

cales sean definidos constitucionalmente como órganos fundamentales del Estado.

El penúltimo trabajo que se publica es del Dr. Enrique Rojas Franco atinente al Ombudsman, protector de ciudadanos frente a la Administración Pública y vigilante de las libertades públicas.

El Ombudsman, protector y vigilante, nace en Suecia, en cuyas Constituciones Políticas de 1819 y 1859 se crea como órgano constitucional con el nombre de órgano general de control de la Administración Pública.

Este escrito del Dr. Rojas es importante para entender el desenvolvimiento de las relaciones entre la Administración y el administrado; y, su proyección en el dilema autoridad pública y libertad del individuo.

En la medida en que el Estado interviene más en la sociedad y el sujeto de derecho se hace pequeño ante el poder público, urgen medidas de protección legal a la persona de derecho físico y moral.

Finalmente, el Dr. Mario Carvajal nos ofrece su investigación sobre las inversiones extranjeras en América Latina, rostro polémico del capital internacional y de las empresas multinacionales tan sujetas a debate y cuestión.

Por tales expectativas e interrogantes es que el Dr. Carvajal termina diciendo que "la inversión extranjera en América Latina, pareciera destinada a mantenerse como una realidad económica y como un riesgo político".

El punto neurálgico reside en el hecho de que la fuerza y el poder de las empresas transnacionales o multinacionales es, a veces, superior al país en el cual operan esas empresas; lo cual deviene en un control político y económico sobre la respectiva nación, como trágicamente lo ilustra la I.T.T. y su nefasta intervención en Chile.

Esperamos que al llegar al número 30 de esta revista, cada edición hubiere cumplido con su deber de enriquecer la cultura jurídica nacional.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

## LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACION DE INDIAS

Dr. Jorge Enrique Guier.

Desde el principio deseo advertir, sin perjuicio de que durante el desarrollo del tema insista en ello nuevamente, que el estudio del desarrollo histórico del derecho colonial en América, en cuanto al problema particular de esta investigación, puede hacerse desde dos puntos de vista: a) tomando como norma ideal la "Declaración Universal de Derechos Humanos", y enfrentándola luego a un estudio empírico sobre la realidad colonial. Creo que el resultado de la investigación, juzgando *a priori*, nos daría un resultado desilusionante, entristecedor y grave, de los derechos humanos en nuestra colonia; el otro enfoque, el b), sería tomar los documentos españoles, para analizarlos en su propia circunstancia. El resultado, juzgado desde ahora, no sería tan desilusionante como el anterior, aunque no totalmente satisfactorio.

Cada época histórica se enfrenta, de un modo u otro, a la definición de una serie de derechos que se consideran inalienables, básicos e imprescriptibles del hombre. Pero esas épocas históricas tienen a su haber —en el camino difícil de la definición filosófica—, una serie de ventajas, al menos los países europeos, pues cuentan con la seguridad basilar de saber lo que es el hombre, quiénes son hombres y lo que deben ser sus derechos. Contando con estas dos premisas fundamentales, darle contenido a esos conceptos en cuestión es tarea a la que se enfrentaron, en su tiempo, filósofos, políticos y juristas. Así la gama de esos derechos humanos —naturales se llamaron antes—, es amplia, pero siempre coincidentes en sus aspectos medulares, como son la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad —éste último vilipendiado últimamente—, colocados de distintos modos, series modales o importancia axiológica, según la circunstancia.

Pero, imaginemos por un momento, que la civilización occidental en nuestra época contemporánea, con todo su bagaje cultural, organizado, sistematizado, se enfrentara de un momento a otro con unos conglomerados de seres —no los llamamos humanos todavía para no adelantar criterios—, muy semejantes a los europeos, pero con diferencias que hacían dudar de su humanidad. Entonces, la primera situación doctrinal, iba mucho más hondo que la simple estructuración de una serie de derechos que pudieran aplicarse a estos seres parecidos a los humanos. ¿Serían o no hombres los individuos recién descubiertos? Esto es lo que sucedió al descubrirse nuestra América.

En todo este debate, una de las circunstancias más importantes fue la discusión que en Valladolid, en 1550 y 1551, sostuvieron el Padre Bartolomé de las Casas, formado en el estudio de la teología y con la experiencia de haber vivido casi cincuenta años en la América, y por otra parte, en el escolástico combate, el humanista español y cronista real Don Juan Ginés de Sepúlveda. La pregunta primera y fundamental, que llevó a dilucidar muchos problemas, era la siguiente: ¿era justo hacer la guerra a los habitantes del nuevo continente recién descubierto?

La teoría del derecho de conquista en todo el continente americano, tiene como base, según lo creo yo, dos grandes experiencias históricas que se han adentrado mucho, y muy hondo, en el sentir del americano. La primera de ellas, válida para la América de habla hispana, llega hasta encontrarse con los problemas suscitados por la guerra justa, y la otra teoría, sustento de los americanos de habla inglesa, se forma con la idea más sentida, por desgracia, que expuesta teóricamente, del "destino manifiesto" de los Estados Unidos de América.

