

ESPECIALIDADES PROCESALES DE LOS INDIOS Y SU SUSTRATO ROMANÍSTICO

Francisco Cuenca Boy

Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Cantabria

RESUMEN:

Durante los siglos de dominación española en América, se aplicó a los indios el estatuto jurídico de *miserabiles personae* tal como había sido desarrollado en Europa por la doctrina de los juristas. Este artículo examina los privilegios de índole procesal de que gozaron los naturales americanos al amparo de dicho estatuto y destaca de forma especial la importancia del beneficio de la *in integrum restitutio*.

Palabras clave: indios – *miserabiles personae* – privilegios procesales – *restitutio in integrum*.

ABSTRACT:

During the centuries of Spanish rule in the Americas, the legal status of *miserabiles personae* was applied to Indians exactly as it had been developed in Europe through the doctrine of the jurists. This article examines the privileges of a procedural nature that Native Americans enjoyed under this status and especially highlights the importance of the benefit of *in integrum restitutio*.

Keywords: Indians – *miserabiles personae* – procedural privileges – *restitutio in integrum*.

Especialidades procesales de los indios y su sustrato romanístico

I. Para el tiempo en que Juan de Solórzano publica su *Política Indiana* (1647), la inclusión global de los indígenas americanos en la categoría jurídica de las personas miserables está completamente asentada, y ello no sólo por lo que toca a la doctrina sino también a la legislación. En realidad, no hubo nunca ninguna disposición real que se encargara derechamente y ex profeso de decidir o declarar aquella inclusión. Sin embargo, las normas relativas a los indios incorporan desde bastante temprano el leitmotiv de la miserabilidad casi como una cláusula de estilo¹, no importa si el propósito es el general de aleccionar a las autoridades coloniales de cualquier tipo y jerarquía sobre el buen tratamiento de los naturales o si se trata de retocar o de aclarar algún aspecto concreto del régimen legal aplicable a éstos.

Como es sabido, el adjetivo *miserabilis* ingresa en el vocabulario jurídico en el texto de una constitución de Constantino que concede determinados beneficios de carácter procesal a personas que se encuentran en situaciones de especial debilidad, postulación o desamparo². Los beneficios que esta ley les otorga son solamente dos: aunque hayan sido demandadas ante el emperador, estas personas no pueden ser compelidas a salir de sus provincias para litigar; ellas mismas como demandantes pueden obligar a sus adversarios a comparecer ante el tribunal imperial. Y entre sus destinatarios la ley menciona los menores no sujetos a patria potestad, las viudas, los enfermos incurables, los inválidos y otras personas maltratadas por la fortuna.

Más adelante diremos cuáles eran los privilegios procesales de que gozaron los indios y cuántos de ellos guardan alguna relación de semejanza con los de la ley constantiniana. En este momento nos interesa más preguntarnos por el punto de conexión de los indios como conjunto con la idea, categoría o condición jurídica de la miserabilidad, ya que ésta es la base necesaria en la que tuvieron que asentarse aquellos privilegios. Entre los indios hay, qué duda cabe, huérfanos menores (*pupilli*), viudas, enfermos e inválidos, que son los grupos de personas que la ley imperial romana enumera de forma expresa. Sin embargo, todas estas situaciones son de carácter individual y el hecho de ser indio no supone en principio una especial propensión a hallarse en alguna de ellas. En realidad, ni siquiera sumándolas todas se consigue una explicación satisfactoria del motivo por el que los indígenas -todos los indígenas con muy pocas excepciones³- llegaron a ser considerados como personas miserables necesitadas de amparo y protec-

1 M. OLIVEROS, "Construcción jurídica del régimen tutelar del indio", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 18 (1967) pp. 118 ss.; P. CASTAÑEDA DELGADO, "La condición miserable del indio y sus privilegios", en *Anuario de Estudios Americanos* 28 (1971) pp. 263 ss.; S.-G. SUÁREZ, *Los fiscales indios. Origen y evolución del ministerio público*, Caracas, 1995, pp. 381 s. Según Oliveros, la primera vez que se presenta en la legislación real la calificación de los indios como miserables es en una Ordenanza de Audiencias de 1563 que acabó siendo incorporada a la *Recopilación de las Leyes de Indias*, 6.10.3; lo cierto es que en esta norma sólo se habla todavía de sacar a los indios "del miserable estado de su gentilidad".

2 C. 3.14.1 = CTh. 1.22.1: Imp. Constantinus A. ad Andronicum. *Si contra pupillos viduas vel diutino morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicum compellantur comitatu sui copiam facere. quin immo intra provinciam, in qua litigator et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam atque omni cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. 1. Quod si pupilli vel viduae aliique fortunae iniuria miserabiles iudicium nostrae serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere* (a. 334); cfr. un brevísimo comentario en C. DUPONT, "La procédure civile dans les constitutions de Constantin. Traits caractéristiques", en *RIDA* 21 (1974) p. 209.

3 W. BORAH, "El status jurídico de los indios en Nueva España", en *América Indígena* 45/2 (1985) pp. 262 s.

ción. La ley de Constantino contiene una especie de cláusula abierta (*aliquae fortunae iniuria miserabiles*) que pudo servir a los autores para ir extendiendo, como de hecho hicieron, el contenido de la condición miserable a muchas otras situaciones⁴. Pero de nuevo se trata, en la inmensa mayor parte de los casos, de situaciones individuales⁵, y lo que es aún más importante, de situaciones en las que el individuo entra y de las que puede salir según los avatares de la fortuna. Por ello no es ninguna casualidad que se descargara sobre el juez la responsabilidad de decidir sobre la aplicación de la calificación de miserable a una persona en concreto⁶.

