

## EL DERECHO ROMANO Y LA LIBERTAD DE LOS INDIOS EN EL NUEVO MUNDO

ANGELA CATTAN ATALA

*Universidad de Chile*

Desde el descubrimiento de América se planteó el problema de determinar cuál era la condición jurídica de los naturales de las tierras recientemente descubiertas, dando origen a una larga y erudita discusión entre los hombres notables de la época, para dar paso luego a la doctrina que sirvió de sustento de la regulación del Nuevo Mundo.

Tomando en consideración que los juristas indios se formaron dentro de la esfera conceptual del *ius commune*, es lógico entonces que buscaran en sus principios y enseñanzas del derecho romano los modelos adecuados para regular la condición jurídica de las Indias Occidentales y de sus habitantes. El problema que originó más largos debates y polémicas fue el relacionado con la libertad de los indios.

El historiador chileno, el jesuita Walter Hanisch en su trabajo sobre la esclavitud y la libertad de los indios de Chile entre 1608 y 1696, escribe:

“El problema de los esclavos en América no es una idea nueva en su tiempo. Por doquier había esclavitud. La aceptaban las costumbres y las leyes...En general se puede decir que el derecho de gentes es citado primordialmente para hacerlo fundamento de la esclavitud por guerra justa...Por eso llamo el peso de la noche a la tradición esclavista formada por la filosofía, el derecho romano y el derecho de gentes, porque no hace sino corroborar una costumbre inveterada de los pueblos desde la más remota antigüedad”.

Este planteamiento nos ha llevado a analizar, con algo más de detenimiento, el tratamiento que, tanto en la teoría como en la práctica, tuvo el derecho romano en la medida en que se lo alegaba o invocaba en materias vinculadas a la libertad de los indios.

En lo relativo al *status* de los indios, una constitución de Constantino recogida en el título 14, del libro 3 de *Código de Justiniano* tocante a las personas miserables, fue el paradigma más apropiado para regular la condición jurídica de los naturales.

Así, bajo la condición o calidad de personas miserables se estableció un sistema jurídico particular que condicionó el régimen jurídico de los indios.

En teoría, uno de los primeros juristas que en el siglo XVI se ocupó de estos temas, Juan López de Palacios Rubio en su obra *De las islas del mar océano*, en su capítulo II bajo el epígrafe de la *Ingenuidad y libertad* de las gentes de las islas y habitantes del continente, señalaba que la esclavitud tenía su origen en el derecho de gentes y citaba para tales efectos del título de *iustitia et iure* del *Digesto* (D.1.1) y, basándose en él, agregaba que las guerras, la separación de pueblos, y la fundación de reinos fue introducida por el derecho de gentes, y que la defensa de los indios estuvo bien en un principio, supuesto que era permitida por derecho natural apoyándose en una cita de Florentino tomada del *Digesto*: *Como que rechazamos la fuerza y la injuria. Pues por este derecho acontece, que lo que cualquiera hubiere hecho en defensa de su persona, se repute haberlo hecho con justicia; y como la naturaleza constituyó entre nosotros ciertos parentescos, es consiguiente que no sea lícito a un hombre dirigir asechanzas contra otro hombre* (D.1.1.3). En consecuencia, los isleños habitantes del nuevo continente no estaban obligados a entregarse tan pronto como habían llegado los cristianos a los que, con razón, consideraban sus enemigos. Por lo tanto, durante todo el tiempo en que los isleños demoraron en cerciorarse del propósito e intención de los cristianos que les atacaban, la guerra era justa por parte de los naturales y

los apresados no pasaban a ser siervos de sus aprehensores, según se consignaba en el *Digesto* 49.15.24.

El derecho romano era entonces utilizado por Palacios Rubio para defender la resistencia de los indios frente a los españoles, a pesar de que su pensamiento posterior se apoyaba en el derecho romano para justificar la esclavitud indígena.

Por su parte, un jurista del siglo xvii como Solórzano Pereira en su *Política indiana* sostenía como tesis general el principio de la libertad natural de los indios, y para apoyarla utilizaba, como todos los juristas de su época, el derecho romano para fundamentar sus argumentos y les consideraba igualmente *miserabiles personae*.