Interesa ahora únicamente el primer fenómeno.

Fray Antonio de Montesinos en 1511, hizo a los habitantes de la isla La Española la pregunta de que con qué justicia hacían la guerra a los indios indefensos. En este momento inauguró en la América el claro ejemplo de una de las más fuertes tradiciones de pensamiento español y cristiano, porque en esta época, como lo indica certeramente Menéndez y Pelayo, España no era tan sólo una nación cristiana, sino que además era una nación de teólogos.

La idea de justificar las guerras no era posesión única de España, ni mucho menos que esa idea de justificación hubiera nacido de estas tierras cuando se hacía guerra contra los naturales de ellas. Casi todos los hombres y todas las naciones tienen la tendencia de querer explicar sus propias acciones conforme a una pauta o escala de valores, que previamente han reconocido como justa. Es más, como la guerra es un fenómeno que se presenta siempre y constantemente en la historia, son por millares los libros que únicamente en los tiempos actuales se han escrito para probar, por un bando u otro, que una guerra es o no justa. Ingleses, chinos, franceses, japoneses y americanos, para citar unos cuantos, se han sentido en la obligación histórica de tratar de explicar primero, y luego justificar, siempre desde su exclusivo punto de vista, la justicia o injusticia de las guerras en que se han visto comprometidos. Así es que cuando los españoles en el siglo XVI elaboraron el sistema según el cual podían calificar una guerra de "justa" o "injusta", plasmaban en la realidad una idea que desde antes había estado efectiva en muchas naciones, si bien los españoles fueron literales al poner en práctica sus propias teorías, con lo cual al menos obraron, para ellos, de manera inteligible.

Si no me equivoco, creo que fue San Agustín el primero de los grandes escritores católico-cristianos quien expuso ideas coherentes sobre la guerra, las cuales desde su época han servido de pauta para fijar la justicia de las guerras, enmendándose esas teorías con el transcurso

del tiempo, en cuestiones sin mayor importancia. Como para el Obispo de Hipona la justicia era la base verdadera y sostén fundamental de todo Estado, aducía que las guerras, como una consecuencia, debían ser también justas, pero que para serlo, debían reunir tres requisitos fundamentales que expuso en la forma que sigue: primero, que la guerra debía iniciarse únicamente por orden de la autoridad constituida, sea el príncipe; segundo, que la guerra debía hacerse por una razón justa, y estas razones, ejemplificaba el Santo, podían ser el castigo de una injuria o la recuperación de algo que se hubiese arrebatado injustamente; y, por último, los contendientes, los que van a las guerras, debían tener por sobre todo una intención justa, o sea pretender hacer el bien y evitar el mal.

Veamos, pues, que la calificación de la justicia en la guerra, en resumidas cuentas, viene en última instancia a colocarse en la esfera personal de cada uno de los contendientes y, es más, la que adquirirá más fuerza, será, por supuesto, la del que resulte vencedor, porque, ¿quién impone al final la justicia si no es el que triunfa?

España, por haber estado tan ocupada durante tantos siglos en las guerras contra los moros, no tuvo tiempo de teorizar sobre este punto, sino ya al final de la Edad Media, cuando los árabes andaban en desbandada. Es tal vez el primero de los teóricos españoles, Alfonso de Madrigal (1400-1455), conocido con el sobrenombre de "El Tostado", obispo de Avila perseguidor implacable de Santa Teresa de Jesús y de San Juan de la Cruz, quien, según se dice en su epitafio, nunca escribió menos de tres páginas por día, con lo que vino a componer cerca de unas sesenta mil doscientas veinticinco páginas de "doctrina sana, católica y verdadera". Aquí, en cuanto al problema que nos atañe, siguió las teorías de Inocencio IV, las cuales eran fiel reflejo de las de San Agustín. En resumidas cuentas, para El Tostado con una guerra justa se podía perdonar cualquier cosa, mientras que si era injusta se convertía en un robo público.

No todos los españoles del siglo XVI proclamaron la teoría de la guerra justa —es necesario hacer las excepciones—. Luis de Vives mantuvo que toda guerra, por ser guerra, era ilegal, inhumana y absurda. Los más destacados, sin embargo, y sobresalen entre ellos Fernando Vázquez de Manchaca y Diego de Covarrubias, el sordo juriconsulto a quien El Greco retrató de manera genial, aunque no intervinieron en problemas relativos a la tierra recién descubierta, ni defendieron la teoría de la justicia en la guerra, el último, llevó la situación al extremo, cuando sostuvo que a los hombres tan solo se les podía esclavizar como resultado de la guerra justa.

Pero como los españoles —al menos en su mayoría—, son dogmáticos y formalistas, no podían calificar de justa a la guerra a *posteriori*, sino que necesitaban una serie de formalidades previas para poder acogerse a esa prerrogativa. Así es que nació la teoría que para proceder a la guerra justa se necesitaba del "requerimiento" a los posibles contendores. En 1521 se ordenó a los capitanes que hicieran descubrimientos en Tierra Firme, que "requirieran" a los indios varias

veces después de su primera negativa, antes de hacerles la guerra. También Diego Velázquez incluyó como parte fundamental de sus instrucciones a Cortés, fechadas el 23 de octubre de 1518, órdenes de "requerir" a los indios para aceptar la soberanía indiscutible del rey de España.

