madrid, 1944; Sor M. MÓNICA Ph. D., Ursulina de la Congregación de París, *La Gran Controversia del siglo XVI acerca del dominio español en América*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952; Jean DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*, Encuentro Ediciones, Madrid, 1997.

<sup>23</sup> Este triunfo, el de aquellos que defendían la libertad de los indígenas americanos, está dado por la influencia del catolicismo y la profunda fe de los monarcas. Coincidimos con de la Hera cuando afirma, luego de referirse a la obstinación de la Corona en lograr la evangelización de los nativos, que: «No puede ser mero formulismo esta insistencia casi machacona de las Instrucciones reales en la conversión de los indios. Constantemente se les quiere convertir, y la conversión se antepone a cualquier otro motivo en las medidas que se toman para el gobierno del nuevo mundo; los Reyes de España no sólo creen en la capacidad de los indígenas americanos para la fe, sino que ello les preocupa más que nada. Y si en el orden privado los particulares pueden admitir la capacidad y negar la libertad en beneficio propio, en el orden oficial las limitaciones a la libertad tienen como fin, precisamente, el mejor cuidado de la

Paulo III al dictar la Bula *Sublimis Deus* por la que se reconocía a los indios como seres racionales, libres y capaces de recibir la fe cristiana<sup>24</sup>; luego, en modo alguno podían ser esclavizados. Este reconocimiento pontificio no añadía nada nuevo a lo que teólogos, juristas, funcionarios y sacerdotes habían opinado, desde un principio tanto en España como en las Indias, a pesar de que algunos se empeñaran en decir lo contrario; sin embargo, la bula, debido a la autoridad del romano pontífice y a la forma solemne en que se expresó, reforzó la doctrina de la libertad de los indígenas<sup>25</sup>.

No obstante, la declaración general de la libertad de los indios<sup>26</sup> tuvo algunas excepciones, como el caso de los indios caribes, que al ser antropófagos se autorizó la posibilidad de esclavizarlos<sup>27</sup>; o los mindanaos filipinos convertidos al Islam<sup>28</sup>. Salvo estas pocas

---

cristianización». Alberto DE LA HERA, «El derecho de los indios a la libertad y a la fe. La bula 'Sublimis Deus' y los problemas indios que la motivaron», *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° XXVI (1955), p. 103.

<sup>24</sup> PAULO III, *Bula Sublimis Deus*, 2 de junio de 1537: «(...) haciendo uso de la Autoridad apostólica, determinamos y declaramos por las presentes letras que dichos Indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre y que todo lo que se hubiese hecho de otro modo es nulo y sin valor (...). El texto de la bula está disponible on line en Documentos para el estudio de la historia de la Iglesia en América Latina:

[http://webs.advance.com.ar/pfernando/DocsIgL/A/Paulo3\\_sublimis.htm](http://webs.advance.com.ar/pfernando/DocsIgL/A/Paulo3_sublimis.htm).

<sup>25</sup> Cfr. Jesús María GARCÍA AÑOVEROS, «Carlos V y la abolición de la esclavitud de los indios. Causas, evolución y circunstancias», *Revista de Indias*, v. LX, n° 218 (2000), p. 83.

<sup>26</sup> Cfr. Recopilación de Indias, VI, II, 1.

<sup>27</sup> Cfr. Recopilación de Indias, VI, II, 13.

<sup>28</sup> Cfr. Recopilación de Indias, VI, II, 12. Respecto de los araucanos chilenos, quienes nunca se sometieron a la dominación española, hubo marchas y contramarchas respecto de su situación, autorizando y negando la posibilidad de la esclavitud, aunque finalmente triunfó la postura prohibitiva, ya que la Corona consideró que dicha institución impedía la dilatación del Evangelio, la paz y quietud del Reino de Chile, cfr. Recopilación de Indias, VI, II, 14 y 16.

excepciones, la esclavitud estuvo prohibida para los nativos de América, inclusive en caso de guerra justa, a fin de favorecer la evangelización de los indios<sup>29</sup>.

Un escollo muy importante para garantizar esta libertad estuvo dado por la compulsión al trabajo que significaban los servicios personales. Esto planteó desde el comienzo de la conquista una discusión que iba a tener por objeto cuestionar la institución de la encomienda, que en sus comienzos era justamente de servicio personal. Tanto en América como en España se cuestionó la legitimidad de obligar a los indios a trabajar, debido a que contrastaba la declamación de libertad expresada por la Corona. Si los indios eran libres ¿era legítimo el obligarles a trabajar? La disyuntiva que se presentaba era conciliar la libertad de los indios con las necesidades de la «República». Es decir, por un lado, siendo libres los indios, teniendo la facultad de hacer lo que quisiesen<sup>30</sup>, cómo se

