

LA MISERABILIDAD DEL INDIO EN EL SIGLO XVI

Gorki Gonzales Mantilla
Magister en Derecho Civil y
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

En el presente artículo el doctor Gorki Gonzales analiza la noción de miserabilidad, presente en las disposiciones del derecho colonial español; para esta legislación tutelar, los aborígenes del Nuevo Mundo eran seres humanos cuyos derechos había que respetar y cuya inferior condición les daba más bien título a una especial protección del Estado y de la Iglesia. Esta protección se basaba en la noción de miserabilidad, que era el componente esencial del status jurídico atribuido al indio en el derecho colonial español. La miserabilidad es un concepto que provenía del derecho romano, donde servía para designar a una categoría precisa de personas que, debido a su especial situación de miseria y desamparo, eran merecedoras de un trato especial por el ordenamiento consistente en una serie de privilegios. El concepto de miserabilidad y los privilegios propios de quienes lo eran, se incorporan al derecho español, por medio del cual pasaron al nuevo mundo; no costó mucho trabajo incluir a los indios dentro de la categoría de miserables, aplicándoles los privilegios propios de su condición.

Si bien la idea de que los indios eran personas "miserables" permitió el dictado de una serie de normas tutelares (por otra parte rara vez y llevadas a la práctica) también permitió justificar la conquista de América, debido a que era preciso "llevar a los indios la luz de la fe y sacarles de su lastimoso estado de postración".

1. INTRODUCCION

Este trabajo tiene por objeto discutir la noción de miserabilidad, utilizada como componente esencial del *status* jurídico atribuido al indio en el derecho del siglo XVI. En tal sentido, es propósito del presente trabajo, verificar el tipo de inserción que tuvo en dicha institución, la reelaboración jurídica con base en el Derecho romano.

Es sabido que en la línea del Derecho romano, el Derecho de Castilla a comienzos del siglo XVI, mantiene la referencia concreta al ser humano a través de la noción "homo" u "hombre", la misma que se identifica plenamente con la de "persona"¹.

¹ GARCIA GALLO, A. Estudios de Historia del Derecho Privado. SEVILLA: Universidad de Sevilla. 1982, p. 44.

La definición otorgada por las Siete Partidas es clara. 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 (Partida 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 grád pro en conofcer, e é faber el eftado de los omes, por que mejor pueda ome departir e librar lo que acaefciere en razón de las perfonas dellos" (Partida 4.23.2).

La afirmación de la naturaleza humana del indio, es decir, su condición de persona implícita, se ratifica en este contexto. Igual sentido corresponde al caso de la libertad natural de todos los hombres, retomado en forma expresa en la Partida 4.21.1.

Sin embargo, las profundas diferencias culturales que existen entre españoles e indios, son el espacio que no pudo ser cubierto por la normatividad que pretendió equipararlos en tanto vasallos de la Corona de Castilla. Es a partir de la "inadecuación" indígena a los patrones de vida que les venían siendo impuestos, que se plantea entonces, su posible "incapacidad" para conducirse por sí mismos² y, finalmente, es ello lo que tempranamente motivó² el que las Leyes de Burgos dispusieran la necesidad de tenerlos bajo **tutela** o **encomienda** de los españoles³. Política, ciertamente, heredera de una línea de pensamiento aristotélico y sepulvediano, es decir, por su propio bien los indios debían quedar bajo la protección y cuidado de quienes se asumían como culturalmente superiores.

No obstante, es de advertir que las encomiendas van a potenciar la explotación y trato inhumano de los indios que denunciaran con tanto énfasis algunos sacerdotes dominicos, como el padre Montesinos y el propio Bartolomé de Las Casas.

La dación de instrumentos como la Bula *Sublimis Deus* del 2 de junio de 1537, que constituye un hito importante en cuanto se refiere al reconocimiento de la plena capacidad del indio, no impedirá, sin embargo, que dicha situación se modifique sustantivamente ni que la incapacidad atribuida a su condición natural se reconsidere. Expresiones como aquella del III Concilio de Lima de 1601, que dice "mal pueden ser enseñados á ser Christianos, si primero no les enseñamos á que sepan a ser hombres y vivir como tales"⁴, aunque en forma velada, continúan afirmando la incapacidad del indio.