Este requerimiento alcanzó también a los indios que habitaban Panamá. Lo tomo como ejemplo porque la embajada que salió a requerir a los indios panameños puede considerarse clásica en toda la conquista española: en 1536 el rey ordenó que se requiriera a cuatro caciques panameños: Penonome, Rota, Cora y San Cristóbal. El obispo, el gobernador, un notario y muchos soldados formaban la expedición. Si se mantenían en la negativa podía entonces hacerseles la guerra, y, sobre todo, esclavizar a los cautivos. El obispo Tomás de Berlanga, personalmente, iba en la procesión.

El eclesiástico exhortaba a los caciques y naturales a aceptar sin ninguna oposición la nueva fe verdadera; el gobernador, en lugar del rey y representándolo, recibía la obediencia; el notario legalizaría la ceremonia y levantaría acta de todo lo sucedido para informar al monarca. Los soldados, en último caso, eran los que llevarían a cabo la "guerra justa" si había oposición. Los caciques panameños sin entender lo que oían, escucharon embelesados toda la perorata, pero no la aceptaron, y, según nos cuenta Herrera, "rodeados por un cerco de montañas, y obstinados en su terquedad, no quisieron oír lo que les habría beneficiado, y así todos perecieron". Aunque en muchos actos de conquista no se menciona el requerimiento, acontecimientos posteriores prueban que puede bien haberse incluido siempre como parte integrante del equipo que todo conquistador habría de traer consigo a la América.

El requerimiento siempre se empleó, de un modo o de otro, durante el cuarto de siglo que siguió a su promulgación solemne por Don Fernando el Católico, una vez que fue archivado oficialmente en la Casa de la Contratación de Sevilla. El mismo Pedrarias Dávila, quien se vió obligado en 1513 a andar por España, cuando juristas y frailes debatían acerca de la promulgación del requerimiento, partió para América, de regreso, con un ejemplar del mismo entre sus papeles. Las teorías que dieron nacimiento a este notable documento se mantuvieron en vigencia muchos siglos después de que había desaparecido de las reglamentaciones oficiales. Melchor Dávalos, oidor de la audiencia de Manila, hacia 1588, preparó una lista de treinta y seis "Ordenanzas contra idolatría y sodomía", en las que recomendó que se hiciese una advertencia o proclamación semejante al requerimiento, a todos los habitantes de las islas Filipinas. En una fecha tardía, ya como 1697, el antiguo requerimiento fue solemnemente leído por Martín de Ursúa y Arizmendi al rey de los itzáes de Guatemala, antes de comenzar la guerra para someterlos al poder de España.

Aquella cuestión que planteó el Padre Montesinos resultó en una explosión de teorías que ocupó a las mejores cabezas de jurisconsultos y teólogos durante el siglo XVI, ejerciendo, sin duda alguna, gran

influencia sobre todos los conquistadores, quienes estaban determinados por las ideas de la guerra justa y del famoso requerimiento.

Las lecciones que magistralmente dictó Fray Francisco de Vitoria en la Universidad de Salamanca a partir de 1532, incrementaron y también sirvieron de reflejo al interés que en toda la península ibérica existía por todas las cuestiones relativas al nuevo mundo. Esto contribuyó a la recopilación efectuada por el autor bajo el nombre de *De India y De Iure Belli Hispanorum in Barbados*.

Sin embargo, y a pesar de Fray Francisco de Vitoria, cuando llegó Las Casas a España se encontró envuelto en una fragosa batalla, porque Sepúlveda —humanista elegante y tremendamente erudito—, ya había compuesto su tratado en el que pretendía probar la justicia de las guerras contra los indios. El libro se había publicado bajo los auspicios directos del presidente del Consejo de Indias, el Arzobispo de Sevilla, García de Loayas, quien había alentado a su autor asegurándole que con escribir esa doctrina le haría un favor a Dios y al Rey. En el raro libro de Sepúlveda, titulado *De convenientia militaria disciplinae cum christiana religione dialogue que inscribitur Democrates*, publicado en 1535, se llegaba a decir que la guerra es cuestión natural y que además era legítima cuando "tenía por objeto el sometimiento de gente irreligiosa que perturba nuestra paz". (Hanke, Lewis, *La Lucha por la Justicia en la Conquista de América*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1949, p. 317). Tal vez es interesante apuntar que Sepúlveda, por esta época, había concluido su magna traducción de la *Política* de Aristóteles, y cuando comenzó a componer su tratado, estaba completamente influido por las doctrinas de "El Filósofo" y, en particular, con la idea muy aristotélica de que ciertos hombres son esclavos por naturaleza.