---

<sup>29</sup> Cfr. OLIVEROS, «La construcción jurídica del régimen tutelar del indio», cit., pp. 106-107. Como expresa un autor: «En el tema que nos concierne se detecta claramente una evolución en la legislación. Hay una primera fase, en que la esclavitud se permite si se dan una serie de títulos o causas que la legitiman, y que dura hasta la primera prohibición general de hacer esclavos a los indios en la Provisión del 2 de agosto de 1530. La segunda fase, favorable a la libertad de todos los indios, se extiende desde la Provisión anterior hasta la Provisión de 20 de febrero de 1534. Esta última norma origina una tercera fase favorable a la esclavitud de los indios, pero ya, como bien especifica la Provisión, con nuevas exigencias y condiciones que hacen más difícil la esclavitud, y la diferencia con claridad de la laxitud en esta cuestión de la primera fase. Las Nuevas Leyes de 20 de noviembre de 1542 inauguran una cuarta y última fase, ya insinuada en la Provisión de 16 de mayo de ese mismo año, en la que definitivamente se opta por la libertad de los indios y se prohíbe terminantemente su esclavitud. A partir de esa fecha, la legislación se multiplica para hacer efectiva la prohibición y responder a las situaciones creadas. Se trata de un período que duró aproximadamente diez años». Jesús María GARCÍA AÑOVEROS, «Carlos V y la abolición de la esclavitud de los indios. Causas, evolución y circunstancias», cit., p. 77. Para una profundización del tema recomendamos también: Jesús María GARCÍA AÑOVEROS, *El pensamiento y los argumentos sobre la esclavitud en Europa en el siglo XVI y su aplicación a los indios americanos y a los negros africanos*, CHP, Segunda Serie, v. VI, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000.

<sup>30</sup> Cfr. SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, IV, 22.

les podía obligar a trabajar; por otro lado, las necesidades del bien común exigían el trabajo de todos y la experiencia demostraba que los indígenas no eran muy afectos al trabajo. Sin embargo, la encomienda de servicio personal degeneraba en una verdadera esclavitud<sup>31</sup>.

La encrucijada planteada era de difícil solución por lo que llevó a los teólogos y juristas a cuestionar la licitud de esta institución, o en otras palabras, si era compatible la existencia de la encomienda con el carácter de hombres libres de los nativos americanos. Así por real cédula de 14 de agosto de 1509 dirigida a don Diego Colón se dispuso en cuanto a los repartimientos: « aquellos [españoles] a quien se dieren los indios, no los han de [gozar] de por vida, sino por dos años, o tres no más, e pasado aquello para otros, e ansí

---

<sup>31</sup> Así lo expresaba el obispo de Santiago de Chile Fray Juan Pérez de Espinosa en carta al rey Felipe III: « (...) los dan a sus encomenderos por servicio personal, que es lo mismo que darlos por esclavos; cosa que no se debe permitir, pues no sólo no merecían servir perpetuamente sino quedar libres (...)». Véase «Carta del Illmo. Fray Juan Pérez de Espinosa, en que da cuenta al rey del estado de la diócesis, principalmente en lo que se refiere al clero secular, y del inhumano tratamiento a que someten los conquistadores a los indios de paz. Propone acertadas medidas al monarca. A 20 de marzo de 1602», en Elías LIZANA, *Colección de documentos históricos recopilados del Archivo del Arzobispado de Santiago. Cartas de los obispos al rey. 1564-1814*, Imprenta de San José, Santiago de Chile, 1919, t. I, p. 65. Felipe III consideraba a los repartimientos de servicios personales como la causa por la cual los indios si iban « (...) consumiendo y acabando con las presiones y malos tratamientos que reciben y la ausencia que de sus casas y haciendas hacen, sin quedarles tiempo desocupado para ser instruidos en las cosas de Nuestra Santa Fe Católica ni para atender a sus granjerías ni al sustento de sus mujeres e hijos, de donde depende su conservación y aumento; y representándose que en esto hay tanto exceso que puede causar escrúpulo y deseando Yo acudir al remedio de ello para que los indios vivan con entera libertad de vasallos, según y de la forma que de los demás que tengo en esos y estos reinos, sin nota de esclavitud ni de otra sujeción ni servidumbre más de la que como naturales vasallos deben, y que, mirando por su conservación, propagación y aumento (...)»; por lo mismo dispuso la supresión de los repartimientos o encomiendas de servicio personal. Véase «Cédula real sobre el trabajo de los indios, Valladolid, 24 de noviembre de 1601», en Quintín ALDEA VAQUERO, *El indio peruano y la defensa de sus derechos*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas/Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Madrid/Lima, 1993, p. 352.

unos tras otro; e así les heis de señalar como por *nabortas, e non por esclavos*, porque a Nos parece que señalar los dichos indios de por vida es cargoso de conciencia, e esto non se ha de facer»<sup>32</sup>.

En 1529 se volvió a presentar este problema, y el Concejo Real, reunido en Barcelona, concluyó: «parece que los indios, por todo derecho y razón son y deben ser libres enteramente y que no son obligados a otro servicio personal más que las otras personas libres destos reinos, y que solamente deben pagar diezmos a Dios, si no se les hiciere remisión dél por algunos tiempos, y a S.M. el tributo que pareciere que justamente les deben imponer conforme a su posibilidad y a la calidad de las tierras, lo cual se debe remitir a los que gobernaren»<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Citado en Silvio ZAVALA, *La encomienda indiana*, 2da. ed., Editorial Porrúa, México D.F., 1973, p. 16; véase también en KONETZKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, cit., p. 22. «Adviértase —dice Zavala— la insistencia en el principio de la libertad legal del indio repartido, para diferenciarlo jurídicamente del indio esclavo —éste podía ser vendido por el amo y carecía del derecho de tener bienes— ; pero la distinción no dejaba de ser hasta cierto punto formal, porque unos y otros indios se consumían en los mismos trabajos». ZAVALA, *La encomienda indiana*, cit., p. 16.