La libertad indígena se encontraba defendida en varios pasajes de la *Política indiana*. Por ejemplo en el capítulo iv del libro ii, donde se manifestaba que los indios gozaban del privilegio de rústicos y menores, y por tal razón se reprobaba cualquier usucapión que se quisiera hacer valer en su contra, aunque fuera de largo tiempo, fundándose en el *Digesto* 41.3.9, donde se decía:

“Admiten principalmente la usucapión las cosas corporales, exceptuándose las cosas sagradas, las santas, las públicas del pueblo romano, y de las ciudades y también los hombres libres”.

Por esta razón, al igual que el hombre libre, era reprochable cualquier prescripción o costumbre que se pudiera tener por contraria a la libertad de los indios.

Respecto a las limitaciones a la libertad señaladas en el mismo capítulo ii de la *Política indiana*, sostenía Solórzano Pereira que no se podía tener por adscriptivos a los indios para que labraran y cultivaran sus heredades, aunque lo fueran de tiempo antiguo y voluntariamente se hubieran agregado a las haciendas de los españoles, según se establecía en las reales cédulas. De esta manera no se consideraba la voluntad de los indios ni la prescripción, lo cual se compadecía con las reglas del derecho común, conforme al cual los hombres eran libres, no permitiéndose concierto, promesa u otra disposición cualquiera suya que perjudicara la libertad, citándose como fundamento el *Digesto* 40.12 y el *Código* 7.16, que se referían a las causas de libertad.

A pesar de lo anterior, utilizaba también Solórzano Pereira algunos argumentos de derecho romano en contra de la libertad de los naturales. Así en el libro ii, capítulo ivv, número 23 de la *Política* manifestaba que era justa la guerra que se hacía contra los indios chilenos, debido a la gran perfidia y obstinación de ellos y además del mucho daño que habían hecho a los españoles, en cuya consecuencia procedía la guerra, darles muerte y esclavizarles, conforme lo había defendido Florentino en el *Digesto* 1.5.4.1:

“La esclavitud es una constitución del derecho de gentes, por la que algunos están sujetos, contra la naturaleza, al dominio ajeno”.

En verdad, si bien en América la esclavitud de los indios desapareció legalmente, sólo se aplicó en algunos casos de excepción como medida punitiva, tal como sucedió en el caso de Chile, razón por la cual el estudio de la praxis jurídica en esta materia reviste especial importancia.

Además de los juristas que se ocuparon del tema de la libertad de los indios en sus grandes obras, hubo otros que se refirieron a ella en diversos memoriales.

El memorial era un escrito en el cual se pedía una gracia, justificándose las circunstancias jurídicas y fácticas en las que se apoyaba la petición. Hubo eximios juristas que incursionaron en este campo, por ejemplo el mismo Solórzano Pereira que trató de la preeminencia del Consejo de Indias sobre el de Flandes; el mejicano Juan Antonio de Ahumada, quien defendía el mejor derecho de los indios a determinados oficios y cargos públicos; o Nicolás Matías del Campo y La Rynaga que elaboró un memorial sobre el protector de naturales impreso en Madrid el año 1672.

Nicolás Matías del Campo y La Rynaga, nació en Lima hacia 1630. Era hijo del chileno don Juan del Campo Godoy y de doña María de La Rynaga y Cerbera. Desempeñó diversos oficios, entre los que destacaron el de oidor en la Real Audiencia de Charcas.

Desde el nombramiento del primer protector de naturales, la institución sufrió cambios a través del tiempo, los que incluso se manifestaban en su propio nombre: de fiscal protector de indios a abogado protector de indios.

Matías del Campo y La Rynaga en su memorial se refería al *origen del protector general de indios del Perú, su gentilidad, causas, y utilidades de su continuación por nuestros gloriosos Reyes de Castilla, nuevo lustre y autoridad que le comunicaron haciéndole uno de sus magistrados con toga, y motivos que persuaden a su conservación.*

En este memorial se indicaban las causas por las cuales se estimaba que el protector de naturales debía ser letrado y togado.

La labor del protector se extendió a las diversas situaciones que podían lesionar los derechos de indígenas, de manera que su representación y defensa comprendían causas tales como las tocantes a malos tratos reiterados inferidos a los naturales encomendados y, sobre todo, la defensa y la libertad de los indígenas y esclavos.

En este memorial se hacían valer los fundamentos por los cuales se estimaba que el oficio de protector debía ser ocupado por un letrado y togado. Todos estos fundamentos se apoyaban en el derecho romano.