Bajo un aspecto completamente diferente se presenta el caso de los indígenas americanos: ellos no es que se encuentren en la situación o en el estado de indio, sino que son indios, lo son siempre inevitablemente, y ya sólo por esta razón el derecho les extiende la calificación de personas miserables, con independencia de cualquier otra circunstancia o consideración. En el fondo, esto y no otra cosa es lo que significa, en Solórzano o Peña Montenegro por ejemplo, la acumulación retórica de causas de miserabilidad sobre los indios, incluida la de ser nuevos en la fe (¡neófitos durante décadas y siglos!)⁷, y esto es lo que con mayor franqueza reconoce un Matienzo o un Avendaño⁸.

Pero si los indios eran miserables por el puro hecho de ser indios, como creo que será difícil discutir⁹, a la hora de extenderles este o aquel privilegio, o de aplicarles una norma procesal que fuera específica de ellos, se percibe cierto interés en los escritores por determinar más técnicamente una causa concreta de miserabilidad: ¿pobreza, rusticidad, fragilidad en la fe, minoridad? Y lo que al respecto se puede observar es el predominio del concepto de “menor”¹⁰, siendo éste, por lo tanto, el término que parece reflejar con mayor fidelidad el sentido de lo que se quiere significar cuando se afirma la miserabilidad de los indígenas y el contenido que se entiende atribuir a tal condición. De más está añadir que los “menores” de los que hablamos son la prolongación o el equivalente en el derecho común y castellano de los *minores viginti quinque annis* del derecho romano.

II. El título general e indeleble de miserabilidad que proyecta sobre los indios su circunstancia étnico-cultural los reviste de todos cuantos favores y privilegios aca-

4 G. ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, 3. *De privilegiis miserabilium personarum* (1630-1636), proem. n. 4, relaciona las siguientes entre las señaladas por los autores: peregrini, rustici, pauperes, minores, captivi, Ecclesia, ecclesiasticae personae y Ecclesiae servientes, civitates, meretrices, scholares, publice poenitentes, expositi, senes, caeci, carcerati, noviter ad fidem conversi, cruce signati, virgines, caelibes nupta inutilem maritum habente, miles y prodighi; él mismo, en las quaestiones 3 a 20 de esta parte tercera de su *Tractatus*, va examinando críticamente las distintas situaciones de posible miserabilidad.

5 No, naturalmente, en el caso de la Iglesia ni en el de las *civitates*, aunque, por lo que respecta a estas últimas, cabe recordar el reflejo de su relativa asimilación a los *minores* que ha quedado en los textos romanos: vid. F. CUENCA BOY, “Res publica iure minorum uti solet”, en *SDHI* 71 (2005) pp. 585 ss.

6 Io. Ma. NOVARIUS, *Tractatus de miserabilium personarum privilegiis* (2ª ed., 1637), prael. 8, n. 4; ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, q. 2, nn. 6-8; esp. 1, q. 4, n. 77; J. DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* (1647), 2, 28, 1.

7 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 1-6; A. DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios* (1688), 2, 1, prol.

8 J. DE MATIENZO, *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae* (1580), in glos. rubr. tit. 1, lib. 5, n. 28; D. DE AVENDAÑO, *Thesaurus Indicus*, 1, addit., n. 141: “Índi quicumque, índi sunt, et natura miseri”.

9 Cfr. F.J. ANDRÉS SANTOS, “Especialidades testamentarias de los indios”, en *REHJ* 21 (1999) pp. 101 ss.

10 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 30 y 31: rústicos y menores; 33 y 38: rústicos; 44: menores y mujeres; vid. *infra*, el apartado V de esta comunicación; J.M. DÍAZ COUSELO, “El *ius commune* y los privilegios de los indígenas en la América española”, en *Revista de Historia del Derecho* 29 (2001) p. 279: los menores y los rústicos “son las especies de miserable en las cuales se incluye a los indios, aunque preferentemente en la primera”.

rea tal consideración, “así en lo judicial como en lo extrajudicial”¹¹. En lo judicial o procesal, que es por lo que nos interesamos en nuestro trabajo, esos privilegios son eficientemente resumidos por Solórzano¹²: a) el beneficio de la *restitutio in integrum*; b) la sustanciación y determinación breve y sumaria de sus pleitos¹³; c) la posibilidad de decir y alegar contra los documentos que hubieren presentado; d) la de decir y alegar contra las confesiones de sus propios abogados, pudiendo incluso revocarlas, no sólo incontinenti sino siempre que les convenga; e) la de pedir nueva prueba y presentar nuevos testigos fuera de plazo e incluso en segunda instancia; f) la exención de las consecuencias de la contumacia judicial; g) el tener caso de corte como las viudas y los pupilos¹⁴. A esta relación hay que añadir todavía, como aspiración de carácter general, el propósito de evitar en lo posible que los indios tengan que acudir a las Audiencias para litigar, a fin de prevenir los muchos y graves daños físicos y económicos que el alejamiento de sus tierras y temples solía causarles¹⁵.