<sup>33</sup> Agregaba el documento: «Otrosí: parece que los indios no se encomienden de aquí adelante a ningunas personas y que todas las encomiendas hechas se quiten luego y que los dichos indios no sean dados a los españoles so este ni otro título, ni para que los sirvan ni posean por vía de repartimiento, ni en otra manera por la experiencia que se tiene de las grandes crueldades y excesivos trabajos y falta de mantenimientos y mal tratamiento que les han hecho y hacen sufrir siendo hombres libres, donde resulta acabamiento y consumación de los dichos indios y despoblación de la tierra como se ha hecho en la Isla Española». Luego se añadía: «Otrosí: parece que al presente hasta que los dichos indios se instruyan más en la fe y vayan tomando más nuestras costumbres y algún entendimiento y uso de vivir en alguna policía, S.M: no los debe dar por vasallos a otras personas, perpetua ni temporalmente, porque se debe creer que en efecto sería traerlos a la misma servidumbre y perdición que ahora padecen o a otra peor y no se debe hacer fundamento en las ordenanzas, prohibiciones y penas que se hiciesen a favor de los dichos indios, pues la experiencia nos muestra que las que hasta hoy están ordenadas, que son muy buenas, ninguna se ha guardado no bastan prohibimientos para excusar los dichos malos tratamientos, poniendo a los dichos indios debajo de la sujeción de particulares que no sea el rey». Citado en ZAVALA, *La encomienda indiana*, cit., pp. 55-56.

Según carta del arzobispo de Santiago y D. García Manrique, conde de Osorno, con fecha 10 de diciembre de 1529, dirigida a Carlos V, el resultado de la Junta fue el siguiente:

«ha parecido a todos que a los indios se debe dar entera libertad y quitarse todas las encomiendas que estén hechas dellos, y porque quitarse de golpe parece traería inconvenientes y los españoles por esta causa podrían desamparar la tierra, que se señale un tributo moderado que paguen los indios, y la mitad deste, el primer año, se dé a las personas que agora los tienen encomendados, y después podrá V.M. dar vasallos a quien lo mereciere, tomando para sí las cabeceras»<sup>34</sup>.

Zavala nos aclara que: «(...) el antiguo principio de la libertad de los naturales volvía a ser invocado para fundar la ilegalidad de las encomiendas; se pensó en algún recurso transitorio a base de los tributos del rey para que la supresión brusca de los repartimientos no causara la despoblación total de españoles de las tierras nuevas; como solución final se pensó en los señoríos de vasallos, los cuales no debían concederse inmediatamente, pero sí cuando los indios tuvieran mayor doctrina y capacidad política. Esta última solución no se juzgaba contraria a la libertad del indio, porque en España existían pecheros de condición legal libre, sujetos, sin embargo, al régimen de señorío»<sup>35</sup>.

La solución que finalmente encontró la Corona fue la transformación de la encomienda de servicio personal en encomienda tributaria por la cual los indios únicamente debían a los encomendados los tributos que, como cualquier vasallo, estaban obligados a pagar al monarca<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Citado en ZAVALA, *La encomienda indiana*, cit., p. 56. Véase la «Consulta del Consejo de las Indias sobre las encomiendas de los indios. Madrid, 10 de diciembre de 1529», en KONETZKE, Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810, cit., pp. 131-132.

<sup>35</sup> ZAVALA, *La encomienda indiana*, cit., p. 56.

<sup>36</sup> Para Solórzano las objeciones que Bartolomé de las Casas había hecho a las encomiendas, eran aplicables a las de servicio personal pero no a las de tributo, ya

Al mismo tiempo era imperioso el trabajo indígena para la subsistencia de estos reinos, y la experiencia indiana había demostrado a los españoles que los nativos no eran muy apegados a trabajar. Así por ejemplo Juan de Matienzo, en su obra *Gobierno del Perú* de 1567, decía que: «Son enemigos del trabaxo y amigos de ociosidad, si por fuerza no se los hace trabajar»<sup>37</sup>. Son innumerables las opiniones concordantes que se pueden citar en apoyo de esta afirmación<sup>38</sup>, incluso recogidas por la misma Corona<sup>39</sup>. Partiendo de esta visión es que los juristas y teólogos justificaron la compulsión al trabajo de los indígenas por ser beneficioso para los

---

que en éstas los indios no quedaban como esclavos ni como vasallos de los encomenderos, sino del rey, como los demás españoles, y los tributos que le debían al monarca se los pagaban al encomendero en subrogación de su real persona. Cfr. SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., III, I, 14.

<sup>37</sup> Juan de MATTIENZO, *Gobierno del Perú (1567)*, Institut Francais D'Études Andines, Lima, 1967, p. 18.