En este contexto, esto es, del reconocimiento del estado de postración moral y material en el que se encontraba el indio, aunado a su "incapacidad" para valerse por sí mismo, surge la necesidad de otorgarle un sistema de protección específico. De este modo, a lo largo del siglo XVI, progresivamente se fueron incorporando disposiciones que a la larga harían posible en efecto, reconocer a los indios un estatuto especial que permitiera su protección y tutela; tal como durante siglos se había procurado en Europa desde el emperador Constantino para las personas miserables, es decir, los pobres, lisiados, viudas y huérfanos. Se trata de un sistema que permitía el acceso directo a las cortes reales, abreviar los procesos legales, reducir o eliminar los honorarios y los costos legales, y brindar consejo legal con honorarios reducidos o sin ningún pago⁵.

2. QUE ES LA MISERABILIDAD

La noción de "miserabilidad" proviene del latín *miserabilis*, palabra que se conecta a su vez con *miser* y *miserandus*. La primera alude al hombre desgraciado, infortunado, infeliz, desventurado; la segunda, hace referencia a aquello que es digno de lástima. En tal sentido, *Miserabilis*, quiere decir en este contexto, hombre digno de compasión⁶.

² GARCIA GALLO. Op. cit., p. 175.

³ Definida la condición de persona libre y vasallo de la Corona de Castilla del indio, se puso en cuestión sin embargo, la capacidad del mismo, y en consecuencia el debate derivó en cuál sería el tipo de régimen a aplicarle. En términos generales fueron dos las posibilidades: Si su capacidad y su entendimiento era inferiores, se les debía entregar a jurisdicciones feudales, que los dejarían en manos de un gobierno flexible, o los colocarían bajo alguna forma de tutela española. Si su capacidad y entendimiento eran cabales, la alternativa era: o se les colocaba bajo una forma de gobierno plenamente cristiano, con imposición inmediata de los usos españoles y considerable abandono de las costumbres aborígenes, o se les debía dejar en el pleno disfrute de sus propios usos y costumbres, con un mínimo de cambios. Ver: BORAH, Woodrow. El juzgado general de indios en la Nueva España. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 39.

⁴ SOLORZANO. Op. cit., T. I, p. 384.

⁵ BORAH, Woodrow. "El status Jurídico de los indios en Nueva España" En: Revista América Indígena. México, año, XLV, N° 2, abril-junio, p. 261.

⁶ Diccionario Latino-Español. Editorial Ramón Sopena. S.A., 2 vol., Barcelona, 1985., p. 972.

Los orígenes jurídicos de esta figura⁷, los encontramos en la Constitución de Constantino contenida en Codex 3.15:

“Si contra **pupilos, viudas, atacados de enfermedad incurable y débiles**, se hubiere impetrado el juicio de nuestra lenidad, no sean compelidas dichas personas por ninguno de nuestros jueces a presentarse a nuestras comitivas. Por el contrario, prueben su fortuna en el litigio en la provincia en que se hallan el litigante y los testigos o los instrumentos, y procúrese con todo cuidado, que no se vean forzados a salir de los límites de sus provincias. Mas si los **pupilos, o las viudas, u otras personas miserables por injuria de la fortuna** hubieren suplicado el juicio de nuestra serenidad, principalmente cuando tienen gran temor al poder de alguien, sean obligados sus adversarios a presentarse a nuestro examen. Dada en Constantinopla las Calendas de Julio, bajo el Consulado de Optato y de Paulino [334]”

Como bien es sabido, el cristianismo, de ser una religión perseguida, con el paso de los años llegó a tener enorme influencia en los asuntos del Estado romano. Más aún, si en las fuentes jurídicas de los tres primeros siglos después de Cristo todavía no se había advertido la influencia del cristianismo, a partir de Constantino(306-337)⁸, sin que ello suponga hablar de una cristianización del Derecho, la evidencia de una progresiva penetración de nuevos principios del derecho provenientes de esta religión es innegable⁹.