La obra de Sepúlveda fue atacada valientemente por Las Casas, y fue también seguido por las Universidades que se mantenían inflexibles en la tesis contraria. En el Nuevo Mundo se había ordenado recoger la obra para que no se difundiera, y Sepúlveda se quejaba en carta al monarca que eso se había conseguido con "falsedades, con favores y maquinaciones de Las Casas", a quien calificaba de "homo natura factiosus et turbulentus".

La idea fundamental que había expuesto Sepúlveda era sencilla y tampoco era original suya: había sido expuesta siglos antes por Santo Tomás de Aquino, alegando que las guerras eran justas cuando la autoridad que la emprende es legítima y esa guerra se lleva a cabo con espíritu justo y de manera correcta.

Las Casas refutó notablemente la doctrina aristotélica sobre la esclavitud, dividiendo a los bárbaros en tres grupos, añadiendo que sólo eran aptos para la esclavitud los que "existían sin leyes y robando a placer, como los godos, vándalos y árabes" (cit. por Hanke, ib. p. 336), pero salvó a los indígenas demostrando que no pertenecían a ninguno de estos grupos. Sepúlveda volvió a la andanada de manos de Aristóteles, pero apoyado en la actitud del dominico escocés John Major, quien ya había escrito algo sobre el asunto en 1510, sobre todo

donde explicaba que "es evidente que algunos hombres son por naturaleza libres y otros serviles. En el orden natural de las cosas las cualidades de algunos hombres son tales que, en su propio interés, es recto y justo que sirvan, mientras que otros, viviendo libremente, ejerciten su natural autoridad y mandan" (cit. por Hanke, ib. p. 337).

Elevada la disputa al máximo, no es de extrañar ahora que los jueces que actuaron en la misma, agotados y confundidos ante tanta erudición y tanta elocuente oratoria, no llegaron a ninguna decisión definitiva. Las Casas explicó que la decisión "fue favorable a las opiniones del obispo, aunque por desgracia de los indios no fuesen bien ejecutadas las providencias del Consejo" (Hanke, ib. p. 351) y, por su parte, Sepúlveda, escribió que los jueces "creyeron lo justo y legal que los bárbaros del Nuevo Mundo fuesen sometidos al dominio de los cristianos, con la sola excepción de un teólogo" (Hanke, ib. p. 351). Este teólogo indicado con menosprecio por Sepúlveda no fue otro que Domingo de Soto.

Lo que conocemos ahora no prueba ninguna de las dos opiniones, ni la de Las Casas ni la de Sepúlveda. Parece que cada uno de los jueces tomó su propio camino, no se volvieron a reunir, y durante muchos años el Consejo de Indias luchó por obtener una respuesta escrita.

¿Cuál fue, pues, el verdadero sentido y el verdadero resultado, de la gran disputa de Valladolid? ¿Tuvo la disputa algún efecto positivo?

Sería prudente indicar que todavía hoy todos los hechos de la famosa polémica no son del todo conocidos, y es cierto también que las conquistas españolas no se detuvieron, y que tampoco las guerras se terminaron, porque Las Casas con insistencia, llevada con la sacralidad de una obligación moral, continuó presentando memoriales ante el Rey.

En una época en que muchas personas sapientes y doctas dudaban que los indios pudieran salvarse en modo alguno, Las Casas alzó su voz a favor de ellos, y exclamaba, como lo había hecho Montesinos cuarenta años antes en la isla Española "¿No son estos indios hombres? ¿No tienen almas racionales? ¿No estáis obligados a amarlos como os amáis a vosotros mismos?" (Hanke, ib., p. 354).

Si enfocamos toda esa discusión bajo estos conceptos, se destaca claramente, que aquello no fue una disputa o contienda entre un fraile apasionado de la libertad y un erudito docto y frío, aristotélico y desapasionado, hasta donde se podía lograr en esta contienda, ni tampoco fueron argumentaciones para aprobar o desaprobar la impresión del libro de Sepúlveda, sino que tal disputación debe verse como un testimonio apasionado, de un hecho fundamentalmente decisivo en la historia de la humanidad y luego de la declaración de los derechos del hombre.

Al no triunfar plenamente la tesis de Sepúlveda, se adentró con paso inseguro y tambaleante, es cierto, por el camino para que se hiciera justicia a todas las razas, en un mundo lleno de múltiples razas.

Cuando Las Casas hablaba en Valladolid a favor de los indios naturales de la América, toda aquella larga, complicada, erudita argumentación tenía otra utilidad. Esto fortaleció a todos aquellos que por los siglos venideros siguieron trabajando con tesón y fortaleza, en la creencia de que todos los pueblos son habitados por hombres libres e iguales en dignidad y derechos, y que todos están dotados de razón y conciencia, lo que exige un comportamiento fraternal entre los hombres y no que el mundo estaba dividido entre hombres y hombrecillos, hombres enteros y medio hombres, y que éstos, por naturaleza deben hacer lo que otros les manden.