En primer lugar señalaba que el oficio de protector se asimilaba al de los tutores del derecho romano, de igual modo a como lo hacía Solórzano Pereira, indicando luego las variadas razones por las cuales el protector debía ser togado y letrado.

Primero sostenía que si no era letrado, sino mero laico de capa y espada, sería protector de solo nombre, sirviendo únicamente de conductor para llevar y traer a los indios, por lo que a veces sería necesario nombrar un protector para el mismo protector, como bien los había afirmado Justiniano, citando al efecto una constitución de Justiniano dirigida a Demóstenes, prefecto del pretorio, y recogida en el *Código* 5.30.5. En ella se decía que no fuera llamado a la tutela de un liberto o de un ingenuo una persona que no hubiera cumplido los veinticinco años, porque a nadie se debía tolerar que siendo tutor él mismo estuviere constituido bajo tutela y, a su vez, que el mismo que fuere curador, obre bajo curatela.

Una segunda causa era que el protector elegido solía ser persona particular y las más de las veces pobre y por ello no poseía la fuerza suficiente para resistir a personas superiores y poderosas que hacían estragos con los indios, y si el protector, por su misma ocupación tomó el nombre porque amparaba, defendía y favorecía a los indios, como respecto del tutor lo había sostenido Paulo, como tal protector podía favorecer a un desfavorecido o amparar a un desamparado y defender al que no tenía brazos. Por tal razón, agregaba que los romanos elegían para las magistraturas a los ciudadanos más nobles y caudalosos, citando como ejemplo el *Digesto* 50.5.10 y el *Código* 10.51.4, que decía:

“Los emperadores Diocleciano y Maximiano a Dommo...Puesto que expones que transferiste todos tus bienes y que no tienes cosa alguna, no serás constreñido, respecto a tu patrimonio, que dejó de ser tuyo, a cargos civiles”.

Añadía que los defensores de la república estaban exentos durante el mismo tiempo de honores y cargos señalando que, siendo hombres particulares, los protectores, como se había dicho, no tendrían influencias en la Audiencia de Lima, ni entrada con el virrey, sería fácil y ordinaria como pedían los negocios de los indios que eran muchos, y que a veces se movían por ocasiones leves, como ocurría en casos en los cuales venían los indios de muchas leguas a negocios fáciles y, las más veces, de poca importancia, como en demanda de un buey o de una gallina, recordando los que había descrito Justiniano a propó-

sito de los pobres de su imperio, transcribiendo en el mismo memorial la constitución de Justiniano a los habitantes de Constantinopla recogida en el *Código* 5.3.1:

“Di que todos obedezcan a los jueces de las provincias, así en las causas criminales como en las pecuniarias, y se examinen allí los negocios, sin ser exceptuado nadie por privilegio, y de que los citados no sean traídos aquí, a no ser que una pragmática disposición mandare que alguien sea exhibido”.

“De aquí la grande multitud de los que diariamente nos hacen representaciones que frecuentemente sean molestados en tales causas con motivo de cosas de poca entidad, soportando nosotros mismos muchas oportunidades, viendo ciertamente grandísima multitud de hombres y mujeres, que salen de sus propias localidades y vienen a esta bellísima ciudad, mucho de los que hacen esto aun mendigando, y en la aflicción y a veces también mueren aquí”.

Reconocía que tal sucedía con los indios, que así morían casi todos, porque era su complexión tan débil que se rendían a cualquier achaque y, desesperados de la vida se dejaban morir tristes.

Al tratar luego de los requisitos que debían adornar al protector de naturales, señalaba que debía ser letrado, conocedor de la lengua indígena, pues ello contribuía a que tuvieran más confianza los indios, y se evitaban así interpretaciones torcidas.

Debía, además, considerarse su nobleza y pureza de costumbres, la limpieza de sus acciones. Dotes y virtudes que debían revestir a los magistrados, como Justiniano lo mencionaba en la *Novela* número 8, donde se refería a los administradores de impuestos fiscales, y decía que los impuestos debían ser exigidos con firmeza a los que no eran cumplidores, pero respecto de los que pagaban debían comportarse paternalmente. Debían ser justos en los juicios y justos en las disposiciones públicas, castigando también los delitos, amando a los inocentes e imponiendo penas a los culpables y, por esta razón, dada la responsabilidad para estos cargos de la administración, se debía designar a individuos de lo más honrados y conocedores de los tributos fiscales.