La línea de penetración del cristianismo, siguiendo las enseñanzas del evangelio, postula que los dere-

chos altruistas debían prevalecer sobre el egoísmo; la caridad y la liberalidad debían ser, en suma, la base de las acciones humanas. En ese sentido se asumía que el contenido del Derecho debía ser conforme a estas prescripciones de manera que se pueda alcanzar la justicia¹⁰. Preceptos que resultan funcionales al contexto de crisis económica que se empieza a vivir a partir del siglo III¹¹, en el cual, junto al desarrollo económico de una minoría muy reducida, la gran mayoría de la población jurídicamente libre vió empeorar su situación económica en forma creciente. En consecuencia, no resulta un exceso afirmar que la naturaleza de esta Constitución entraña notablemente una influencia del pensamiento cristiano.

Es en este sentido que la Constitución de Constantino se ocupa del problema de las personas que se encontraban en una situación de desamparo y miserabilidad: pupilos, viudas, atacados de enfermedad incurable, y débiles. A estos se les conceden dos clases de privilegios: a) Que no puedan ser llevados como reos a tribunales fuera de su provincia y; b) Que puedan solicitar el juicio del tribunal o del Príncipe, principalmente cuando tienen gran temor al poder de alguien, estando sus adversarios obligados a presentarse.

Si comparamos esa regulación con la expuesta siglos más tarde por Solórzano¹², veremos que el sentido general de la misma persiste. Así, el mencionado jurista establece que la miserabilidad alcanza a personas que: a) Inspiran compasión; b) Precisan una especial protección;c) La determinación del estado de miserabilidad, se deja al dictamen del juez, en tanto no es posible hacer una lista completa de las personas involucradas en este contexto.

⁷ La obligación del soberano de dar protección especial a las viudas, los huérfanos, los ancianos, los impedidos, los esclavos, los enfermos graves, los pobres y en general, todos los miserables de la tierra, deriva de una doble vía: Por una parte de los preceptos del Antiguo y Nuevo Testamento, que obligan a ser piadoso, caritativo y dar limosnas, en suma de dar una protección especial a las personas indicadas. Por otra parte, tenía una fuente en el pensamiento griego, a través de preceptos similares para ayudar a los menesterosos. Ver BORAH, Woodrow. El Juzgado General de Indios en la Nueva España. Op. cit., p. 23.

⁸ Constantino toleró y favoreció oficialmente al cristianismo. Se hizo bautizar antes de morir y fue considerado por gran parte de los cristianos contemporáneos como una figura histórica providencial que había liberado al cristianismo de la persecución, había reconocido sus valores y le había colmado de beneficios. Ver: CHURRUCA, Juan. Introducción histórica al Derecho romano. BILBAO: Universidad de Deusto, 1989, ps. 188-189.

⁹ ROBERTI, Melchiorre. “Cristianesimo e Colezioni giustiniane”. En: *Cristianesimo e Diritto Romano*. MILANO: Società Editrice “Vita e Pensiero”, MCMXXXV, p. 46. En el mismo sentido BIONDI, Biondo. “Diritto Romano e Cristianesimo”. En: *Scritti Giuridici I, Diritto Romano - Problemi Generali*. Milano - Dott. A. Giuffrè, Editore, 1965, p. 544.

¹⁰ ROBERTI. Op. cit., p. 46.

¹¹ CHURRUCA, Juan. Op. cit., ps.192-196. “No hubo un colapso repentino sino un deterioro progresivo de la vida económica en el que influyeron numerosos factores: la inseguridad, los crecientes gastos militares, el progresivo deterioro de la moneda, la saturación de ciertos mercados, la despoblación de algunas zonas, los movimientos migratorios, etc”.

¹² SOLORZANO Y PEREYRA, Juan de. Política Indiana. Madrid: Biblioteca de autores españoles. Desde la formación del lenguaje hasta nuestros días. Lope de Vega, 18, 1972, T. I, Lib. II, Cap. XXVIII, N^o1, p. 418.

3. NATURALEZA JURIDICA

La miserabilidad es pues, una particular situación en virtud de la cual se adquiere un *status*. En otras palabras, con la noción de miserabilidad se alude a una categoría precisa de personas, de modo que el estado de miserabilidad y su reconocimiento atraviesa la situación jurídica de una persona libre, identificándola y vinculándola con el grupo social en tanto tal, es decir, como miserable.

El reconocimiento del estado de miserabilidad trae como consecuencia el establecimiento de una situación de "privilegio", es decir, un conjunto de medidas específicas que colocan al "miserable" en un contexto particular, por encima de los demás miembros de la sociedad, lo cual le habría de procurar un beneficio igualmente particular.