Es más, España, en la época, por boca de Fray Bartolomé de Las Casas, hizo una contribución sustancial a la historia del derecho, al fortalecer esa hipótesis, que es la más atrevida e importante que se haya hecho: que todos los pueblos del mundo están formados por hombres. Que éstos no eran bestias ni esclavos por naturaleza ni como niños con un entendimiento limitado, sino hombres que eran capaces del pleno derecho de gozar de su dignidad, de sus bienes y de su libertad política.

Los fundamentos, de toda esta clara y sana política de colonización, a la luz de las teorías de Las Casas, se encontraban esbozados en una cláusula del testamento de la Reina doña Isabel La Católica que dice:

"Suplico al rey mi señor, muy afectuosamente, y encargo y mando a la princesa mi hija y al príncipe su marido que... no consientan y den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas islas y Tierra firme, ganados y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas y bienes: mas manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean de manera que no se exceda cosa alguna".

Sin embargo, a pesar de los deseos de la Reina expuestos en su testamento y la gran controversia de Las Casas y Sepúlveda, hay opiniones contrarias.

Pedro Mártir de Anglería nos dice: "Las disposiciones de las leyes que se les dieron, siendo testigo ya que diariamente las estudié con los demás colegas, están formadas con tanta justicia y equidad, que más santas no puede haberlas...". Pero Mártir contemplaba la ley y no la realidad. Fray Domingo de Betanzos, por el contrario, se fijó más en la realidad que en la ley, y nos relata: "De tal manera que aunque lo que se ordena sea en sí bueno y con santa intención proveyendo, cuando se viene a aplicar a la sujeta materia sale dañoso y desordenado, y redundando en daño y disminución de aquellos a quienes bien queremos hacer". (Guier, Jorge E., *Historia del Derecho*. Tomo II. Editorial Costa Rica, San José, 1968, p. 932).

Seguiremos en este ensayo el criterio de Pedro Mártir, enfocaremos el esfuerzo de la corona española por la sana doctrina y el considirar a sus vasallos indígenas como seres humanos, y nos olvidaremos de la práctica de la ley en la América colonial, haciendo a un lado

con un desprecio teñido de tristeza a corregidores y encomenderos, a los mismos curas y a los alcaldes, quienes, como nos dice German Arciniegas, aunque el "rey pudo dictar las Leyes de Indias para favorecer al pueblo de América, . . . se han convertido en instrumentos de tortura". (Guier, op. cit. p. 948).

Había que crear una legislación para la nueva América. Se elaboró un proyecto de recopilación de leyes bajo la guía de Rodrigo Aguiar y Acuña, con la eficaz colaboración de Antonio León Pinelo, quien luego continuó sólo el trabajo de toda la legislación dedicado especialmente a las Indias, que parece ser el fundamento de la "Recopilación de Leyes de las Indias", promulgada en 1680. Cuando llegó el día de la promulgación de esa Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, ésta se componía de nueve libros, que se dividían en doscientos dieciocho títulos, y que contenían seis mil trescientos setenta y siete leyes. Para llegar a esta selección, Pinelo había estudiado y organizado cerca de diez mil leyes sueltas.

Un detalle curioso de estas leyes es que más parece que aconsejan y no que mandan, careciendo muchas veces de precisión. No existe dentro de la Recopilación tampoco un plan orgánico y sistemático. La distribución de las materias muchas veces da la idea de una carencia absoluta de espíritu legislativo. Pero a pesar de todas las imperfecciones del código, y de que tiene en cuanto al sistema de las finanzas errores imperdonables, por su espíritu "humanitario y de protección en favor de los súbditos americanos del rey, encierra un valor mucho más grande que todo lo que se ha hecho en las colonias inglesas o francesas en el mismo orden" (cit. en Guier, op. cit. p. 957).

Estas Leyes de Indias de los monarcas españoles, insisto que tomadas únicamente en su sentido jurídico, y olvidándonos —vuelvo a repetir—, de los resultados que tuvieron al ponerse en práctica, pueden compararse eficazmente, y tal vez con mucha ventaja, a las leyes que cualquier país europeo haya promulgado en beneficio de las clases trabajadoras.

Tomemos como ejemplo algunos puntos de las Leyes de Indias que nos pueden interesar para el estudio en que estamos ahora: la regulación jurídica de la familia; la condición jurídica de la mujer; el derecho de propiedad y su correlativo a la sucesión y, el derecho de obligaciones.

De un modo general, puede decirse que los principios de legislación canónica, a partir del Concilio de Trento, que regularon los matrimonios en España, estuvieron en vigencia en los territorios hispanoamericanos de Ultramar.

El principio de la libertad en el consentimiento del matrimonio, que también es fundamental en el derecho canónico, no viene declarada de manera expresa en la legislación indiana, pero es incuestionable su vigencia por una serie de documentos históricos que, aunque de manera indirecta, lo vienen a poner en claro.

Dice la Ley XXXII, tit. II Lib. III de la Recopilación: "Que los Virreyes y Gobernadores no traten casamientos de sus deudos y criados

con mujeres que han sucedido en encomiendas . . . y las dejen casar y tomar estado con la libertad que tan justa y debida es".