Al lado de estos privilegios hace figurar Solórzano un par de especialidades muy reveladoras del concepto general que se tenía sobre los indios¹⁶: i) que se excuse en la medida de lo posible tomarles juramento en sus causas o pleitos por la facilidad con que suelen caer en perjurio¹⁷; ii) que cuando tengan que testificar se reciban no menos de seis indios, los cuales puedan deponer juntos o por separado¹⁸, pero de forma que su testimonio conteste no valga más que si se hubiera examinado un solo testigo idóneo.

11 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 24.

12 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 25. Compárense estos privilegios con la lista mucho más amplia de los que enumera G. DE ESCALONA AGÜERO en su inacabado *Proyecto de Código Peruano*, entre otros el despacho breve y sumario de las causas de indios, el beneficio de restitución *in integrum* (“no obstante que sean maiores de edad”) o el de poder presentar nuevos testigos después de concluida la causa para sentencia: vid. CASTAÑEDA DELGADO, *o.c.*, pp. 324 ss.

13 NOVARIUS, *Tractatus*, privilegium 11: “In causis miserabilium personarum proceditur summarie, et sola facti veritate inspecta”; ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, proem., nn. 6-7, y las remisiones a *Tractatus*, 1, q. 28, nn. 41 ss. y q. 55, n. 10; DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario*, 1, 11, 3, 2; *Recopilación de las Leyes de Indias*, 2.15.83 y 85, 5.10.10 y 12; cfr. sobre este tema P. BALLESTEROS, “Los indios y sus litigios, según la Recopilación de 1680”, en *Revista de Indias* 22 (1945) pp. 626 ss.; M.A. GONZÁLEZ DE SANSEGUNDO, “La ordenación de los pleitos de indios desde los comienzos del período hispánico hasta la Recopilación de 1680”, en *RFDUC* 65 (1982) pp. 48 ss., 75 s.; SUÁREZ, *o.c.*, pp. 388 ss.; DÍAZ COUSELO, *o.c.*, pp. 295 s.; A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano. El caso de Chile”, en *REHJ* 28 (2006) pp. 473 ss. Un breve análisis histórico de algunas de las leyes citadas en F. ARVIZO Y GALARRAGA, “Especialidades procesales de la Recopilación india”, en *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, 1976, pp. 30 ss.

14 Se llamaba caso de corte (*casus curiae*) aquella causa civil o criminal que, por su gravedad, su cuantía o la calidad de las personas, se podía entablar desde la primera instancia en el Consejo, sala de alcaldes de corte, chancillerías y audiencias, excluidas de su conocimiento las justicias ordinarias. El caso de corte era privilegio de las personas miserables en general: A. DE AZEVEDO, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones, quartum librum Novae Recopilationis complectens*, II (1587), in lib. 4, tit. 3, l. 8-9, nn. 6-12; por lo que respecta en particular a los indígenas americanos, vid. F. CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus de casibus curiae* (1630), I, n. 56: “Et inter ceteros apud nos ego connumero quemlibet indum, sive dives sit, sive pauper, qui omnes ex communi praxi, et stylo Regii Senatus Limensis habent casum curiae, quia suae mentis compotes non solent esse, et pro minoribus reputantur, suntque”; los Virreyes de Lima y Méjico conocen en primera instancia de las causas de indios: *Recopilación de las Leyes de Indias*, 2.17.30, 3.3.65; cfr. también 5.10.13; BALLESTEROS, *o.c.*, pp. 624 s.; A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Normas procesales tutelares de menores en Chile indiano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (1983) pp. 84 s.

15 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 54.

16 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 35-36.

17 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 33, que en la nt. 46 cita estos textos: cap. ille, 22, q. 5, cap. si quis cum seqq. 26, q. 6, authent. scenicas, collat. 5 (= Nov. 51 [a. 537]); sobre el juramento de los indios cfr. J. DE ACOSTA, *De procuranda Indorum salute* (1588), 3, 23; DE LA PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario*, 2, 1, 5, 1-2. En la literatura, ahora, DÍAZ COUSELO, *o.c.*, pp. 296 s., y DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Los principios” cit., p. 477.

18 *Partidas*, 3.16.26: el juez debe examinar a los testigos por separado; la edad requerida para testificar es de veinte años en las causas criminales y trece en las civiles: *Partidas*, 3.16.9.

De todo lo referido en los párrafos anteriores, semejanza más o menos directa con los beneficios concedidos por Constantino a las *miserabiles personae* la tienen sólo el caso de corte y la intención de evitar que los indios se vean forzados a alejarse demasiado de sus lugares por causa de algún litigio. En lo primero puede percibirse seguramente un eco lejano de la disposición constantiniana que permitía a los miserables acudir directamente al juicio imperial, especialmente ante el temor de que un juez de rango inferior pudiera sentirse presionado por un adversario influyente o poderoso: *praesertim cum alicuius potentiam perhorrescunt* (C. 3.14.1.1)¹⁹. En cuanto a lo segundo, no sólo es plausible su enlace con el mandato legal *ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere* -dicho esto con respecto a pupilos, viudas, etc. (C. 3.14.1 pr.)-, sino que se corresponde asimismo con lo ordenado en una Novela de Justiniano sobre que cada cual quede sujeto a derecho en la provincia donde ha delinquido o donde se le ha presentado demanda²⁰. Los restantes privilegios y especialidades de los indígenas son construcción o inferencia doctrinal que toma su arranque de las palabras de la ley constantiniana (*pupilli, viduae*, etc.), especialmente, creemos, por lo que se refiere al beneficio de la *restitutio in integrum*. Es de advertir además que bastantes de ellos no tienen un respaldo directo, claro y terminante en la propia legislación emanada sobre o para los indios²¹, sino que pertenecen al estatuto de “persona miserable” tal como fue poco a poco desarrollado por la doctrina en el seno del *ius commune*: en ausencia de legislación específica, bastó este fundamento de carácter genérico para extender su aplicación a los indios.