El privilegio constituye una importante noción del derecho que proviene de *privilegium*, cuyo significado, extraído de una reconstrucción de las fuentes literarias del período romano clásico¹³, alude a personas determinadas en concreto. Por el privilegio se crea una posición de desigualdad entre los sujetos pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico. Nótese, sin embargo, que en la época más antigua, la palabra "*privilegium*" siempre contiene el concepto de una posición desfavorable, pues como advierte Orestano, para las situaciones favorables Cicerón usa *Ius praecipuum* y, a su vez, Livio habla de *alicui praecipue dare*¹⁴. Pronto pasó a adquirir el significado de una posición de ventaja, esto es, a partir de la edad clásica. Así se empezaron a llamar privilegios a las concesiones hechas a título personal, o en relación a cargo u oficio, durante el desempeño de éste o a las concesiones hechas en favor de categorías de personas que formaban parte de una comunidad o que ejercían una profesión¹⁵. En este contexto, el privilegio se opone al *Ius commune*, respecto del cual constituye una excepción, queda por ello fuera del sistema, ya que trae su existencia y contenido esencialmente de la voluntad y liberalidad de quien lo ha creado¹⁶.

Será en el período post-clásico que el *Privilegium* se amplía en un sentido menos técnico. Como apunta Orestano¹⁷, ciertamente se sigue usando para designar la disposición positiva en favor de personas, dignidades, cargos en concreto, tal como aparece de los privilegios que se otorgan en numerosas constituciones, pero al lado de este uso existe otro, en cuya virtud el *privilegium* aparece aludiendo frecuentemente a un derecho que se deriva de la ley general. En otras palabras, el *privilegium* se define ahora, ya no por su inconsecuencia respecto del sistema, ni por ser arbitrio del legislador, sino por su carácter de excepción al *Ius commune*; se concibe como una categoría que atañe a una minoría de los casos regulados por el derecho, de frente al *Ius commune* que abarca a la mayor parte y que por eso constituye la regla: ambos constituyen una dicotomía cuyos miembros están en una relación de menos a más, y que difieren por la amplitud de su aplicación¹⁸.

Este último es el sentido de los privilegios a los que se refiere el estado de miserabilidad aplicada, en principio, por razones específicas, a determinadas personas desde el Derecho romano con Constantino y a lo largo de la edad media a través del Derecho común.

4. LOS INDIOS SON PERSONAS "MISERABLES"

Desde Constantino en adelante, la aplicación y naturaleza de la protección se extendió en grado considerable, ya fuese por intentos de la iglesia de afirmar su propia jurisdicción en los casos que involucraban a las clases de personas antes mencionadas, o ya sea para la redefinición y el aumento de las categorías definidas como débiles y miserables¹⁹. Las adiciones incluyeron a los peregrinos, campesinos, ignorantes, menores de edad, cautivos, prostitutas, estudiantes, los que hacían penitencia en público, los niños expósitos, los ancianos, los ciegos, los presos, los soldados, los pródigos²⁰. En tal sentido, la protección de estos grupos llegó a considerar-

¹³ ORESTANO, Ricardo. *Ius Singulare e Privilegium in Diritto Romano: Contributo Storico-Dommatico*. TOLENTINO: 1937, P. 108-109.

¹⁴ Ibid., p. 109.

¹⁵ Ibid. p. 113.

¹⁶ Ibid., p. 115.

¹⁷ Ibid., p. 127-128.

¹⁸ Ibid., p. 190 y ss.

¹⁹ BORAH. El Juzgado General de Indios en la nueva España. Op. cit., p. 24.