Los matrimonios entre españoles y mujeres de las diferentes razas indias sojuzgadas estuvieron reconocidos y sancionados por la ley, desde la primera época de la conquista. El legislador se limitó, pues, a reconocer y sancionar legalmente los hechos que se habían producido y, es más, tal vez a fomentar dichas uniones. En una Instrucción del 29 de marzo de 1503 (cit. por Ots Capdequí, José María, "El Estado Español en las Indias", Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p. 85) se lee: "Otro sí: mandamos que el dicho Nuestro Gobernador o las personas que por él fueren nombradas para tener cargo de las dichas poblaciones, e así mismo los dichos Capellanes, procuren con los dichos indios se casen con sus mujeres en haz de la Santa Madre Iglesia; e que así mismo procure que algunos cristianos se casen con algunas mujeres indias, y las mujeres cristianas, con algunos indios".

Y en Real Cédula de 5 de febrero de 1515 se advertía: "El Rey . . . my voluntad es que las dichas yndias e yndios tengan entera libertad para se casar con quien quisieran, así con yndios como con naturales destas partes".

Sin embargo, cuando algunos matrimonios se celebraron contra las prohibiciones o impedimentos, Juan de Solórzano, en su *Política Indiana*, sostiene que tales prohibiciones eran válidas también en fuero interno, porque no iban ni contra el derecho canónico ni contra la libertad que debe presidir en la celebración de los matrimonios, ya que éstos eran siempre válidos, aun cuando se contrajeran contra la prohibición expresa del Rey, añadiendo que "todos los autores están conformes en que pueden los príncipes, por justas causas, prohibir matrimonios entre sus súbditos, aunque no forzarlos" (Ots, *Ibidem*, p. 88).

El principio de la libertad para contraer matrimonio, donde con más frecuencia se violó fue en las encomiendas, lo que acarrea la condenación más drástica de las leyes. Una Real Cédula de 10 de octubre de 1618, que luego fue la Ley XXI, título IX, libro VI de la Recopilación, establece literalmente: "Que ningún encomendero u otra persona, impide casamiento de indios . . ." "Ordenamos y mandamos, que cualquier encomendero que impidiere matrimonio de indio o india de su encomienda incurra en pena . . ." "Y encargamos a los curas, que no casen indios con indias de una misma encomienda o casa, cuando el dueño de ella se los llevare, sin hacer particular averiguación si las indias van atemorizadas, o con plena libertad . . .".

Finalmente, puede concluirse esta enumeración ligera de ideas en cuanto a este problema, con un capítulo, el que lleva el número cuatro, de las Ordenanzas contenidas en el *Gobierno del Perú*, del Licenciado Matienzo, en el cual se venía a ratificar plenamente el principio que ya era constante, para prevenir extralimitaciones de los clérigos debido a un malentendido fervor apostólico. "El sacerdote de la doctrina, no compela ninguno a que se case, ni vuelva cristiano contra su voluntad más de persuadirlos por bien" (Hanke, op. cit. 97).

Al abordar la legislación indiana el problema de la libertad o esclavitud de los indios sometidos y, de manera particular, con referencia a la condición jurídica de la mujer, la posición de los hombres en el gobierno de la península fue decidida y tajante. Las mujeres indígenas debían ser consideradas libres, sin que se pudiera admitir jurídicamente ninguna causa que las hiciera perder ese estado de libertad.

De acuerdo con esta doctrina declaraban, entre muchas, las Reales Cédulas de 1553, 1563 y 1675, admitiendo que "las mujeres, sin embargo de ser apresadas en guerra, gozasen de libertad"; este mismo criterio hizo su entrada en la Recopilación de 1680, al mantenerse en la Ley XIII, tit. II, lib. VI, donde al hablarse de los indios caribes que hacían la guerra a los españoles conquistadores, se permitía que fueran considerados esclavos con la excepción clara de los "menores de 14 años ni mujeres de cualquier edad".

En la esfera del derecho sucesorio, todas las fuentes particulares de la legislación indiana, ofrecen un interés doctrinal bastante menor. En realidad todo se redujo al interés complicado de la sucesión de las encomiendas. Es mucho más importante, sin embargo, lo que podría llamarse la propiedad de la tierra entre los indios.

Se puede decir que, salvo los casos muy excepcionales en que se permitió la esclavitud de los indios, haciendo a un lado la serie grande de abusos cometidos en la práctica, los indios desde el primer momento se consideraron sin interrupción como hombres libres, vasallos de la Corona de Castilla.

La consecuencia que lógicamente tenía que extraerse de este principio general era de que en relación con el derecho de propiedad, se les reconociese a los indígenas conquistados recientemente, la más amplia capacidad para poseer, disfrutar y disponer de sus bienes, de cualquier naturaleza que fueren, aunque se condicionaba ese derecho con algunas pocas limitaciones.

Tomando el derecho de propiedad aplicado sobre la tierra, fue in cuestionable para la Recopilación, la absoluta capacidad de los indios para poseerla y beneficiarse con su cultivo, puesto que las disposiciones reales en ese sentido son amplísimas para que cuando se dieran encomiendas, a conquistadores y pobladores españoles, no se tocaran las tierras que ya estuvieran bajo la propiedad de los indígenas.