Como ejemplo de lo que se acaba de señalar pueden valernos, en materia de prueba, tanto la facultad reconocida a los indígenas de decir y alegar contra los documentos aportados por ellos mismos en un proceso como la posibilidad que les fue concedida de presentar nuevos testigos incluso en segunda instancia: a falta de cualquier disposición legal que las consagrara explícitamente, es muy probable que estas ventajas llegaran a ser vistas, respectivamente, como manifestación específica de una prerrogativa de los *miserabiles* en general, consistente en poder presentar nuevos documentos “post conclusionem” en las causas de su interés²², y como simple aplicación a los indios de un privilegio que alcanzaba por igual a todo tipo de personas miserables²³. La misma explicación nos parece que puede ser válida para la exención que salvaguardaba a los indígenas americanos de las consecuencias de la contumacia²⁴. En cambio, no hemos

19 Vid. *Partidas*, 3.3.5: “por pleyto que demandasse huerfano, o ome pobre, o muy cuytado, contra algund poderoso, de que non podiesse tambien alcançar derecho, por el fuero de la tierra”. El derecho canónico desarrollará en esta misma línea el *iuramentum perhorrescentiae*, cuyo efecto era la remisión del pleito al juez o tribunal superior de aquel otro, generalmente local, del que el litigante temía que no pudiera actuar con imparcialidad a causa de la relevancia social y la capacidad de influencia del adversario. De esta materia trata NOVARIUS, *Tractatus*, privilegium 45.

20 Noy. 69, c. 1 (a. 538); cita esta Novela en contexto SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 54, en la nt. 69; cfr. ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, q. 3, n. 24: “Miserabiles personae non solum extra provinciam ad litigandum trahi non possunt, sed nec extra civitatem”.

21 Sí lo tienen la tramitación y determinación sumaria de los pleitos de indios y el llamado caso de corte, que de todos modos se corresponden también con sendos privilegios de las personas miserables en general: vid. *supra*, nts. 13 y 14 respectivamente.

22 NOVARIUS, *Tractatus*, privilegium 27: “Miserabilium personarum favore possunt instrumenta repera post conclusum in causa produci, data ipsarum negligentia”; ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, proem. n. 35; cfr. también NOVARIUS, *Tractatus*, privilegium 28: “Sententia lata contra miserabiles personas, retractari praetextu instrumentorum de novo repertorum ad limitationem tex. in l. sub specie, C. de re iud. [C. 7.52.4]”; ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, proem., n. 36: “Sententia contra miserabiles personas lata... repertorum de novo instrumentorum praetextu, retractari possit?”

23 NOVARIUS, *Tractatus*, privilegium 10: “Testes post conclusionem in causa possunt examinari favore miserabilium personarum”; sobre la misma cuestión se extiende ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, q. 5, n. 55.

24 NOVARIUS, *Tractatus*, privilegium 132: “Miserabiles personae non mulctantur pro poena contumaciae”; ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, q. 5, n. 43-44, que habla específicamente de los *minores*; S. ODDI, *Tractatus de restitutione in integrum*, en *Tractatum de in integrum restitutionibus selectissimorum iureconsultorum* (1586), 2, q. 67, trata de la *restitutio in integrum* “adversus eremodicium” (art. 2, n. 11 sobre los *minores*).

encontrado nada, ni en la legislación ni en la doctrina de los autores, acerca de uno de los privilegios más singulares que les atribuye Solórzano, a saber, la posibilidad alegar contra las confesiones de sus abogados y de revocarlas prácticamente a voluntad.

III. Observaciones muy parecidas conviene hacer en relación con el beneficio de la *restitutio in integrum*, sin duda el más eficaz de cuantos gozaron los indios, que se valieron de él no sólo para la defensa de su libertad frente al resultado adverso de lo que bien pudiéramos llamar *causae liberales*, documentadas en Indias²⁵, sino también y sobre todo en una multitud de situaciones conflictivas enteramente cotidianas, ya fueran de naturaleza estrictamente patrimonial ya tuvieran un objetivo diferente, en particular la exigencia de responsabilidad frente a las autoridades coloniales. Bien es verdad que el instrumento de la restitución se había incorporado al derecho castellano con las Partidas²⁶ y que teniendo esto presente no se puede defender una falta absoluta de basamento legal para su aplicación a los indios²⁷. Pero también es verdad que los supuestos concretos en los que éstos la podían utilizar, al menos a tenor de las noticias que Solórzano nos proporciona, no eran resultado de una previa determinación legal sino, igual que en los otros casos que hemos reseñado, consecuencia directa o indirecta de la aplicación -global en principio- del estatuto de persona miserable a los naturales americanos.