<sup>38</sup> A título ejemplificativo podemos citar la opinión de Fray Miguel Agía, quien redactó un memorial dirigido a Felipe III acerca de la aplicación de la real cédula del 24 de noviembre de 1601 sobre la supresión de los servicios personales —citada en nota 31—, en los que alertaba al monarca sobre la falsedad de la información que le habían dado aquellos que le habrían afirmado que los indios trabajarían voluntariamente: «(...) pues no ay para ellos cofa mas odlofa, que tabajar aunque fea para fi mesmos, vltra de q el Español y el indio fon dos cótrarios opuestos ex diámetro: porque el indio de fu naturaleza no tiene codicia, y el Español es codiciofissimo, el indio flemático, el español colerico (...) De lo quel infiero engañarfe los que dizen q los indios hacen maliciofamçte las cofas referidas por folo dar pefadúbres a los Españoles: lo qual es claro no fer afsi, pues no fe deue atribuyr a malicia lo q enellos es naturaleza, y fiçdo efto afsi no fera difficultofo perfuadir lo q diximos arriba, de q los indios en ninguna manera firuirá a los Españoles de fu volúdad delo qual tienç bastâte experiçcia todos los q há gobernado en las Indias (...).» Fray Miguel AGIA, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho, (...) sobre la verdadera inteligencia, declaración, y justificación de vna Cedula Real de fu Mageftad (...)*, 1604, original en la Biblioteca Nacional (Madrid), pp. 24-25. Similar parecer tenía Solórzano: «(...) que la experiencia ha moftado, à los que de cerca la han hecho de la condicion, y naturaleza de los Indios, aue Ferian muy pocos, los que fe alquilaffen, o mingaffen de fu voluntad, aunque fe les dieffen crecidos jornales, poque fon floxos en gran manera, y amigos del ocio, y de entregarfe a fus borracheras, luxurias, y otros vicios (...).» SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, VI, 32.

<sup>39</sup> Cfr. *Recopilación de Indias*, VI, XIII, 1.



mismos nativos, ya que el ocio era la madre de todos los vicios<sup>40</sup>, y que no era contrario a la libertad «(...) quando interviene jufta caufa, o fe atraviessa el bien univerfal, qualquier Republica bien gobernada, tiene autoridad para obligar a sus ciudadanos, à que trabajen, y no por ellos dejan de fer libres (...)»<sup>41</sup>.

Además se encargaron de distinguir la encomienda de servicio personal, que es la que había derivado en la esclavitud de los indios, de aquellos servicios personales o trabajos que justamente se les podía exigir a los nativos, siempre que fuesen moderados y se les pagase lo que les correspondía<sup>42</sup>.

Otra limitación a la libertad de los indios estaba dada por la obligación de vivir en las reducciones o pueblos de indios. La justificación a esta restricción se encontraba una vez más en motivos de utilidad y conveniencia pública, pero fundamentalmente en que de esta manera sería más fácil que fueran bien doctrinados en la ley evangélica y educados en la buena policía<sup>43</sup>.

### III.- Rústico, menor y miserable.

Habiendo dejado establecida la libertad de los indios, sus excepciones y limitaciones, debemos ahora entrar a considerar cuál

---

<sup>40</sup> Escribía Juan de Matienzo: «Vista la ociosidad de los indios y su condición, y el daño que de ello se sigue, nadie dexará de creer y entender que es bien inclinables y compeles al trabaxo, para que ocupados en algo, se olviden de los vicios a que son inclinados, porque la ociosidad es madre de todos vicios, mayormente en estas partes que tan poca razón tienen». MATIENZO, *Gobierno del Perú*, cit., p. 19.

<sup>41</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, VI, 41.

<sup>42</sup> Cfr. AGIA, *Tratado que contiene tres pareceres graves en derecho, (...) sobre la verdadera inteligencia, declaración, y justificación de vna Cedula Real de fu Magestad (...)*, cit., pp. 8-9 y 23-24.

<sup>43</sup> Cfr. Recopilación de Indias, VI, III, 1; SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, XXIV, 26. Al respecto, véase LEVAGGI, «La libertad de los naturales según Solórzano y su fundamentación en el derecho romano», cit., p. 338; y Rafael SÁNCHEZ CONCHA, «De la miserable condición de los indios a las reducciones», *Revista Teológica Limense*, v. XXX, n° 1 (1996), pp. 95-104.

fue la condición jurídica que tuvieron los indios en la América española, que puede resumirse en tres conceptos: ser considerados rústicos, menores y miserables. A esta triple condición Bartolomé Clavero ha denominado *status* de etnia<sup>44</sup>, que él valora negativamente. Sin embargo, nosotros tenemos una mirada diferente.

El concepto «rústico» hacía referencia a aquél que estaba alejado de la sociedad; según Bártolo «son rústicos todos aquellos que viven fuera de las ciudades o de las tierras importantes»<sup>45</sup>. Empero, para autores como Hespanha y Clavero tenía una connotación netamente peyorativa; implicaba según su concepto una falta de participación, aunque fuera de forma pasiva, en la cultura letrada de los propios juristas o de la cultura sin más; se consideraba que podían guiarse en materia privada conforme a sus costumbres, sin que por esto las mismas se le reconocieran como un derecho propio<sup>46</sup>. Con respecto a ellos, los jueces podrían actuar sumariamente y a su arbitrio sin atenerse a los procedimientos, ni a los preceptos del derecho, ni de la jurisprudencia, ni de las leyes, ni siquiera de las costumbres. En definitiva el rústico era el pobre cuyas causas no alcanzaban la importancia que justificara la solemnidad de un juicio<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> «Con el *status* de minoría —afirma Clavero— añadido al de personalidad miserable y sumado al de rusticidad, con este orden de factores y este producto final, ya tenemos determinado el estado general de los indígenas. Si se me permite acuñar el sintagma, se produjo un verdadero *status* de etnia que consistía en la operación conjunta, más multiplicación que suma de dichos tres estados de humanidad. Es el *status* general indígena. Claro es que podían añadirse o interferirse otros, por lo común también peyorativos». CLAVERO, «Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas», cit., pp. 73-74.