²⁰ Loc. cit.

se como parte del debido ejercicio de la justicia²¹, y como la obligación del soberano de extender su protección a los indigentes y los desamparados²². Así fue que ingresó en las Siete Partidas:

“Muevense a las vegadas maliciosamente omes ya, a ganar cartas contra los **huérfanos**, e las **viudas** o los **omes muy viejos**, o **cuytados de grandes enfermedades**, o de **muy gran pobreza**, para aducir los pleitos ante el Rey, o ante los adelantados, o ante otros jueces, que no son moradores en la tierra do viven estos sobredichos contra quien las ganan. E porque esto no tenemos por guisada cosa, nin por derecha; mandamos que la carta que fuere ganada contra cualquier destos sobredichos, o contra persona semejante dellos, de quien ome debiese aver merced o piedad, por razón de la mezquindad o **miseria en que vive**: que no vala, nin seas temida, de ir a responder por ella, a ninguna parte, sino ante aquel juez de su lugar do vive. Mas las otras que cualquier destas personas cuytadas contra otri ganasse, para aduzirlo ante el Rey, o ante otro juez que le otorgase que lo oyesse, e le fiziesse derecho; mandamos que vala”.(Partida 1,41,18)

Como resulta evidente, la norma de las Partidas toma casi en su integridad el antecedente de la Constitución Constantina, tanto en lo que se refiere a las personas como a los privilegios. No obstante, en lugar de referirse a los pupilos, las Partidas hablan de huérfanos. La explicación está en el énfasis puesto en la situación de desamparo²³, ya que si bien el pupilo carece de padre, tiene la protección del tutor, en cambio el huérfano no.

Si bien los indios fueron incluidos en esta categoría de personas, los términos de sustento a la concep-

tualización jurídica de la miserabilidad que les es atribuida se presentan a dos niveles²⁴:

a) La posición de Francisco de Vitoria, que ve en los indios personas incapaces de gobernarse por sí mismas, debido al estado de barbarie en el que se encuentran y a la falta de capacidad e inteligencia que los equipara en razón a los niños, hecho que amerita su gobierno por los españoles. Es verdad que la miserabilidad como tal, no se expresa plenamente, pero es bueno precisar que Vitoria habla de tutelas y amparos que el indio necesitaba como si fuera un menor:

“esos bárbaros, aunque ... no sean del todo amentes, distan, sin embargo, muy poco de los amentes, lo que demuestra que no son aptos para formar república legítima en las formas humanas y civiles[...] Esto explica que algunos afirmen que para utilidad de ellos los príncipes de España pueden asumir la administración de aquellos bárbaros, [...] de la misma manera que tendrían que verificarlo si se tratara puramente de niños. Porque a este respecto, habría la misma razón para proceder con estos bárbaros del mismo modo que con los amentes, porque nada o poco más valen para gobernarse así mismos que los amentes, y aún no son mucho más capaces que las mismas fieras y bestias, de las que se diferencian siquiera ni en utilizar alimentos más tiernos o mejores que los que ellas consumen. Por estas razones, se dice que pueden llegar a ser entregados al gobierno de personas más inteligentes”²⁵

b) En segundo lugar, se puede citar la posición de Las Casas. En efecto, será Las Casas el primero en formular la expresión miserables como mecanismo jurídico que permitiría otorgar un sistema de protección específico para los indios, cuya jurisdicción correría a cargo de la iglesia²⁶.

²¹ Loc. cit.

²² Loc. cit.

²³ “E esto es, porque maguer el Rey es tenedo de guardar todos los de su tierra, señaladamente lo deve fazer a estos, porque son así como **desamparados**, e mas sin consejo que los otros ... ca por tales como estos quando se alzaren a él, piedat le debe mover para librarles él mismo o darles quien los libre luego (Partidas 3.23.20)

²⁴ En este sentido BORAH ha dicho que los primeros en expresar la opinión de que los indios debían ser asimilados en masa a la condición de miserables, fueron Las Casas y Vitoria. Ver: El Juzgado General de Indios en la nueva España. Op. cit., p. 91.

²⁵ VITORIA, Francisco. Reelecciones sobre los Indios. BUENOS AIRES - MÉXICO: Espasa Calpe, S.A., Colección Austral, 1947, p. 119.

²⁶ SEMPAT ASSDOURIAN, Carlos. “Fray Bartolomé de Las Casas obispo: La condición miserable de las naciones indianas y el derecho de la iglesia (un escrito de 1545)”. En: Allpanchis. Instituto de Pastoral Andina. Año XXII - N° 35/36, Primer Semestre de 1990, ps. 29-103. Esta posición es ciertamente discrepante y esclarecedora respecto de la sostenida por CASTANEDA DELGADO, Paulino. “La condición miserable del indio y sus privilegios”. En: Anuario de Estudios Americanos. Sevilla: publicación de la Escuela Hispano-americanas de Sevilla, 1971, quien afirma que el concepto “miserable” en la legislación indiana aparece por primera vez en la ordenanza de Felipe II de 1563, y que asimismo, el concepto de miserable aplicado a los indios no fue tratado por los teólogos del siglo XVI. Ver ps. 264-265 y 291.