En este sentido, lo primero que hay que señalar es que la *restitutio in integrum* era vista por los autores del derecho común nada menos que como un “beneficium miserabile” o “miserationis suffragium”²⁸; es decir, como un remedio específico de o para esta clase de personas que aparece dotado además de una especie de tendencial universalidad. Calificativo éste con el que queremos significar que al auxilio de la restitución podían acudir los *miseri* en una muy amplia gama de situaciones lesivas para ellos, hasta el punto de que, como veremos un poco más adelante, precisamente la concesión de una *restitutio in integrum* era el instrumento probable con que contaban los indios para alcanzar los efectos de una buena parte de los privilegios, procesales o de otra clase, que se les habían reconocido al margen o como algo distinto de la propia restitución.

En segundo lugar, conviene puntualizar igualmente que la base inequívoca sobre la que se apoyaba la concesión de este beneficio era la asimilación de los nativos a la clase de los menores de veinticinco años (los *minores* del derecho romano), siendo éste en realidad, junto con el de rústicos, el verdadero aspecto o el aspecto más definido que asume finalmente el encuadramiento de los indígenas dentro del amplio estatuto de personas miserables que les caracteriza. Concuerdar bien con ello el concepto generalizado entre los autores de que a los miserables se les debe restituir “ut *minores*”²⁹, lo que,

25 Vid. algún apunte al respecto en A. CATTÁN ATALA, “El derecho romano y la libertad de los indios en el Nuevo Mundo”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 17 (1992-1993) p. 27.

26 De la restitución a los menores de veinticinco años se trata en las *Partidas*, 3.25 y 6.19.

27 Como es de sobra sabido, el derecho castellano -y muy especialmente las *Partidas*- fungía de derecho común en Indias y por lo tanto se podía aplicar de forma directa en ausencia de leyes municipales: cfr. al respecto, B. BRAVO LIRA, “Vigencia de las Siete Partidas en Chile”, en *REHJ* 10 (1985) pp. 43-105. Sobre la *restitutio in integrum* en el derecho indiano vid. A. CATTÁN ATALA, “La *restitutio in integrum* en el derecho indiano”, en *Memoria del X Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 1, México, 1995, pp. 210 ss.; DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Normas procesales” cit., pp. 85 ss.; sobre la *restitutio in integrum* y los indios, además de CATTÁN, pp. 219 s., esp. DÍAZ COUSELO, *o.c.*, pp. 289 ss.

28 ODDI, *Tractatus*, 1, q. 3, art. 3, nn. 8-10: compete la *restitutio in integrum* a los miserables, “et hoc quia restitutionis beneficium est miserabile”; NOVARIUS, *Tractatus*, privilegium 63, n. 1: “quia restitutio in integrum est miseracionis suffragium, quod his personis congruit”; ambos autores citan en esta conexión D. 4.4.42, Ulp. 2 de *off. proc.*, y D. 46.8.3 pr., Pap. 12 *resp.*

29 ODDI, *Tractatus*, loc. cit.; NOVARIUS, *Tractatus*, loc. cit.: “etiam si sint maiores”; cierra el círculo ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, q. 5 n. 1: “Minores miserabiles censetur, eorumque restitutionis remedium dicitur miserabile” (y opiniones contrarias en el n. 8).

dicho sea de paso, ayuda a explicar la aludida relación de carácter instrumental que existió entre la restitución y otros privilegios de los indios.

Viniendo ya a la información de Solórzano, aparte la declaración genérica de que “les compete este beneficio de la restitución *in integrum*”, con el añadido de que no se presume en ellos dolo ni engaño³⁰, el autor de la *Política Indiana* refiere solamente dos supuestos determinados de aplicación de instrumento tan eficaz en favor de los indígenas. Uno es la restitución que pueden pedir del término de alegación ya concluido en los juicios de residencia contra las autoridades que les agraviaron, objetivo que podrán conseguir si constara que no se hizo lo suficiente, habida cuenta de la incapacidad relativa que les aqueja, para que llegara a su conocimiento la celebración de tales juicios³¹. El otro consiste en la posibilidad de restituirse “y aun decir de nulidad” contra los contratos dispositivos en los que no hayan contado los indios con la asistencia y el consentimiento de autoridad competente –de ordinario su protector general o particular– y no se hayan observado además otros requisitos de publicidad exigidos por las leyes³²; especialmente aplicable es la restitución en este tipo de casos cuando el indio haya dispuesto de bienes raíces o de otras cosas de valor considerable.

La restitución en el primer supuesto es justificada por Solórzano mediante la equiparación de los indios con los rústicos: de la misma forma que contra éstos son necesarias “intimaciones particulares y personales”, debido a su incapacidad y vida apartada³³, también los edictos o pregones de las residencias les deben ser suficientemente comunicados a los indígenas, que de otra suerte podrían perder con facilidad la ocasión de comparecer y pedir en esos juicios según lo que fuere de su conveniencia. El parangón en el segundo caso lo establece el autor de la *Política* con los menores y las mujeres, “a quienes los indios se comparan”, y así como el derecho asegura el amparo de estas personas, debido a las trampas y engaños a que les exponen su “fragilidad, facilidad y poca instancia”³⁴, así también y por los mismos motivos es aconsejable conceder el remedio de la restitución a los indígenas, dándose las condiciones apuntadas más arriba, con el fin de evitar que sus contratos redunden “en daño y acabamiento de sus haciendas”.