\* En la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*, se dispone de manera general: "que a los indios se les dexen tierra... con sobre de todas las que les pertenecieren, así en particular, como por Comunidades, y las aguas, y riegos; y las tierras en que hubieren hecho azequias, o otro cualquier beneficio, con que por industria personal suya se hayan fertilizado, se reserven en primer lugar y por ningún caso no se les puedan vender, ni enagenar, y los juezes, que estos fueren invitados, especifiquen los indios que hallaren en las tierras y las que dexaren a cada uno de los tributarios, viejos, reservados, Caciques, Governadores, ausentes y Comunidades".

\* Se creó también por la Corona de Castilla un fiscal de corte, de categoría especial, para regular y representar en juicio a los indios,

cuando de repartimientos de tierras se trataba, para que no fueran perjudicados en su posesión.

También, cuando se determinaba la política de crear nuevas poblaciones y se conminaba a los indios a reunirse en un determinado lugar para dar sustento humano a la población por erigirse, se ordenaba expresamente que no se les quitasen las tierras "que antes huvieren tenido".

No es tan sólo la política de la corona española dedicada en términos generales a que se respetase la tierra que ya los indios poseían, sino que, además, desde los primeros tiempos de la conquista aparecen disposiciones reales que ordenaban se hicieran también repartimientos de tierras a los indios que carecieran de ellas. Así, en una Instrucción de 29 de marzo de 1503, entre muchas otras cosas, se disponía que los indios vivieran reunidos en lugares y se le diesen a cada uno de ellos su propia heredad.

A los frailes Jerónimos, que tan importantes fueron en las empresas de colonización, se les encargó, el 18 de setiembre de 1516, que se formaran pueblos de indios señalándoseles sus límites propios "dando de lo mejor a cada uno de ellos, parte de tierra donde puedan plantar árboles e otras cosas, e hazer montones para él e para toda su familia, más o menos, segund la calidad de la persona e cantidad de la familia, e al cacique, tanto como a quatro vezinos...".

La *Recopilación de 1680* acoge toda esta doctrina de manera amplia y sin tapujos, disponiendo en la Ley XIV, tit. III, lib. VI, que "a los indios se havrán de señalar, y dar tierras, aguas y montes"; y en la Ley LXIII, tit. II lib. III, que "repartan las aguas a los Indios, para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras, y abrenben a los ganados".

En términos generales, la Recopilación estatuyó en la Ley XII, Tit. I, lib. VI, que "los indios puedan libremente comerciar sus frutos y mantenimientos"; la declaración anterior se completaba con lo que disponen otras leyes que se encuentran en ese mismo título y libro, como, que entre indios y españoles exista la libertad de comercio; que los indios no sean atemorizados, inducidos ni apremiados en la contratación; que se procure que los indios sean acomodados en los precios de los bastimientos y cosas que compraren y que los hallen más baratos que la otra gente, en atención a su pobreza y trabajo.

Hay una indiscutible novedad o un anticipo a la mayor cultura política que tuvo cabida en las Leyes de Indias, y que puede sorprender bastante —como dice Niceto Alcalá-Zamora—, en su libro "*Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias*" (Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1944, p. 65), "porque equivale al conocimiento adelantado de un derecho político, que siglos después vendrá a figurar en las Constituciones modernas, siempre en el grupo de las garantías que pueden suspenderse, y siempre en la realidad entre las que suelen atropellarse: el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia. El título XVI del libro III... contiene las leyes VI y VII (la primera del Emperador y del Cardenal gobernador, en 1541, la siguiente de Felipe II en Burgos a 14 de setiembre de 1592) estableciendo la primera la

libertad de correspondencia con las Indias sin impedimento; la segunda que ninguna persona eclesiástica ni secular abra ni detenga las cartas y despachos del rey ni de los particulares”.

Toda la polémica Las Casas-Sepúlveda no quedó estacionada en los conventos y universidades españolas de la época, como hemos visto atrás, sino que ha tenido repercusiones no sólo en el pasado sino que en el presente. Un escritor inglés ha dicho, haciéndose eco de esa situación que “la doctrina predominante de los colonos en las áreas de colonización europea, en particular en Sudáfrica y en Kenya, es que el papel de los naturales consiste en ser una clase inferior que trabaja para una civilización que avanza” (Greaves, cit. por Hanke, ib., p. 509 nota N° 66).

Otra repercusión, todavía tardía, de la doctrina de Sepúlveda, puede verse con claridad en un discurso que Caleb Cushing le dirigió a la Sociedad Democrática de Boston, en 1858, sobre la causa primordial de la guerra con México, al preguntar: “¿No es la ocupación de cualquier porción de la tierra por los capacitados para retenerla y labrarla una ley providencial de la vida nacional?”.