<sup>45</sup> Citado en Antonio M. HESPANHA, «Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica», en Antonio M. HESPANHA, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 33.

<sup>46</sup> Cfr. CLAVERO, «Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas», cit., p. 71.

<sup>47</sup> Cfr. HESPANHA, «Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica», cit., p. 34.

Por lo que decimos a continuación, respecto de las otras categorías, y del análisis de los casos concretos, el juicio de estos autores nos parece desacertado. Veamos.

La condición de «menor» va a estar determinada por la visión que el español en general tenía del indígena, al que catalogaba de niño. La incapacidad del indígena para adaptarse a las costumbres hispánicas y para poder receptar los misterios de la fe católica, hizo que los españoles consideraran a los indios como menores; de ahí la necesidad de tutelarlos, de cuidarlos. Ejemplo de esta concepción fue la opinión de los jesuitas reunidos en Lima y Cuzco en 1576: «Es un niño grande, o un hombre niño —decían— con su profundo complejo de vencido, a quien precisa urgir el deber con una paterna y amorosa compulsión. Sensible por vía más bien sensorial que intelectual, con declarada inclinación a la música y al teatro. Signos todos que colocan al indio en la categoría de los menores, dotados de cualidades iguales a los adultos pero aún no desarrolladas»<sup>48</sup>.

Siempre la esperanza que a través de la educación, de la enseñanza de las costumbres y cultura españolas, lo que llamaban la buena policía<sup>49</sup>, podría el indio alcanzar una equiparación con el español. O como afirmaba en 1572, el padre Bartolomé Hernández S.I. en carta dirigida al presidente del Consejo de Indias Juan Ovando: «primero es necesario que [los indios] sean hombres, que vivan políticamente, para hacerlos cristianos»<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> A. de EGAÑA, «La visión humanística del indio americano en los primeros jesuitas peruanos (1568-1576)», en *Studi sulla Chiesa antica e sull'umanesimo*, Analecta Gregoriana, t. LXX, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1954, p. 315, citado en Paulino CASTAÑEDA DELGADO, «La condición miserable del indio y sus privilegios», *Anuario de Estudios Americanos*, t. XXVIII (1971), pp. 282-283.

<sup>49</sup> Véase SÁNCHEZ CONCHA, «De la miserable condición de los indios a las reducciones», cit.

<sup>50</sup> «Carta al Consejo de Indias, Lima, 19 de abril de 1572», en E. LISSON CHAVES, *La Iglesia de España en el Perú*, Sevilla, 1943, t. II, p. 602, citado en Pedro BORGES MORAN, «Evangelización y civilización en América», en *Doctrina christiana y catecismo para instrucción de los Indios*, CHP XXVI, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1986, p. 232.

Como consecuencia de considerarlos rústicos y menores se los comprendió también en la categoría de personas miserables del *ius commune*, por la cual, si bien se le concedían una serie de privilegios, como contrapartida, se le imponían ciertas limitaciones<sup>51</sup>.

La noción de «miserable» en el campo del derecho se remonta a la Constitución de Constantino del año 334 d.C., que disponía que en caso de que los pupilos o las viudas u otras personas miserables tuviesen temor al poder de sus adversarios sus causas debían ser entendidas por el emperador. A partir de ahí se empieza a elaborar la noción de miserable, desde el punto de vista jurídico, como aquella persona acreedora de conmiseración o compasión por su situación de desvalida, a la cual se le confería una protección especial<sup>52</sup>.

Fue muy dificultoso para los autores precisar esta idea por lo que evitaron «(...) dar una definición genérica y precisa, al mismo tiempo, que alcanzase a todas las clases, para estudiar los distintos grupos de personas a las que pudiera convenir el término». Como expresa Castañeda Delgado, aquí ya encontramos una cierta unanimidad conceptual. Se trata de personas que: «a) inspiran compasión, «*propter iniuriam fortunae*»; b) precisan una especial protección; y c) cuya determinación, en concreto, fuera de los claramente precisados por la ley, se deja al dictamen del juez»<sup>53</sup>.

Si bien había unidad en cuanto al concepto de miserable, los autores no coincidían en cuanto a determinar quienes revestían esa condición, sin embargo, no existían discrepancias en considerar miserables a los rústicos y a los menores de edad. A los indios por asimilación a ambos se los comprendió dentro de las personas

---

<sup>51</sup> Cfr. DÍAZ COUSELO, «El *ius commune* y los privilegios de los indígenas», cit., p. 276.

<sup>52</sup> Cfr. CASTAÑEDA DELGADO, «La condición miserable del indio y sus privilegios», cit., pp. 245 y 259.

<sup>53</sup> CASTAÑEDA DELGADO, «La condición miserable del indio y sus privilegios», cit., p. 247.

miserables, aunque preferentemente en relación a la segunda categoría<sup>54</sup>.