En relación con esta restitución contra los contratos se plantea la duda de si, para que la misma se pueda dar, es requisito necesario que el daño sufrido por el indio contratante sea de cierta importancia. Si nos atenemos al paralelo de los indios con los menores de veinticinco años y nos guiamos por lo que las Partidas disponen al respecto sobre este tipo de personas³⁵, no procedería la restitución cuando el daño ha sido pequeño. En cambio, si nos fijamos en aquel mismo paralelo, pero hacemos caso de lo que parece haber sido la *communis opinio doctorum* sobre el punto, la restitución no le podía ser negada al indio so pretexto de lo reducido de la lesión por él sufrida a causa del contrato³⁶.

30 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 25.

31 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 38.

32 SOLÓRZANO PEREIRA, *Política*, 2, 28, 42 y 44; cfr. *Recopilación de las Leyes de Indias*, 6.1.27; DÍAZ COUSELO, *o.c.*, pp. 290 s.

33 De los rústicos llega a decir Solórzano que “aun no parece que se cuentan con los del pueblo”; en *Política*, 2, 28, 38, nt. 54, cita sobre la materia a F. DE AVILÉS, *Nova diligens ac perutilis expositio capitum, seu legum Praetorum, ac Iudicum syndicatus regni totius Hispaniae* (1597), c. 3 [de la parte relativa a *Iudicum syndicatus*], n. 3, y J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos* (1597), lib. 3, c. 5, n. 258, per text in l. provincialium, C. de erogat. milit. ann. [C. 12.37.8 = C.Th. 7.4.23]; no me ha sido posible contrastar esta última cita.

34 En *Política*, 2, 28, 44, nt. 58, cita Solórzano estos textos: D. 4.4.1, Ulp. 11 *ad ed.*, D. 16.1.1, Paul. 30 *ad ed.* (¿o se trata más bien de D. 16.1.2.1-2, Ulp. 29 *ad ed.*?), I. 2.8 pr.

35 *Partidas*, 6.19.5.

36 ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, q. 5, n. 19: “Quod quidem auxilium, non pro magna, sed modica etiam laesions sibi minores vendicant”, y cita, además de muchos autores, D. 4.4.6, Ulp. 10 *ad ed.*, D. 4.4.7.7, Ulp. 11 *ad ed.*, y D. 4.4.27.1, Gai. 4 *ad ed. prov.*

Hasta aquí el comentario de lo que nos refiere Solórzano acerca de la *restitutio in integrum* de los indios. Ciertamente no es mucho, pero ya hemos tenido ocasión de observar que lo más probable es que los supuestos de aplicación de este poderoso instrumento en beneficio de los naturales americanos fueran bastante más numerosos que los que la *Política* menciona de forma expresa. Por ejemplo, sin salirnos del ámbito estrictamente procesal, es dable pensar en la *restitutio* como el mecanismo concreto que se ponía a disposición de los indios para evitar las consecuencias de la contumacia judicial de la que estaban exentos en virtud de privilegio³⁷. Ésta es una posibilidad que casa perfectamente con la vestidura jurídico-doctrinal del acceso de los indígenas a la restitución, que se les concedía como hemos dicho *ut minores*, y que viene a coincidir casi al milímetro con lo que se hacía con los *minores XXV annis* en el derecho romano³⁸. Dentro del mismo ámbito, la *restitutio in integrum* les pudo servir igualmente para hacer efectivo el privilegio relativo a la petición de nueva prueba y presentación de nuevos testigos fuera de plazo³⁹. E incluso, aunque ello suponga adentrarnos en el terreno de la conjetura, se podría pensar en la concesión a los indígenas de una *restitutio* contra sentencias judiciales lesivas, tanto por ser esto un privilegio de las *miserabiles personae* en general como por estar previsto en las Partidas para los menores de veinticinco años a quienes los indios se asimilaban⁴⁰.

Todo lo que hemos dicho parece conducirnos hacia una conclusión que es la misma que expresa Álvarez en su *Tratado* a propósito de los *minores*, pero cuyo alcance no debe entenderse limitado a éstos sino que se extiende a los *miserabiles* en general: “in omni regulariter casu, in quo damno, laesionemve minor sentiat, sive ex facto, sive ex omissione proveniat: eidem restitutionis subveniri”⁴¹. Ésta es justamente la razón por la que más arriba nos hemos referido a la tendencial universalidad del *auxilium restitutionis* que se concedía a las personas miserables, entre las que fueron a parar los indios en bloque.

IV. ¿Puede una persona miserable hacer uso de sus privilegios frente a otro individuo de la misma condición?; concretamente, ¿puede hacerlo un indio en un litigio que sostiene contra otro? Ésta es la interesante cuestión que plantea el jesuita Diego de Avendaño a propósito de un problema que a nosotros hoy nos puede parecer bastante intrascendente, a saber, si habiendo hecho un escribano alguna transcripción en día festivo, lo que en principio puede estar prohibido, el indio que litiga contra otro se puede valer de ella, principalmente en el sentido de favorecer la brevedad del pleito⁴².