Livingstone en el Africa, mantuvo una animada controversia con los boers en Kolonberg, pues le acusaban de tratar de enseñar a los naturales. “Tanto le valdría enseñar a los monos”, le replicaban. La declaración que hizo el explorador sobre la capacidad de los africanos, se parece mucho a la que Las Casas había hecho en Valladolid, trescientos años antes en relación con los indígenas de la América: “Con referencia al *status* de los africanos entre las naciones de la tierra, no hemos visto nada que justifique la noción de que son de diferente ‘casta’ o ‘especie’ que los más civilizados. El africano es un hombre con todos los atributos de humanidad. Siglos de barbarie han tenido los mismos efectos deteriorantes sobre los africanos que los descritos por Pritchard en ciertos irlandeses, que, hace algunas generaciones, fueron acorralados en las colinas de Ulster y Connaught; y estas influencias deprimentes han tenido tales efectos morales y físicos en algunas tribus, que se necesitarían probablemente edades enteras para deshacer lo que otras edades han hecho. Esta desgradación, sin embargo, mal podría darse como razón para mantener a ninguna raza en servidumbre, a menos que quien por esto abogara hubiese caído moralmente en el mismo bajo estado”.

Una parecida situación existía a fines del siglo pasado con los franceses en Argelia. En contestación a una encuesta que se basaba en la pregunta “¿Qué es un indígena de la Argelia?”, el consenso casi global fue así. “Para la mayoría de los franco-argelinos, pequeños colonos y grandes propietarios, mercaderes ambulantes o grandes banqueros, vendedores de seguros o empleados de fábricas, jefe de estaciones, brigadiers de bosques o empleados de jueces de paz —cualquiera que tuviera un título de nuestro mandarinato administrativo, público o privado—, el indígena es un ser inferior, miserable, manejable a voluntad, que la ley protege desgraciadamente en una forma ridícula, aquel al que no le debemos nada, y mucho menos de buenos ejemplos

y que puede tenerse como muy feliz de servir a nuestros intereses y de participar de nuestros vicios” (Las tres citas anteriores provienen de Hanke, op. cit., p. 509, Nota N° 66).

Toda tal discusión, sus fallidas aplicaciones en el mundo contemporáneo, la violación indefinida de la igualdad del hombre, al menos en la actualidad, ha quedado condensada en el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al estatuirse que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

### Conclusiones

La finalidad de la legislación indiana, juzgada globalmente, es clara: trata de obtener para todos los habitantes de la enigmática tierra nueva, recién descubierta, una situación jurídica estable y cierta, pero, sobre todo, asimilada a la de los españoles residentes en la península de Europa. Que aquí no se hubiera logrado tal propósito, es otra cosa, independiente de la voluntad legislativa de los monarcas españoles y de quienes, con ellos, tenían la facultad y responsabilidad de legislar para América.

Puede ser, considerado a grandes rasgos, que todo ese inmenso esfuerzo legislativo que cubrió minuciosamente tantos siglos de trabajo, quedara convertido en una idealidad y que el deseo centralizador de la corona española sucumbiera ante lo real pasmoso y extraño de América; que el ideal se desvaneciera ante la realidad no es tampoco extraño. Aunque el ideal no contara con la realización, esto en ningún modo quiere decir que se perdiera para siempre, entre los juegos de nubes de cambiantes colores que cubrían celajes esplendentes que miraban arrobados a corregidores, gobernadores, encomenderos y alcaldes mayores, trastrocando un orden precolombino y acatando pero no cumpliendo un nuevo orden real hispánico.

El ideal permaneció vivo, la idea quedó inmanente en la historia pero como toda idea es una incitación, quedó allí para ir siendo resucitada por el estudio, la investigación y la meditación, en legislaciones contemporáneas que tratan de ayudar al débil, liberar al oprimido y dar justicia al que no la tiene.

No es aventurado decir que si la ceguera de los que vinieron acá, no les hubiera impedido practicar y hacer cumplir a conciencia la legislación indiana, la suerte actual de la América hubiera sido muy otra. Los violentos contrastes se hubieran matizado desde el principio y habrían concluido hacia el final de la colonia y, tal vez, la paz, hubiera tenido un sitio de respeto entre nosotros.

## BIBLIOGRAFIA

- ALCALA-ZAMORA, NICETO. "Nuevas Reflexiones sobre las leyes de Indias" Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1944.
- GUIER, JORGE ENRIQUE. "Historia del Derecho". Tomo II. Editorial Costa Rica. San José, 1968.
- HANKE, LEWIS. "La Lucha por la Justicia en la Conquista de América". Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1949.
- OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA. "El Estado Español en las Indias". Fondo de Cultura Económica. México, 1946.
- "Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias, mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos". Cuarta Impresión hecha de orden Real y Supremo Consejo de las Indias. Impreso por la Vda. de don Joaquín Ibarra. Impresora de ese Real y Supremo Consejo de las Indias. Tres Tomos. Madrid, 1791.

## EL DERECHO COSTARRICENSE (SINOPSIS) \*

*Profs. Walter Antillón  
Gerardo Trejos*

\* Escrito para el primer volumen de la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado. Ese volumen, dirigido por el Prof. Víctor Knapp, será publicado este año en Alemania en idioma inglés.