Las Casas conceptualiza jurídicamente la miserabilidad, a través de dos definiciones²⁷:

- "Miserables personas son aquellas todas sobre las cuales la misma naturaleza mueve a los hombres a que dellas se compadezcan sino son hombres bestiales y crueles"
- "Miserable persona es aquella que por sí misma no puede defender sus causas e pedir justicia conviene a saber por defecto de su pobreza o pusilanimidad o de ciencia o esperiencia o de miedo que tenga o de otra cualquier inpotencia"

Pero la razón por la cual se ubican los indios en la situación de miserabilidad es consecuencia de la degradación sufrida por la violenta presencia española, no así, por la "carencia" o "defecto" de una ciencia o "esperiencia". Ya hemos visto anteriormente, que es propósito de Las Casas a través de toda su obra demostrar la plena condición racional de los indios, como gentes aptas "por ser tan propincas y estar tan aparejadas para recibir nuestra santa fe". En tal sentido, afirma Las Casas que los indios son:

"... las más miserables y más opresas y agraviadas, afligidas y desamparadas personas que más injusticias padezcan y más carezcan y mayor necesidad tengan de amparo, defensión y protección de todas las que oy ay en el mundo"²⁸

A lo que agrega:

"De lo qual se sigue manifiestamente ser estas miserables naciones las más miserables y más abatidas y por agraviadas y más inpotentes y desamparadas y necesitas que ay en el universo sobre quien más y con mayor razón la naturaleza de los hombres se deve mover a mayor compasión y a con mayor conato y aflicción y eficacia condolerse de sus afliciones y miserias"²⁹

¿Cuál de estas dos perspectivas formará parte del sustrato en la fundamentación jurídica de la miserabilidad del indio? La respuesta no es unívoca.

La idea de que los indios son personas "miserables" por el estado de gentilidad y desamparo en el que se encuentran fue reconocida institucionalmente en una Ordenanza de Audiencias dictada por el rey Felipe II en 1563. Se justifica así la conquista de América, debido a que era preciso llevar a los indios la luz de la fe y sacarles de su lastimoso estado de postración, cosa que debía hacerse con buenos tratos y mucho cuidado³⁰.

Casi dos décadas más tarde, el sentido más bien declarativo de esta disposición se vuelve a perfilar, a través de la Real Cédula del 23 de setiembre de 1580. El punto de atención será esta vez el tributo de los indios:

"Nos somos informados que los indios desta provincia pagan excesivos tributos a sus encomenderos y no se les pone justicia suficiente, para que los defienda y gobierne en paz, y la que les pone es a su costa, de que se le sigue mucho daño por ser esto demás de lo que pagan de sus tributos y quintos y **ser generalmente muy pobres y miserables**, y porque después del bien y salvación de sus almas deseamos mucho que sean bien gobernados, amparados y relevados en todo lo posible..."³¹

Pero la situación del indio no cambia y las normas reiteran la voluntad tutelar. Eso explica que al año siguiente, en vista de la información que ha recibido sobre los maltratos y abusos que se cometen con los indios, el rey se dirija a la Audiencia de Nueva Granada, para reconocer que siendo los indios "tan miserables que sin resistir a las violencias que les hacen, ni pedir justicia, se ofrecen humildes al trabajo de que se sigue su muerte", y manda se ponga urgente remedio "desarchivando" las repetidas cédulas sobre el buen tratamiento³². Esta disposición será tomada para el caso específico del

²⁷ BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. Petición y Requerimiento de los Obispos de Guatemala, Chiapa y Nicaragua al Presidente y Oidores de la Audiencia de los Confines. 19 de octubre de 1545. En: Apéndice de SEMPAT ASSADOURIAN. Op. cit., p. 90 y ss.

²⁸ Ibid., p. 91-92.

²⁹ Ibid., p. 100.

³⁰ CASTAÑEDA DELGADO, Paulino. Op. cit., p. 265.