Otra cualidad que debía reunir el protector era que, además de ser abogado, debía dedicarse exclusivamente a su función de protector, pues siendo tantos los negocios de los indios, era menester que no se distrajera en otras ocupaciones y causas. Decía que antes los abogados de indios defendían muchos pleitos y atendían a muchas otras obligaciones, porque no podían vivir con el salario de los indios. Para ilustrar esta situación citaba la *Novela* 45.1.3 que se refería a los notarios y a la forma en la que debían cumplir sus funciones, con la máxima diligencia, dado que en definitiva era mejor hacer pocas cosas con seguridad, que intervenir en muchas con peligro.

El protector debía, sin lugar a dudas, ser un letrado y conocer la ley, pues de lo contrario se daría lugar a una mala interpretación y vergüenza para el virrey, y había habido procuradores de indios nombrados por el virrey que apenas sabían firmar y que traían siempre un muchacho para que escribiera. Citaba a este propósito el *Digesto* 1.2.43 que se refería a la consulta que Servio hizo a Quinto Mucio sobre un negocio de un amigo suyo y, que el jurista en una primera oportunidad no contestó, para luego responder a Servio porque dijo que era vergonzoso para un patricio noble y orador ignorar el derecho en que se ocupaba.

Como se podía constatar, el derecho romano era utilizado en este memorial, en definitiva, en apoyo de los indios pues, basándose en argumentos de derecho romano se estimaba que el oficio de protector debía ser servido por los más diligentes funcionarios de dedicación exclusiva y bien rentados, pues la intervención de estos magistrados era determinante en la defensa de los indios.

Finalmente, debe considerarse lo que sucedía en las causas de los indios, y a la intervención que tenían estos protectores en sus causas.

En este punto de la investigación, aun no se sabe con precisión la frecuencia con la que se invocaba el derecho romano en los juicios, pues existen en el catálogo del archivo de la Real Audiencia 187 causas de libertad en los dos primeros tomos, de cuatro y, hasta el momento sólo se ha podido revisar una veintena de expedientes, de cuyo examen se puede constatar lo siguiente:

El recurso más usual y alegado por los protectores de naturales en favor de los indios era la *restitutio in integrum* en materia procesal.

Así por ejemplo en el volumen 2.386, correspondiente al siglo XVII, en la causa de libertad de la india Luisa contra la criolla doña Ana Pajuelo, que la reclamaba como de su propiedad.

En primera instancia el fallo era contrario a la libertad de la india, por estimar que el protector general de los naturales en defensa de la india, no había probado su acción. En segunda instancia, tomó el caso el fiscal protector don Luis Bernal, quien invocó el recurso de la *restitutio in integrum* contra el término probatorio, lo que permitió a la india Luisa presentar a sus testigos y hacerlos declarar en el proceso, lamentablemente el deterioro del expediente impide conocer la sentencia de vista.

En otro expediente caratulado simplemente como "Quiroga", conservado en el volumen 2.208 del archivo de la Real Audiencia correspondiente al año 1695, que es también una causa de libertad, se invoca la condición de miserable persona y rústico de un indio con la finalidad de solicitar el beneficio de la *restitutio in integrum*.

Así pues, en varios expedientes se encuentra que el protector general de naturales solicitaba el recurso de la *restitutio in integrum* en favor de los indios basándose en su condición de personas miserables. Recurso muy importante, como se ha podido comprobar, pues muchos de ellos servían para que los naturales pudieran presentar sus testigos u otros medios probatorios en pro de su defensa.

En general, el protector de naturales, era un oficio estructurado teóricamente sobre el derecho romano, que actuaba muchas veces por su propia iniciativa.

De las causas analizadas se desprende el rol diligente de este magistrado en el impulso y seguimiento de las causas, aunque muchas veces las pretensiones de libertad eran rechazadas por falta de pruebas. Sin embargo, en ninguna de ellas aparecía el derecho romano como fundamento contrario a su libertad y, muy por el contrario, la *restitutio in integrum*, que en su esencia se mantenía intacta desde el derecho romano, era el recurso que aparecía más utilizado en pro de la defensa de la libertad de los naturales. Además, el protector de indios la hacía valer basándose en la condición de personas miserables de los indios conforme a la citada constitución de Constantino.