Solórzano no dudaba en considerar a los indios entre las personas miserables: «Miserables perfonas fe reputan, y llaman todas aquellas, de quien naturalmente nos compadecemos por fu eftado, calidad, y trabajos, (...) que el cenfurar efto, queda en arbitrio del Juez, como fon tantas, y tan varias fus circunstancias. Pero cualequiera que fe atiendan, y requieran, hallamos, que concurren en nueftros Indios por fu humilde, fervil, y rendida condicion...»<sup>55</sup>. Y además, en realidad, aunque le faltaran estas condiciones, bastaba para contarlos entre ellos el ser nuevos en la fe<sup>56</sup>.

Es necesario destacar que si bien a los indígenas se les aplicaron las normas que asistían en el derecho castellano a los menores y a los rústicos, no debemos olvidarnos que se establecieron una serie de privilegios específicos a favor de los nativos del nuevo mundo<sup>57</sup>.

Es fundamental recordar la versatilidad del concepto de persona miserable, lo que importaba, para ser considerado dentro de tal categoría, una operación lógica particular que llevaba adelante el jurista teniendo en cuenta las pautas de su cultura jurídica, muy diferente a la nuestra como hemos visto. Dicho esto, la afirmación de que a todos los indios se les aplicó la categoría de personas miserables puede resultar demasiado esquemática<sup>58</sup>. Además, el juicio

---

<sup>54</sup> DÍAZ COUSELO, «El ius commune y los privilegios de los indígenas», cit., p. 279.

<sup>55</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, XXVIII, 1. Solórzano no sólo los contaba entre las personas miserables sino que, siguiendo a otros autores los consideraba los más miserables de todas las naciones del mundo. Cfr. SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, XXVIII, 2.

<sup>56</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, XXVIII, 3.

<sup>57</sup> Cfr. DÍAZ COUSELO, «El ius commune y los privilegios de los indígenas», cit., p. 283.

<sup>58</sup> Ya que la Corona respetó, en la medida de lo posible, las estratificaciones y jerarquías de los indígenas. Sobre los privilegios que mantuvieron la nobleza indígena, véase: Margarita MENEGUS, «Los privilegios de la nobleza indígena en la época colonial», en ROJAS (coord.), *Cuerpo político y pluralidad de derechos*. «Los privilegios

valorativo no es negativo, es decir, la categoría de miserable en sí misma no tenía un contenido peyorativo; al contrario, el ser incluido en ella dependía muchas veces de un juicio moralmente positivo: por ejemplo, un comportamiento deshonesto podía acarrear la pérdida del honor de integrar dicha categoría y de poder gozar de los privilegios correspondientes<sup>59</sup>.

Respecto de los privilegios que se les concedían a los miserables, es prácticamente imposible hacer una lista taxativa de ellos, ya que los autores distinguían diversas clases de miserables y a cada una de estas especies les correspondían especiales prerrogativas<sup>60</sup>. Con los indígenas ocurría lo mismo: les correspondían todos los privilegios de las personas miserables, más aquellos que se crearon específicamente para ellos, por lo cual la lista se acrecentaría aún más. Debido a esto, para evitar una enumeración excesivamente extensa, que además no sería taxativa dado el carácter casuístico del derecho indiano, mencionaremos algunos de ellos, que para nosotros resultan ser los más relevantes.

El privilegio jurisdiccional por antonomasia de las personas miserables era que sus casos fuesen de corte, esto es, que el rey entendiese en primera instancia para evitar que las personas poderosas pudiesen usar sus influencias<sup>61</sup>. En el caso de los indios se les

---

de las corporaciones novohispanas», cit., pp. 129-154. A título ejemplificativo véase: «R. Privilegio de armas concedido a dos caciques. Valladolid, 30 de junio de 1543», en KONETZKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, cit., p. 226.

<sup>59</sup> Cfr. DUVE, «La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho Indiano», cit., pp. 28-32.

<sup>60</sup> Cfr. CASTAÑEDA DELGADO, «La condición miserable del indio y sus privilegios», cit., pp. 259. Por ejemplo Giovanni Maria Novario en su *Tractatus de privilegiis miserabilium personarum* enumera nada menos que 176 privilegios de las personas miserables. Cfr. Thomas DUVE, «Los privilegios de los indios: ¿Derecho local?», en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba (España), 2005, p. 115.

<sup>61</sup> Este era el privilegio que había establecido la ley de Constantino citada. Duve nos recuerda que la noción de persona miserable se origina precisamente como

aplicó este privilegio, debiendo conocer en primera instancia los Virreyes en los pleitos en que ellos fueran parte<sup>62</sup>, como representantes de la real persona, y también los gobernadores<sup>63</sup>.

Otro de los privilegios que benefició a los indígenas fue el de no aplicárseles el principio *ignorantia legis non excusat*. Esto significó que el nativo del Nuevo Mundo podía alegar la ignorancia de la ley, es decir que los indígenas podían excusarse de las obligaciones o deberes impuestos en las leyes simplemente alegando que ignoraban el conocimiento de determinada ley<sup>64</sup>.

También a ellos les correspondía la *restitutio in integrum*<sup>65</sup>, por la cual podían obtener la restitución de aquellos actos que les hubieran sido perjudiciales por causa de un error ya fuera de hecho o de derecho, con tal que no se les pudiese imputar fraude.

---

privilegio jurisdiccional. Véase DUVE, «La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho Indiano», cit., pp. 17-25.