³¹ KONETZKE, Richard. Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones científicas, N° 393, ps. 528-529.

³² KONETZKE. Ibid., p. 551.

Perú en Instrucción dirigida al Virrey Luis de Velasco en 1595³³

Los términos de la situación de privilegio que reclama el estado de miserabilidad, por el maltrato del que son objeto los indios, se ponen de relieve en la Real Cédula del 29 de diciembre de 1593. En efecto, se reconoce que los indios son gente “pobre y miserable”, por lo tanto habiendo necesidad de castigar los delitos cometidos por españoles o indios, “sean éstos más amparados como gente más **miserable** y de menos defensa, os mando que **de aquí en adelante castiguéis con mayor rigor a los españoles que injuriasen, ofendiesen o maltrataren a los indios que si los mismos delitos se cometieren contra españoles**”³⁴. Precisamente el sentido final de esta norma será recogido por la Recopilación de las Leyes de Indias Libro VI, Título 10, Ley 21.

No obstante todo lo dicho, junto al reconocimiento de la situación de desamparo en la que se encuentra el indio por sus trabajos, pobreza, rusticidad, y en suma, por los daños que se les hacen, se encuentra la plataforma conceptual suministrada por una condición natural que en opinión de Matienzo³⁵ hace que “...cuantas más fuerzas tienen en el cuerpo, tanto menos tienen de entendimiento”, razón por la cual “Son en esto partícipes de razón para sentilla, e no para tenella o seguilla. En esto no difieren de los animales, que ni aun sienten la razón, antes se rigen por sus pasiones”. Esto permite sostener al propio Solórzano³⁶ que la fragilidad racional de estos indios es tal que “en las causas graves donde fuese forzoso examinar testigos, no se reciban menos de seis[...]pero aunque contesten, no se les dé más fé, y crédito, que si sólo uno idóneo se huviere examinado”

En este contexto se aprecia mejor, ya bastante entrado el siglo XVII, el sentido que guarda para Solórzano la consideración de los indios como personas miserables, y que se expresa en forma plena de la siguiente manera:

“Miserables personas se reputan y llaman todas aquellas de quien naturalmente nos compadecemos por su estado, calidad, y trabajos, según que después de otros lo resuelve Menoquío, concluyendo, que el censurar esto, queda en arbitrio del Juez, como son tantas, y tan variadas sus circunstancias. Pero cualesquiera que se atiendan y requieran, **hallamos que concurren en nuestros Indios por su humilde, servil y rendida condición,[...]su imbecilidad, rusticidad, pobreza, y pusilanimidad, continuos trabajos, y servicios**”³⁷

La Recopilación de las Leyes de Indias mantiene la continuidad de esta formulación, al establecer que los preladados procuren el buen tratamiento de los indios, pues “son **personas miserables** y de tan **débil natural**, que fácilmente se hallan molestados y oprimidos y nuestra voluntad es que no padezcan vejaciones” (Libro I, Título VII, Ley XIII)).

La consideración jurídica del indio como miserable, hace referencia en buena cuenta a un contexto de desamparo que no se desliga, en ningún caso, de la ausencia de capacidad o falta de discernimiento debida a condiciones de orden natural. Esto último es lo que a Solórzano le permite sostener que los indios “por su **corta capacidad** [...] aún no pueden disponer en sus bienes raíces, quanto más de sus personas y libertad”, y es por su condición de “**menores**”, es decir, porque no pueden actuar en forma autónoma, que “necesitan de otros que los dirijan, gobiernen y asistan”³⁸.

La consecuencia de este razonamiento es la creación de un sistema de protección y amparo que convoca la presencia de funcionarios e instituciones. Así, curadores, protectores, procuradores, encomenderos y corregidores, van a ser los responsables de llevar adelante la política que se va perfilando y construyendo para este efecto. En este mismo marco se va a establecer, paulatinamente, un elenco significativo de privilegios³⁹. Se considera que en sus

³³ KONETZKE. Ibid., Tomo II. Vol. I, p. 26.

³⁴ KONETZKE. Ibid., T. II, vol. I, p. 12.

³⁵ MATIENZO, Juan de. Gobierno del Perú (1567). París-Lima: *Edition et Etude préliminaire par Guillermo Lohmann Villena. Ouvrage publié avec le concours du Ministère des Affaires étrangères*, 1967, p. 17-18.