37 ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, q. 5, n. 43: “Contumaciaque minorem notari non posse... nisi in aperto sit dolo... Nec contra eum contumaciae ratione sententiam latam exequi posse...”; n. 44: “Ad minusque contumaciae ratione minori condemnato, restitutionis auxilio subvenit Hermogenianus [D. 4.4.8]”; ODDI, *Tractatus*, 2, q. 67, art. 2, n. 11: *restitutio in integrum* a los menores *adversus eremodicium*.

38 Vid. D. 4.4.7.12, Ulp. 11 *ad ed.*, y D. 4.4.8, Herm. 1 *iur. epit.*; cfr. A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998, pp. 36 ss.

39 ODDI, *Tractatus*, 2, q. 65, art. 11, n. 55 i.f.: “Conclusio igitur sit, quod minor ex capite minore aetatis restitui potest ad novos testes producendos super iisdem etc. etiam post didiscita testificata, et haec est communis regula”; q. 65, art. 12, rubr.: “An adversus conclusionem in causa ad hoc ut liceat probare, quae prius probanda erant, et in primis adversus omissas probationes in genere”; y en el n. 82: “Dic quod minor restituitur”, y cita D. 4.4.36, Paul. 5 *sent.*; cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Normas procesales” cit., p. 86.

40 NOVARIUS, *Tractatus*, privilegium 63, n. 1: “Regula sit, quod miserabiles personae contra sententia, in qua laesi sunt, possunt petere restitutionem in integrum, etiam si sint maiores”, apoyándose en D. 4.4.42, Ulp. 2 *de off. proc.*; Partidas, 3.25: “De como se pueden quebrantar los majozos que fuessen dados contra los menores de veinte e cinco años, o contra sus guardadores maguer non fuesse y tomada alçada”; cfr. DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Normas procesales” cit., pp. 86 s.

41 ÁLVAREZ DE VELASCO, *Tractatus*, 3, q. 5, n. 18; Álvarez apoya esta afirmación en D. 4.4.1, Ulp. 11 *ad ed.* y C. 2.21.8 = CTh. 2.16.3 (a. 414).

42 AVENDAÑO, *Thesaurus*, 1, tit. 4, cap. 21, § 3, n. 209.

Recordando que todo lo que toca al bienestar de los miserables es asunto de piedad, Avendaño se decide claramente por la respuesta positiva. Advierte, sin embargo, una dificultad en determinados textos⁴³ de los que se desprende la regla de que “un privilegiado no puede usar de su privilegio contra otro igualmente privilegiado”, como sería el caso cuando algún indio litiga contra otro, pero la supera con tanta sencillez como eficacia señalando que el indígena está “absolutamente privilegiado”. Esta última expresión significa en consecuencia que los privilegios de los indios en cuanto personas miserables son, por así decir, oponibles *erga omnes*, y por lo tanto afectan también a las relaciones que uno de ellos pueda mantener con otro. Además de que - en la hipótesis concreta que suscitaba la cuestión, y siendo la sustanciación y determinación breve y sumaria de sus pleitos uno de los privilegios de los indios- deba admitirse con Avendaño mismo que “por el hecho de que se solucione el asunto con brevedad no se impone al [indio] colitigante ningún gravamen distinto al contenido en la propia sentencia”.

V. Para concluir este breve estudio me parece oportuno reunir algunos datos que puedan ayudarnos a medir mejor el peso y a ver con más claridad el contorno del material jurídico romano que pudo servir de cimiento para la concesión de privilegios procesales a los indios al amparo de su condición de *miserabiles*. Por lo que respecta a lo que acabo de llamar el peso, baste con decir que son diecinueve los fragmentos de la Compilación justiniana que he tenido ocasión de ir consignando en las notas de mi trabajo: doce del Digesto, cuatro del Código, dos de las Novelas y uno de las Instituciones. En contraste con estas cifras, las leyes de Indias sólo han sido recordadas en nueve ocasiones, y en seis lo han sido las Partidas. Este dato, en sí muy poco significativo, cobra mucho más relieve cuando se advierte la frecuencia con que los textos romanos aportan el apoyo jurídico único o principal en que se basa la extensión a los indios de determinado privilegio, o bien ofrecen la ocasión o proporcionan la sustancia para argüir sobre la concesión de una ventaja o acerca del alcance de la misma. Nos encontramos así con lo siguiente: la consideración de la *restitutio in integrum* como “beneficium miserabile” tiene por único respaldo un par de textos del Digesto⁴⁴; la restitución en los juicios de residencia, por equiparación o semejanza con los rústicos, se basa en una ley del Código no muy bien traída al caso⁴⁵; la restitución contra los contratos, además de en una ley específica sobre el tema, en dos fragmentos del Digesto y uno de las Instituciones⁴⁶; la concesión de la *restitutio* en estos mismos casos aun a pesar de que la lesión sufrida por el contratante haya sido de poca importancia se apoya en tres pasajes del Digesto⁴⁷; la restitución para evitar las consecuencias de la contumacia judicial, asimismo en un pasaje del Digesto al que nosotros hemos añadido otro⁴⁸; la plausibilidad de una utilización de la *restitutio in integrum* para realizar el privilegio de la petición de nueva prueba y presentación de nuevos testigos fuera de plazo, en un texto del Digesto⁴⁹; y nuestra conjetura de que los indios dispusieran también de este remedio contra sentencias judiciales, tanto en las Partidas como en un fragmento del Digesto⁵⁰.