<sup>62</sup> «Ordenamos que los vireyes puedan conocer en primera instancia de los pleitos, que en cualquiera forma se ofrecieren entre los indios, y asimismo entre españoles, en que los indios fueren reos, porque nuestra voluntad es, que siendo actores puedan pedir ante la justicia ordinaria, ó ante nuestras audiencias, y de lo que proveyeren y determinaren los vireyes se pueda apelar para las audiencias, donde se conozca en segunda instancia, teniendo por primera la de los vireyes». *Recopilación de Indias*, III, III, 65.

<sup>63</sup> Cfr. *Recopilación de Indias*, V, X, 13.

<sup>64</sup> Cfr. Héctor José TANZI, «El conocimiento del derecho en la legislación de Indias», en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, 1973, pp. 269-277; y DÍAZ COUSELO, «El ius commune y los privilegios de los indígenas», cit., pp. 284-288.

<sup>65</sup> Sobre la *restitutio in integrum* véase Ángela CATTÁN ATALA, «La Restitutio in Integrum en el Derecho Indiano», *Memoria X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, UNAM, México D.F., 1995, pp. 209-222. Escalona y Agüero lo establecía entre los «Privilegios que son concedidos a los indios del Peru por los Reyes de Castilla y de Leon», como «Privilegio 32. El beneficio de restitución in «in integrum» compete a los tales Indios, no obstante que sean maiores de edad», de acuerdo a CASTAÑEDA DELGADO, «La condición miserable del indio y sus privilegios», cit., p. 326. Solórzano también les reconoce este privilegio en la Política Indiana, cfr. SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, XXVIII, 42.

Ejemplo de esto era que la capacidad de los indios para la venta de sus bienes se encontraba sujeta a restricciones para que no fuesen perjudicados en una transacción<sup>66</sup>.

Respecto a los testamentos se tendía a simplificar las formas en que los indios podían testar<sup>67</sup>. Para Solórzano en materia testamentaria tenían plena libertad, y facultad e incluso mayores privilegios que los rústicos<sup>68</sup>, ya que podían ser testigos las mujeres, lo que no ocurría con estos últimos.

Los procesos judiciales en los que intervenían indios debían sustanciarse sumariamente y resolverse a verdad sabida<sup>69</sup>; pero si

<sup>66</sup> Cfr. *Recopilación de Indias*, VI, I, 27.

<sup>67</sup> Cfr. DÍAZ COUSELO, «El ius commune y los privilegios de los indígenas», cit., pp. 292-294. Escalona y Agüero: «Privilegio 43. El testamento de el Indio hecho en presencia del cura doctrinero y de dos testigos es válido», en CASTAÑEDA DELGADO, «La condición miserable del indio y sus privilegios», cit., p. 327. Sobre este privilegio particular que menciona Escalona y Agüero, Francisco Santos nos advierte (lo que muestra una vez más el carácter casuista y particular del derecho indiano), que: «Esta norma, en todo caso, es de alcance limitado a los indios del Perú, y además contiene el requisito de la presencia del doctrinero, lo que contrasta justamente con el empeño manifestado en el Derecho real de poner freno a las presiones o engaños que los doctrineros pudieran practicar sobre los indios, tendientes a torcer su voluntad testamentaria en favor suyo o en el de sus iglesias, lo que quedó plasmado en una real cédula de 1588 (= Recopilación de leyes de los reinos de Indias, lib. 6, tít. 1, ley 32) que mandaba a los Virreyes vigilar con especial atención estos comportamientos, complementada por una disposición de Felipe III de 1609 en el mismo sentido, ratificada después por Felipe IV (Recopilación de leyes de los reinos de Indias, lib. 1, tít. 13, ley 9). Por lo tanto, está descartado que el privilegio citado en esos términos hubiera tenido un alcance general, o que la presencia del doctrinero fuera requisito indispensable para la validez del testamento hecho ante dos testigos con las condiciones que mencionamos en el texto». Francisco Javier Andrés SANTOS, «Especialidades testamentarias de los indios», *Revista de estudios histórico-jurídicos* [online], n° 21 (1999) [citado 2010-12-17], pp. 105-109. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54551999002100007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551999002100007&lng=es&nrm=iso)>.

<sup>68</sup> Cfr. SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, XXVIII, 55.

<sup>69</sup> Escalona y Agüero: «Privilegio 16. Las causas de Indios se deben despachar primero que otras»; «Privilegio 17. Las causas de Indios se an de despachar breve y sumariamente y con sólo decretos, los negocios que parecieren ligeros». En CASTAÑEDA DELGADO, «La condición miserable del indio y sus privilegios», cit., p. 325.



fuesen muy graves o en el caso que fuesen sobre cacicazgos, la audiencia mediante auto, y en la cabeza de proceso, debía disponer que se siguiese el proceso ordinario<sup>70</sup>.

Solórzano insistía en que los pleitos de los indios fuesen breves, ya que para él debía procederse simple y sumariamente, pues si en lo relacionado con todas las personas miserables y los rústicos esto era justo y conveniente, en el caso de los indios era sumamente necesario<sup>71</sup>.