³⁶ SOLÓRZANO. Op. cit., T. I, Lib., II, Cap. XXVIII, N° 35, p. 425.

³⁷ SOLÓRZANO. Ibid., Lib. II, Cap. XXVIII, p.417-418.

³⁸ Ibid., p. 425-426.

³⁹ Es notable en este sentido el caso del jurista don Gaspar Escalona y Agüero quien fuera corregidor en Jauja, gobernador de Castrovirreyna y procurador del Cabildo de Lima. En 1634, fue comisionado para reconocer reales cédulas y provisiones de los archivos de cámara y gobierno del virreinato, conoció el estado de desamparo en el que se encontraban los indios y sin reparar en que la causa

relaciones contractuales, los indios podían ser restituidos en sus bienes muebles o raíces, en los casos de enajenación cuando se hubieran obviado formalidades imperativas. En tal sentido, sus actos debían contar con la intervención y consentimiento del Protector de Naturales, y además, estar precedidos de 30 pregones en 30 días para la venta de las raíces, y nueve para la de los muebles o semovientes⁴⁰.

En la realización de sus contratos y a nivel procesal, no se podía presumir en ellos dolo ni engaño⁴¹ (Recopilación de las Leyes de Indias Libro 2, Ley 83, Título 15). En sus litigios se debía observar un principio de celeridad procesal, de modo que sus pleitos debían terminar breve y sumariamente y sin atender las escrupulosas fórmulas del derecho⁴². Recogiendo la norma Constantina, como las viudas y los pupilos, sus casos podían llegar a ser considerados “casos de corte”, no se practicaba en ellos la contumacia judicial, podían alegar y contradecir los instrumentos y confesiones presentados por sus propios abogados, podían presentar nuevas pruebas en segunda instancia, aunque se tratara de aspectos materia de anterior tratamiento en la instancia inferior⁴³.

5. A MODO DE CONCLUSION

Desde su origen como institución jurídica a partir del emperador Constantino, la miserabilidad supu-

so la constitución de una situación de “privilegio” para quienes eran tenidos como tales. Jurídicamente, el privilegio aparece desde este período como una categoría que atañe a una minoría de los casos regulados por el derecho, frente al *ius commune* que abarca a la mayor parte y que por eso constituye la regla.

Para ser más precisos, en la tradición del *ius commune*, la miserabilidad se aplica en razón de condiciones objetivas, mayormente económicas, caso por caso.

En este nuevo desarrollo, en cambio, la determinación judicial para establecer la situación de miserabilidad deviene innecesaria, pues la miserabilidad se presume y aplica para todos los indios por el hecho de serlo.

El caso de la situación de “privilegio” otorgada a los indios, se presenta como un Derecho que opera en cualquiera de las fuentes reconocidas por el *ius commune*; a nivel contractual, familiar o procesal. De tal modo que la miserabilidad, jurídicamente, presenta una propia *ratio* positiva que vale, por razones étnicas, para las relaciones jurídicas de un conjunto de comunidades de personas, presentándose de este modo como una especie de “derecho singular” o particular.

de ello era un complejo de circunstancias que no podía ser modificado por simples disposiciones orientadas a corregir las manifestaciones externas del problema, quiso defenderlos recogiendo en un Código todas las disposiciones favorables a ellos, para luego hacerlas publicar, pues estaba convencido de que los abusos se debían al desconocimiento de las leyes. Al final el trabajo de Escalona quedó únicamente en proyecto, sólo llegó a redactar un proemio y el índice de los cuatro libros con sus títulos. No obstante, llegó a precisar el contenido de los dos títulos que habían de formar el primer libro. De cualquier forma el trabajo permite verificar una enorme lista de privilegios que por consideración al status de “miserabilidad” de los indios, se habían ido estableciendo en una serie de aspectos. Ver: GARCIA GALLO, Alfonso: “El Código peruano de Escalona y Agüero”. En: Estudios de Historia del Derecho Indiano, MADRID: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, ps.363-375.

⁴⁰ SOLORZANO. Op. cit., N° 42-45, p. 427.

⁴¹ Ibid. p. 423.

⁴² Loc. cit.

⁴³ Loc. cit.