43 D. 4.4.11.7, Ulp. 11 *ad ed.*, y D. 4.4.12, Gai. 4 *ad ed. prov.*; el primer fragmento enfoca la colisión entre la *restitutio in integrum* del menor de veinticinco años y la *ratio senatus consulti Macedoniani* en un caso en que el menor ha prestado dinero a un *filiius familias maior*; el segundo se refiere a la aplicación del senadoconsulto Velejano en un supuesto de *intercessio* de una mujer *apud minorem*.

44 D. 4.4.42 y D. 46.8.3 pr.

45 C. 12.37.8.

46 *Recopilación de las Leyes de Indias*, 6.1.27, D. 4.4.1, D. 16.1.1 [¿D. 16.1.2.1-2?] e I. 2.8 pr.

47 D. 4.4.6, D. 4.4.7.7 y D. 4.4.27.1; las *Partidas*, 6.19.5, negaban el remedio en estos casos.

48 D. 4.4.8 y D. 4.4.7.12, respectivamente.

49 D. 4.4.36.

50 *Partidas*, 3.25 y D. 4.4.42.

Al final, la propia universalidad de la *restitutio in integrum*, o si se prefiere su alcance general se apoya también en dos pasajes de la Compilación⁵¹.

La misma o parecida situación es constatable en relación al privilegio de presentación de nuevos documentos, doctrinalmente construido como limitación a lo dispuesto por una ley del Código⁵², y a la posibilidad de que el indio miserable haga uso de sus privilegios contra otro indio igualmente miserable⁵³. Y por supuesto, no debemos olvidar que el propio desarrollo jurídico-doctrinal de la categoría de persona miserable arranca de una ley imperial romana⁵⁴ en la que -además y hasta cierto punto- es factible reconocer un remoto antecedente sea del caso de corte sea de la directriz de procurar que los indígenas no tengan que salir de sus temples y lugares para recibir justicia.

Pero, con todo lo anterior, aún no hemos salido del argumento cuantitativo que gira en torno al “peso” del material jurídico romano en relación con los privilegios procesales de los indios. ¿Qué podríamos decir sobre el aspecto de ese mismo material contemplado con un enfoque diferente, concretamente bajo el prisma de lo que he llamado su “contorno”? Muy brevemente: lo que salta a la vista de inmediato es la gran homogeneidad temática de los textos. En efecto, casi dos de cada tres fragmentos de la Compilación que nos han ido saliendo al paso tienen que ver directamente con los *minores viginti quinque annis*⁵⁵, categoría o clase de personas que se erige indiscutiblemente en el modelo principal, aunque no exclusivo⁵⁶, por el que se midió a los indios como personas miserables. Más aún, como el modelo principal en el que se basaron los tratadistas del *ius commune* para revestir de rigor técnico la propia condición jurídica de *miserabiles personae*, así como para dotarla de un contenido material específico que rebasa con mucho lo dispuesto por la constitución de Constantino que marcó su primera aparición. Una vez más, es aquí donde debe buscarse la razón primera del predominio de la *restitutio in integrum* entre los privilegios procesales de los indios. Y asimismo la razón por la cual el cargo específicamente americano de Protector de Naturales fue encuadrado y explicado por los autores del derecho indiano dentro del módulo jurídico de la tutela⁵⁷.

Si se quiere, lo dicho tiene un valor meramente indiciario, pues a fin de cuentas aquí sólo he revisado los privilegios procesales de los indios americanos. Pero estoy seguro de que un examen más extenso y detenido de toda la materia de las *miserabiles personae* no podría desmentir esta pequeña conclusión.

51 D. 4.4.1 y C. 2.21.8.

52 C. 7.52.4.

53 Superando la regla común de que “un privilegiado no puede usar de su privilegio contra otro igualmente privilegiado” que se derivaría de D. 4.4.11.7 y D. 4.4.12.

54 C. 3.14.1.

55 Del título *De minoribus viginti quinque annis* (D. 4.4): 1, 6, 7.7, 7.12, 8, 11.7, 12, 27.1, 36 y 42; del título *De in integrum restitutione minorum viginti quinque annis* (C. 2.21): 8; del título *Ratam rem haberi et de ratihabitione* (D. 46.8): 3 pr., sobre la *restitutio in integrum* de los *minores*.

56 D. 16.1.1 [¿D. 16.1.2.1-2?]. *Ad senatus consultum Velleianum*, e I. 2.8 pr. *Quibus alienare licet vel non*, se citan en unión de D. 4.4.1 para justificar la *restitutio in integrum* contra los contratos por equiparación de los indios a los menores y las mujeres a causa de la fragilidad de juicio que se supone ser rasgo común a todos ellos. Por otra parte, según DÍAZ COUSELO, *o.c.*, p. 297 nts. 115 y 116, un posible antecedente romano de las normas sobre el juramento de los indios se encontraría en D. 22.5.1 y 2, que nada tienen que ver, por lo menos en principio, con el régimen jurídico aplicable a los *minores*.

57 Cfr. F. CUENA BOY, “Utilización pragmática del derecho romano en dos Memoriales indios del siglo XVII sobre el Protector de Indios”, en *REHJ* 20 (1998) pp. 107-142.