Otro de los privilegios creados por el derecho indiano consistía en que no se tomara a los indios juramento en causas y pleitos; al igual que a los rústicos, se les debía evitar en cuanto fuese posible que lo prestasen, por el peligro y riesgo que pudiesen perjurar, debido a que no hacían bastante concepto de la fuerza de juramento, ni de la obligación de decir la verdad, deponiendo de ordinario en la forma que los instrúan o persuadían o en la que entendían fuese de más del gusto del juez que lo examinaba<sup>72</sup>.

Finalmente no podemos dejar de mencionar a la figura del protector de indios que debía velar por la defensa de los nativos, pues al ser considerados menores de edad estaban bajo la tutela del rey<sup>73</sup>. Por lo cual el protector debía intervenir en toda actuación jurídica o extrajurídica en las cuales fuesen parte.

#### IV.- Conclusiones.

Según se ha visto, hemos tratado de plasmar cuál fue la condición jurídica de los indígenas en la América española durante

---

<sup>70</sup> Cfr. *Recopilación de Indias*, V, X, 10.

<sup>71</sup> Cfr. SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, XXVIII, 26.

<sup>72</sup> Cfr. SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, cit., II, XXVIII, 33.

<sup>73</sup> Sobre el protector de indios o naturales véase el clásico trabajo de Constantino BAYLE S.J., «El protector de indios», *Anuario de Estudios Americanos*, n° II (1945), pp. 1-180.

los siglos XVI y XVII, partiendo de entender la cultura jurídica de aquella época, la cual desconocía el moderno paradigma de la igualdad, y se fundaba en las desigualdades accidentales de los hombres para atender al bien común y a las necesidades de la «República», que requería de todas sus partes, estableciéndose la condición jurídica de las personas de manera concreta y relativa, teniendo en cuenta justamente esas desigualdades humanas.

En el caso de los indios se fue elaborando su *status* jurídico, a partir de garantizarles la libertad, y su consideración como vasallos de la Corona de Castilla. La consagración de la libertad de los indios, y la consiguiente prohibición de la esclavitud, fue consecuencia de una honda preocupación teológico-metafísica, que llevó a la Corona a apartarse de las ideas predominantes de la época. En ello gravitó en forma decisiva el fin misional, ya que de permitir la esclavitud de los indios, se impediría la evangelización de estos nuevos súbditos, principal encargo que los reyes castellanos habían recibido de parte del Pontífice, que aceptaron con profunda convicción y al que le dedicaron especial atención.

Sin embargo, el carácter de los indígenas y la dificultad que presentaron para adaptarse a la cultura española y a los misterios de la fe católica, hizo que teólogos, juristas, funcionarios, eclesiásticos y la Corona misma llegaran a la conclusión de que una libertad sin límites y la equiparación lisa y llana con el peninsular traería consecuencias funestas para los propios indios. Por lo que se los identificó a los rústicos, menores y miserables del derecho común, a fin de protegerlos y favorecer la evangelización.

Esta condición jurídica tuvo un sentido claramente tuitivo para con los indígenas, producto de una concepción católica del derecho, en el cual los hombres tienen igual dignidad por ser creados a imagen y semejanza de Dios, y esta dignidad para ser llevada a la práctica debía tener en cuenta hombres concretos y no abstracciones; de ahí la necesidad de poner en consideración las diferencias humanas accidentales. De todo ello se obtiene un resultado incluso sobreprotector si lo comparamos con las personas más necesi-

tadas de protección en España. El pedido de Isabel La Católica en su testamento fue seguido por sus sucesores con profundo ardor.

Se podrá acusar, como se ha hecho, que por más intención tuitiva nunca dejó de ser un derecho impuesto por los conquistadores, siguiendo su concepción de ellos, y no la de los propios indígenas y su cosmovisión<sup>74</sup>. Es cierto, pero la pregunta que nos debemos de hacer es si cabía otra posibilidad, y creemos que no; más aún: lo que hay que valorar es cómo un pueblo conquistador intenta determinar, en primer lugar si es justa su situación en las Indias, y en segundo lugar cuál es la manera más equitativa de tratar a los habitantes de estas nuevas tierras<sup>75</sup>. Exigir otra respuesta es descontextualizar los hechos, sustraerlos de la historia. Sobre todo, si lo comparamos con lo actuado por los portugueses, franceses, holandeses e ingleses, la obra de España se agiganta más todavía.

Esto no significa que los indios en Hispanoamérica hayan vivido en un mundo idílico, en un nuevo Edén, ya que desgraciadamente se cometieron abusos e injusticias, como en cualquier sistema jurídico-político, pero esto ya es propio de la naturaleza humana; quienes fallaron fueron los hombres no el régimen jurídico-político tuitivo establecido por España.

---

<sup>74</sup> Cfr. CLAVERO, «Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas», cit., pp. 74-75.

<sup>75</sup> Recordemos a Hanke cuando se refiere a la decisión de Carlos I de España y V de Alemania (16/04/1550) de suspender todas las conquistas del Nuevo Mundo hasta que una junta especial de teólogos y consejeros (reunidos en Valladolid) decidiera la manera de llevarlas a cabo: «Probablemente nunca, ni antes ni después, un emperador poderoso — y en 1550 Carlos V era el monarca más fuerte de Europa con un gran imperio ultramarino además—, en la cumbre de su poderío, detendría sus conquistas hasta que se decidiera si esas conquistas eran justas». HANKE, *La lucha por la justicia en la Conquista de América*, cit., p. 322.